

Sentencia T-1090/07

INCAPACIDAD LABORAL-Mora del empleador en el pago de aportes/ALLANAMIENTO A LA MORA EN INCAPACIDAD LABORAL

La mora en el pago de las incapacidades laborales por parte del empleador o de las empresas promotoras de salud, afectan los derechos fundamentales del trabajador incapacitado al pago oportuno de su incapacidad laboral, la seguridad social y la vida en condiciones dignas.

INCAPACIDAD LABORAL-Definición

Las incapacidades laborales se definen como “el estado de inhabilidad física o mental de una persona, que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio”; su reconocimiento está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico vigente, al igual que su liquidación y pago según se generen por los riesgos de accidente de trabajo, accidente común, enfermedad profesional o enfermedad general.

INCAPACIDAD LABORAL-Improcedencia del recobro al Fosyga

Como quiera que los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, particularmente los afiliados al régimen contributivo, tienen derecho a recibir dentro del Plan Obligatorio de Salud el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general, la cancelación de las mismas por parte de las empresas promotoras de salud no las hace merecedoras de la compensación o el reembolso respectivo por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía. No es de recibo por esta Sala la facultad que le otorga el juez de primera instancia para que la entidad promotora de salud repita contra el Fosyga los costos en que incurriere al cancelar las incapacidades, debido a que la procedencia del recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía sólo es posible en la medida en que los servicios requeridos se encuentren fuera del POS. En ese sentido, al estar cobijado el subsidio económico por incapacidades por enfermedad por el Plan Obligatorio de Salud, resulta improcedente ordenar la posibilidad de recobro de la EPS accionada ante el Fosyga.

Referencia: expediente T-1.698.197.

Accionante: Asceneth Henao Torres.

Demandados: Salud Total E.P.S. y Asociación Mutual Progreso Social.

Magistrado Ponente:

RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil siete (2007).

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Descongestión de Santiago de Cali y por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, en relación con la acción de amparo constitucional instaurada por Asceneth Henao Torres en contra de Salud Total E.P.S. y de la Asociación Mutual Progreso Social.

I. ANTECEDENTES.

1. Aclaración preliminar.

La presente acción de tutela fue promovida por la señora Asceneth Henao Torres en contra de la empresa prestadora de servicios de salud, SALUD TOTAL E.P.S. Sin embargo, una vez se avocó el conocimiento de la misma por parte del Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Descongestión de Santiago de Cali, dicha autoridad judicial decidió vincular a la Asociación Mutual Progreso Social al presente trámite por considerar que, eventualmente, dicha entidad podría resultar involucrada en la situación que la actora aduce como violatoria de sus derechos fundamentales.

Hecha la anterior precisión, procede la Sala a referir los antecedentes de la presente acción de tutela.

2. La solicitud

La señora Asceneth Henao Torres instauró acción de tutela en contra de Salud Total E.P.S., por considerar que con su actuación dicha entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales

al mínimo vital y a la salud en conexidad con la vida.

3. Hechos relevantes

3.1. La señora Asceneth Henao Torres, quien tiene sesenta y cuatro años de edad, se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud a través de la empresa Salud Total E.P.S, y en calidad de cotizante dependiente de la Asociación Mutual Progreso Social, desde el primero (1) de octubre de dos mil seis (2006).

3.2. El día veintiocho (28) de noviembre de dos mil seis (2006) la señora Henao fue sometida al procedimiento quirúrgico denominado “cirugía de implante total de rodilla”, por lo que le fue expedida una incapacidad por enfermedad general de treinta (30) días contados a partir de la fecha de la intervención quirúrgica. Posteriormente su médico tratante le ordenó una segunda incapacidad por un término igual al inicialmente señalado.

3.3. La primera semana del mes de febrero del año dos mil siete (2007) la actora se dirigió a la empresa prestadora de servicios de salud “Salud Total”, con el fin de solicitar el pago de dichas incapacidades. Sin embargo, la E.P.S. accionada se negó a cancelarlas bajo el argumento de que la Asociación Mutual Progreso Social, entidad que figura como empleadora de la accionante, había realizado de manera extemporánea los pagos de los aportes a la seguridad social en salud.

3.4. El doce (12) de febrero de dos mil siete (2007) la actora elevó derecho de petición ante la Asociación Mutual Progreso Social, a través del cual solicitó que se le cancelaran las incapacidades a las que aduce tener derecho. Sin embargo, dicha entidad le informó a la accionante -mediante comunicación de veintiocho (28) de febrero del mismo año-, que la responsable por el pago de esa prestación es Salud Total E.P.S, ya que si bien algunos de los pagos de aportes se realizaron de manera extemporánea, esta situación se presentó por causas ajenas a la Asociación y, en todo caso, éstos fueron recibidos sin objeción alguna por parte de la empresa prestadora de servicios de salud accionada.

4. Fundamentos de la acción.

La actora manifiesta que la actuación de SALUD TOTAL E.P.S. comporta una vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud en conexidad con el derecho a la

vida, toda vez que, dada su condición de trabajadora independiente, durante el tiempo que se encontró incapacitada no percibió ningún ingreso para soportar los gastos propios de su manutención, situación que se ve agravada por el hecho de que se trata de una persona de la tercera edad, que sufre de múltiples problemas de salud.

En este sentido, sostiene que teniendo en cuenta sus precarias condiciones económicas y de salud, la jurisdicción ordinaria laboral no es la vía judicial idónea para dirimir su controversia, ya que se vería sometida a un proceso que en su caso particular resulta demasiado extenso en el tiempo, lo que a su juicio no se compadece con la urgencia de su situación.

5. Pretensiones.

La demandante solicita al juez de tutela que le sean amparados los derechos fundamentales invocados, de tal manera que se ordene a Salud Total E.P.S. o a quien corresponda, que realice el pago de las incapacidades adeudadas.

6. Oposición a la demanda de tutela.

6.1. En respuesta al requerimiento judicial, SALUD TOTAL E.P.S señaló que la actora se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud desde el primero (1) de octubre de dos mil seis (2006) como cotizante dependiente de la Asociación Mutual Progreso Social, contando con un total de ciento sesenta y siete (167) semanas de cotización.

Sostiene que aun cuando efectivamente la demandante fue intervenida quirúrgicamente en la rodilla, por lo que le fueron ordenadas 2 incapacidades cada una por un periodo de 30 días, dichas acreencias no pueden ser reconocidas en razón de que del historial de pagos se desprende que la entidad empleadora de la tutelante realizó los pagos de aportes a seguridad social de manera extemporánea, por lo que se colige que ésta no atendió los plazos legales establecidos de conformidad con el último número de su NIT. Así mismo, adujo que le corresponde al empleador asumir la referida obligación, por cuanto para la fecha de causación del derecho, éste se encontraba en mora en los pagos.

Finalmente, solicita se fallen desfavorablemente las pretensiones de la demanda de tutela, toda vez que no se reúnen los presupuestos legales para acceder a la mentada obligación. De la misma manera, solicitó como pretensión subsidiaria el recobro al FOSYGA en caso de

que la demanda de tutela prospere por el 100% del valor de las incapacidades.

6.2 Por su parte, la Asociación Mutual Progreso Social aseveró que es una entidad que no tiene el carácter de empleadora, sino que es una agrupadora para efectos de afiliaciones colectivas en materia de seguridad social integral. Igualmente, adujo que la accionante se encuentra agremiada como trabajadora independiente y que sí ha realizado todos los pagos correspondientes a seguridad social en salud.

Así las cosas, si bien es cierto que no se han hecho los pagos dentro de las fechas señaladas, esto obedece a circunstancias ajenas a la entidad, ya que la falta de cultura de pago de sus agremiados es lo que origina este tipo de dificultades. Además, manifestó que debe tenerse en cuenta que la E.P.S. recibió los pagos realizados sin presentar objeción alguna, por lo que se configura el allanamiento a la mora y por esto Salud Total es la llamada a sufragar las incapacidades aludidas.

7. Pruebas que obran en el expediente.

En el presente expediente se encuentran como pruebas relevantes las siguientes:

* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Asceneth Henao Torres y su correspondiente carné de afiliación a la empresa promotora de salud, Salud Total (Folio 3).

* Copia del certificado de incapacidad por enfermedad general (Folio 3).

* Copia de las incapacidades proferidas por el médico adscrito a la entidad prestadora de salud (Folios 4 y 5).

* Copia del derecho de petición instaurado ante la Asociación Mutual Progreso Social, mediante el cual la actora solicitó el pago de las incapacidades adeudadas, y su respectiva

respuesta (Folios 7, 8 , 9 ,10 y 11).

* Copia del historial de pagos realizados por la Asociación Mutual Progreso Social a la fecha en que se causó el derecho, en la que consta que los pagos fueron realizados de manera extemporánea (folio 25).

1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal de Descongestión de Santiago de Cali, mediante providencia del veinte (20) de marzo de dos mil siete (2007), resolvió conceder el amparo deprecado.

El a-quo consideró que en el caso sometido a estudio la accionada ha vulnerado el derecho al mínimo vital de la accionante, toda vez que se encuentra demostrado en el expediente que la actora es una persona de sesenta y tres (63) años de edad, quien se encuentra afiliada como cotizante independiente por medio de la Cooperativa Asociación Mutual Progreso Social.

De otra parte, estimó que en el caso sub-lite la E.P.S. Salud Total se allanó a la mora, en tanto que ésta aceptó los pagos extemporáneos efectuados por el empleador, por lo que debe reconocer y pagar la prestación económica antes referida.

En este sentido, el juez de instancia decidió conceder el amparo de tutela solicitado, para lo cual ordenó a la E.P.S. Salud Total que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, realizara todos los trámites tendientes a cancelar las incapacidades adeudadas a la señora Asceneth Henao Torres. Así mismo, facultó a la Entidad Promotora de Salud para que repita en contra de la Nación - Ministerio de Protección Social y Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), a fin de reintegrar los gastos derivados del pago de las incapacidades, para lo cual otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles a partir de la presentación de la cuenta de cobro.

2. Impugnación.

Inconforme con la anterior decisión, la entidad demandada impugnó en término, sin

embargo, los argumentos presentados por la empresa prestadora de salud para fundamentar su impugnación no se relacionan con las circunstancias fácticas del presente caso, sino que se refieren al tema de las licencias de maternidad.

3. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Primero (1) Penal del Circuito de Santiago de Cali mediante sentencia de mayo veinticinco (25) de dos mil siete (2007), decidió confirmar íntegramente la sentencia impugnada.

Señaló el ad-quem, como primera medida, que la entidad demandada al momento de sustentar el recurso se refirió a temas que no corresponden a las situaciones de hecho debatidas en primera instancia.

De otro lado, indicó que dadas las precarias condiciones económicas por las cuales atraviesa la accionante, la acción de tutela procede como mecanismo idóneo para la protección del derecho al mínimo vital desconocido por la entidad tutelada. Así mismo, agregó que la responsabilidad de recaudar los aportes destinados al Sistema General de Seguridad Social le corresponde a las entidades promotoras de salud y a las entidades de previsión social, por lo que la entidad accionada no puede alegar su propia negligencia para exonerarse del pago.

Finalmente, sostuvo que si bien es cierto que no se realizaron los pagos de aportes en las fechas indicadas, éstos fueron aceptados por la E.P.S. sin objeción alguna, lo que configura el allanamiento a la mora.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

2. Problema Jurídico.

De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes de la presente providencia, se le atribuye a la E.P.S. SALUD TOTAL la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud en conexidad con la vida de la accionante, como consecuencia de la no cancelación de la licencia por incapacidad laboral, negativa fundada en la mora del empleador en el pago de los respectivos aportes.

Así las cosas, para establecer si en efecto se produjo la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, esta Sala se referirá a la doctrina constitucional existente en relación con la procedencia de la acción de tutela para reclamar el cobro de incapacidades laborales y a la figura del allanamiento a la mora y sus consecuencias. Finalmente, teniendo en cuenta las decisiones de los jueces de instancia, será necesario establecer la procedencia del recobro al Fosyga en caso de que las empresas prestadoras de servicios de salud efectúen el pago de incapacidades laborales en cumplimiento de una orden judicial, para luego entrar a resolver el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia.

En principio, la competencia en casos de reclamaciones de naturaleza laboral está asignada a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, excepcionalmente, cuando la falta de pago de acreencias de origen laboral vulnere o amenace los derechos fundamentales a la vida digna o el mínimo vital, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares del afectado.

Así entonces, ante la falta de desembolso oportuno y completo de lo debido a raíz de incapacidades laborales, la acción de tutela que se interponga para reclamarlo habrá de ser procedente, siempre y cuando se esté afectando el mínimo vital del actor. Así lo ha señalado esta Corporación:

“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.

(...)

Ahora bien, 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.” 1

Ante una situación como la arriba descrita, debe demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o amenaza derechos fundamentales de especial magnitud, como, para el caso, la dignidad humana, la seguridad social, la salud en conexidad con la vida y el mínimo vital, a tal punto que la demora que se presenta en el trámite de los procedimientos ordinarios haría ineficaz, por tardío, el amparo específico. Sólo en tales eventos, la acción de tutela desplaza el mecanismo ordinario de defensa, por no resultar eficaz en tal medida y oportunidad, frente a lo irrefragable de la prestación y las circunstancias particulares del caso concreto, por lo cual tampoco procederá como meramente transitoria, sino de manera definitiva.

4. El allanamiento a la mora en materia de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia.

La figura del allanamiento a la mora ha sido desarrollada ampliamente en las sentencias de tutela referentes a seguridad social en salud, en las que las entidades prestadoras de los servicios no han requerido a los afiliados el pago oportuno de los aportes al sistema o han recibido el pago extemporáneo de los mismos sin objetarlo.

En ese sentido, en aquellos casos en los cuales las empresas prestadoras de servicios de salud no han hecho uso de los diferentes mecanismos de cobro que se encuentran a su alcance para lograr el pago de los aportes, éstas se allanan a la mora y, por ende, no pueden fundamentar el no reconocimiento de una licencia, ya sea por maternidad o incapacidad laboral, en la falta de pago o en la cancelación extemporánea de las cotizaciones.²

Desde esa perspectiva, esta Corporación ha manifestado “que si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica al trabajador por

ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría “una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador.”³

Ahora bien, el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general requiere ciertas condiciones legales que, sobre la materia, han sido establecidas en diferentes decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, a saber:

a. Que el o la trabajadora, bien sea dependiente o independiente, haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social mínimo las cuatro semanas anteriores a la ocurrencia de la incapacidad (Decreto 47 de 20004, artículo 3 numeral 1, modificado por el artículo 9 del Decreto 783 de 20005).

b. Que su empleador (en el caso de trabajadores dependientes), o él mismo (en el caso de trabajadores independientes), haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y que lo haya hecho de manera completa, frente a las cotizaciones de todos sus trabajadores, por lo menos durante el año anterior a la fecha de causación del derecho (Decreto 1804 de 19996, artículo 21, numeral 1).

De esta manera, si el empleador no cumple con los requisitos señalados en el literal anterior, será él y no la EPS a quien le corresponderá cubrir el pago de la incapacidad de su empleado o empleada.

Sin perjuicio de lo anteriormente anotado, debe recalcar que las EPS cuentan con los instrumentos necesarios para reclamar al empleador incumplido, el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses que se generan por tal concepto, lo cual indefectiblemente se traduce en un beneficio para el trabajador, pues lo que se procura con ello es que el empleador esté al día en el pago de los aportes, de tal forma que, si no lo hace, dicha entidad no puede escudarse en disposiciones reglamentarias ni en su propia negligencia en la realización del respectivo cobro, para negar el pago de las incapacidades certificadas, protegiendo de esta forma los derechos de los trabajadores que han sido incapacitados⁷.

5. Improcedencia del recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía en casos de incapacidades laborales.

El sistema general de seguridad social en salud se diseñó con el fin de regular este servicio público esencial y crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social en el marco del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general⁸.

Con relación al principio de solidaridad, se ha considerado que éste inspira toda la ingeniería institucional y en consecuencia el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, lo cual se materializa en la configuración del régimen subsidiado de salud, el diseño del plan obligatorio de salud y la consagración del Fondo de Solidaridad y Garantía⁹. En efecto, el Sistema crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional, con capacidad económica o sin ella, de tal manera que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud. Para ello la normatividad consagra la existencia de dos regímenes: por un lado, el régimen subsidiado que está integrado por aquellas normas que regulan la vinculación efectuada a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad fijados en la ley 100 de 1993 y la atención es brindada por las EPSS y, por el otro el régimen contributivo, en el cual las entidades prestadoras de los servicios de salud, con base en los aportes individuales realizados por los usuarios, tienen la obligación de prestar los servicios incluidos expresamente en el Plan Obligatorio de Salud¹⁰.

Con relación al Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA -, la finalidad de esta subcuenta es permitir el proceso de compensación interna entre las entidades promotoras de salud, y demás entidades obligadas a compensar (EOC), con el fin de reconocer la unidad de pago por capitación y demás recursos a que tienen derecho las EPS y EOC para financiar la prestación de servicios de salud a todos los afiliados al régimen contributivo, con sujeción a los contenidos del plan obligatorio de salud y las prestaciones económicas a que hubiere lugar, de acuerdo con lo dispuesto en la ley y sus reglamentos.¹¹

Así las cosas, cuando se le impone a las EPS asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha definido como regla general, que cada vez que se ordene a una EPS una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, se debe garantizar el derecho a recobro

ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social.

En este orden de ideas, la posibilidad de recobro se encuentra supeditada a que las entidades obligadas a compensar estén en un escenario en el que la prestación requerida esté expresamente excluida del Plan Obligatorio de Salud. Esta es precisamente la regla estipulada por el artículo 88 del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que los contenidos y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud son los establecidos por el Acuerdo 8 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y desarrollados por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Protección Social hasta tanto dicho Consejo defina nuevos contenidos y exclusiones.

Ahora bien, las incapacidades laborales se definen como “el estado de inhabilidad física o mental de una persona, que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio”¹²; su reconocimiento está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico vigente, al igual que su liquidación y pago según se generen por los riesgos de accidente de trabajo, accidente común, enfermedad profesional o enfermedad general.

Específicamente para el caso de las incapacidades laborales generadas por enfermedad general, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 consagró:

“Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 13, 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”.

Por todo lo anterior, entonces, se concluye que, como quiera que los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, particularmente los afiliados al régimen contributivo, tienen derecho a recibir dentro del Plan Obligatorio de Salud el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general, la cancelación de las mismas por parte de las empresas promotoras de salud no las hace merecedoras de la compensación o el reembolso respectivo por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía.

6. Caso concreto.

En el presente caso, la accionante Asceneth Henao Torres reclama de la entidad Salud Total EPS, el pago de la incapacidad por enfermedad general que le fuera ordenada por su médico tratante.

No obstante, no es de recibo por esta Sala la facultad que le otorga el juez de primera instancia para que la entidad promotora de salud repita contra el Fosyga los costos en que incurriere al cancelar las incapacidades, debido a que la procedencia del recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía sólo es posible en la medida en que los servicios requeridos se encuentren fuera del POS, tal como se manifestó en acápite anterior. En ese sentido, al estar cobijado el subsidio económico por incapacidades por enfermedad por el Plan Obligatorio de Salud, resulta improcedente ordenar la posibilidad de recobro de la EPS accionada ante el Fosyga.

Así las cosas, esta Sala confirmará parcialmente las Sentencias de fecha 20 de marzo y 25 de mayo de 2007, proferidas por los Juzgados 23 Penal Municipal de Descongestión y 1 Penal del Circuito de Cali, en lo relacionado con la tutela de los derechos fundamentales invocados y la orden de cancelación de la referida incapacidad. Por lo demás, se revocará el numeral tercero de la providencia de primera instancia, confirmada en segunda instancia mediante el cual se concede la facultad a la entidad accionada de repetir contra el Fosyga por los gastos que llegare a realizar por el pago de la incapacidad demandada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE las Sentencias de fecha 20 de marzo y 25 de mayo de 2007, proferidas por los Juzgados 23 Penal Municipal de Descongestión y 1 Penal del Circuito de Cali, en lo relacionado con la tutela de los derechos fundamentales invocados y la orden de cancelación de la referida incapacidad.

Segundo. REVOCAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, confirmada en

segunda instancia mediante el cual se concede la facultad a la entidad accionada de repetir contra el Fosyga por los gastos que llegare a realizar por el pago de la incapacidad demandada, atendiendo lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

Tercero. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T- 311 de 1996 (julio 15), M. P. José Gregorio Hernández Galindo, criterio reiterado en múltiples oportunidades. Recientemente en sentencia T-274 de 2006 (abril 4), M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

2 Ver sentencias T- 413 y T-855 de 2004.

3 Sentencia T-177 de 1998.

4 “Por el cual Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.”

5 “por el cual se modifican los Decretos 1486 de 1994, 1922 de 1994, 723 de 1997, y 046 y 047 de 2000 y se dictan otras disposiciones.”

6 “Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

7 Sentencia T-729 de 2004.

8 Diario Oficial 41.148 del 23 de diciembre de 1993. Ley 100 de 1993 “Por el cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones” Art. 156 y ss.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-730 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

10 De acuerdo a lo prescrito en el artículo 162 de la ley 100 de 1993 y a sus decretos reglamentarios, el Plan Obligatorio está determinado por el conjunto de acciones en salud necesarias para una atención integral del individuo o la familia en las diferentes fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad general y la maternidad. Implica en principio, como prestación mínima, la atención médica, quirúrgica y farmacéutica que se estime necesaria de acuerdo con las posibilidades de tecnología y medicamentos existentes en el país. El literal b) del artículo 3 del Decreto 1938 de 1994 que definía el contenido del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, fue derogado por el artículo 7º del Decreto 806 de 1998, el cual dispone que la determinación de tales contenidos es competencia expresa y exclusiva del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Al respecto, la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, establece en la actualidad las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud que deben garantizar las Entidades Promotoras de Salud dentro del régimen contributivo.

11 Definición utilizada por las autoridades encargadas de administrar los recursos del Fondo. Consultar sobre el particular el Manual Operativo de la Subcuenta de Compensación y Promoción. Ministerio de la Protección Social. Septiembre de 2007.

12 Art. 1 Resolución 2266 de 1998

13 “Artículo 157. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...). A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social. Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud: 1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores

públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título III de la presente Ley.”.