

T-218-18

Sentencia T-218/18

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Procedencia de tutela cuando afecta mínimo vital del trabajador y su familia

TRAMITE DE INCAPACIDADES LABORALES DE ORIGEN COMUN

INCAPACIDADES LABORALES-Importancia constitucional

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-EPS facultadas para el recobro de los dineros pagados por concepto de dichas incapacidades

Esta Corte señaló en la sentencia T-144 de 2016 que las EPS solo asumen una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al establecer que no son ellas quienes van a asumir la obligación, la cual le compete en últimas al Estado, que en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto. Adicionalmente y conforme a lo establecido en el Decreto 546 de 2017 y la Circular No. 1 del 31 de julio de 2017, la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud entró en operación a partir del 1º de agosto de 2017, fecha en la cual las EPS cuentan con la facultad de ejercer la facultad de recobro de los dineros pagados por concepto de dichas incapacidades.

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Se concede transitoriamente el amparo al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas

Se concede transitoriamente el amparo solicitado por el accionante, de sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas. En consecuencia, el accionante deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, para que esta entidad se pronuncie de fondo y de manera definitiva sobre si el peticionario tiene o no derecho a que se le reconozcan y paguen las incapacidades por enfermedad de origen común que le fueron expedidas con posterioridad al día quinientos cuarenta (540), referidas en la presente sentencia

Referencia: Expediente T-6.533.573

Acción de tutela interpuesta por David Fernando Carvajal García contra Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) y Protección S.A.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

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

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera, y los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, adoptado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán (Antioquia) el 3 de octubre de 2017, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Liborina (Antioquia) el 9 de agosto de 2017, en el proceso de tutela promovido por David Fernando Carvajal García contra Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) y Protección S.A.

Conforme a lo estipulado por los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

### I. ANTECEDENTES

1. David Fernando Carvajal García instauró acción de tutela<sup>[1]</sup> contra Cafesalud EPS y Protección S.A., para que se protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana. El tutelante estimó que estos derechos le fueron vulnerados porque las entidades accionadas se negaron a

continuar pagando las incapacidades médicas otorgadas con posterioridad al día 540 como consecuencia de su actual estado de salud. Como fundamento de su petición de amparo constitucional, invocó los siguientes:

1. Hechos

2. Se desempeña como ayudante de oficios varios en el Consorcio Hidroeléctrico Ituango y está afiliado en calidad de cotizante al sistema general de seguridad social en salud y pensiones por medio de Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) y Protección S.A., respectivamente.

3. Cuenta con 27 años de edad y es el responsable de la manutención de su grupo familiar, el cual está conformado por su hija menor, quien cuenta con nueve años de edad, y por su pareja sentimental, quien permanece en situación de desempleo.

4. Se encuentra afiliado al Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -SISBÉN-, base de datos que lo caracteriza como un ciudadano en alto grado de vulnerabilidad, pues el puntaje de 11,44 con el que fue calificado, evidencia que sus condiciones socioeconómicas son precarias y que vive en condiciones de pobreza[2].

5. Fue intervenido quirúrgicamente por una fractura de tibia y peroné, consecuencia de una caída desde su propia altura en abril de 2017[3], cirugía de la cual no obtuvo una recuperación exitosa, siendo incapacitado laboralmente por más de 540 días. La limitación funcional ha persistido en el tiempo debido a las dificultades presentadas en el proceso de recuperación, hecho que le ha impedido reincorporarse a su trabajo.

6. La negativa de Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) y Protección S.A. a seguir reconociendo el pago de las incapacidades lo ha sometido a una condición de vulnerabilidad, consecuencia de la afectación a su mínimo vital y móvil. El tutelante no cuenta con recursos ni ingresos adicionales distintos a los derivados de su relación laboral con la hidroeléctrica, hecho que le ha impedido brindarle una subsistencia digna a su grupo familiar.

7. Según consta en el expediente, a partir del 9 de junio de 2016 y hasta el 27 de

junio de 2017, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. reconoció al tutelante los 360 días de incapacidad posteriores a los 180 días inicialmente pagados por la EPS[4].

8. Asimismo, Protección S.A. indicó que el tutelante fue calificado por la Comisión Médico Laboral, quien le determinó en primera instancia una pérdida de capacidad laboral del 22,25% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 15 de junio de 2017[5].

9. Cumplidos los 540 días de incapacidad, Protección S.A. informó que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la obligación de pagar las incapacidades posteriores a este día le correspondía a la EPS, y no al fondo de pensiones, razón por la cual no efectuaría más pagos[6].

10. El 14 de julio de 2017, Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS), en respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540, indicó que “de acuerdo a lo relacionado en la normatividad Ley 1753 de 2015 en el artículo 67, el Gobierno Nacional debe crear la entidad administradora de los recursos con los cuales se cubrirán entre otros gastos, estas incapacidades. // De igual manera esta entidad deberá crear el mecanismo para acceder a dichos recursos por parte de las EPS y así poder cumplir a los usuarios del sistema de Salud con lo definido en la normatividad, una vez el Ministerio emita las instrucciones correspondientes a la EPS, se procederá a su cumplimiento”[7].

## 2. Pretensiones

11. Con fundamento en lo antes expuesto, el tutelante solicitó que se ordenara a las entidades accionadas reconocer y pagar las incapacidades médicas expedidas con posterioridad al día 540, hasta tanto se revise y recalifique su pérdida de capacidad laboral.

## 3. Respuesta de las entidades accionadas

12. El 25 de julio de 2017, el Juzgado Promiscuo Municipal de Liborina admitió la acción de tutela formulada por el señor David Fernando Carvajal García y vinculó, en calidad de accionadas al presente asunto, a la EPS Cafesalud S.A. (hoy Medimás S.A.S.) y a la AFP Protección S.A.[8]

13. Vencido el término del traslado, las partes accionadas contestaron la tutela así:

#### 3.1. AFP Protección S.A.

14. La Representante Legal Judicial de Protección S.A., en su escrito de contestación[9], manifestó que por parte de la administradora de pensiones y cesantías no ha existido ninguna conducta que constituya violación de los derechos fundamentales del tutelante, toda vez que cumplió con su obligación de reconocer y pagar las incapacidades que le fueron expedidas desde el día 181 hasta el día 540. Adicionalmente, indicó que de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la obligación de reconocer y pagar las incapacidades con posterioridad al día 540 estaría a cargo de Cafesalud EPS y no de su representada. Solicitó que en caso de que se llegare a condenar a Protección S.A. a pagar alguna prestación económica, se conceda la tutela con efectos transitorios por el término de cuatro meses, mientras el tutelante presenta la respectiva demanda laboral, de tal forma que se decida el asunto de forma definitiva en la vía ordinaria.

#### 3.2. EPS Cafesalud S.A.

15. La Entidad Prestadora de Salud Cafesalud S.A. no efectuó pronunciamiento alguno en relación con la demanda de tutela.

### 4. Decisiones objeto de revisión

#### 4.1. Primera instancia

16. El Juzgado Promiscuo Municipal de Liborina, con fallo de 9 de agosto de 2017[10], negó por improcedente la acción de tutela, exhortó al tutelante a reclamar sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria laboral y exoneró de toda responsabilidad a las entidades accionadas.

17. La primera instancia fundó su decisión en el hecho de que el tutelante cuenta con mecanismos idóneos para obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas que le han sido expedidas con posterioridad al día 540. También señaló, que al perseguir la demanda una prestación económica, la acción de tutela resulta improcedente toda vez que es un mecanismo subsidiario de protección que opera para evitar la

configuración de un perjuicio irremediable cuando no existe otro medio de defensa judicial.

#### 4.2. Impugnación

18. Dentro de la oportunidad legal prevista para el efecto, el tutelante impugnó[11] la decisión de primera instancia. Argumentó que no persigue un reembolso de sumas de dinero o el reconocimiento judicial de acreencia, sino que reprocha la omisión deliberada en el pago de un subsidio económico íntimamente ligado con los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad humana. Asimismo, expuso que la acción de tutela es procedente para remediar una amenaza inminente y grave sobre su mínimo vital y el de su grupo familiar, pues su única fuente de ingresos es el pago de las incapacidades, rubro del que también depende su compañera permanente, quien se encuentra en situación de desempleo, y su hija, quien es menor de edad. Adicional a lo anterior, informó sobre su precaria situación económica, la cual se ve reflejada en el bajo puntaje obtenido en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -SISBÉN-.

#### 4.3. Segunda instancia

#### 5. Actuaciones en sede de revisión

20. En auto de pruebas del 26 de febrero de 2018[13], se ordenó oficiar a la EPS Medimás S.A.S. (antes Cafesalud EPS), a la AFP Protección S.A., a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y al señor David Fernando Carvajal García, para que allegaran, respectivamente, copia de: (i) las incapacidades médicas expedidas a favor del tutelante con posterioridad al día 540 de incapacidad, (ii) la certificación sobre si al tutelante se le había reconocido pensión de invalidez, (iii) la decisión por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el tutelante en contra del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia y (iv) el registro civil de nacimiento de la hija del tutelante y la declaración extra juicio sobre su unión libre con la señora Paola Andrea Gaviria Arboleda. Asimismo, se ordenó oficiar al Consorcio Hidroeléctrico Ituango, empresa en la cual labora el tutelante, para que informara sobre la reincorporación del tutelante a las labores o la reubicación en un trabajo compatible con sus capacidades y las gestiones adelantadas ante las autoridades de salud relacionadas con su pérdida de capacidad laboral.[14]

21. La EPS Medimás S.A.S. (antes Cafesalud EPS), no dio respuesta a la solicitud efectuada por la Corte Constitucional mediante oficio OPT-A-584/2018 del 1 de marzo de 2018[15].

22. La Representante Legal Judicial de la AFP Protección S.A., con oficio CAS-128861-Y4V3L2 del 21 de marzo de 2018[16], informó que “el señor David Fernando Carvajal García fue calificado por la Comisión Médico Laboral quien determinó en primera instancia una pérdida de capacidad laboral de 22.25% de origen común y estructuración de 15 de junio de 2017, en virtud de la potestad otorgada por el Artículo 142 del decreto 019 de 2012, dictamen que fue apelado. // La apelación del dictamen la realizó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, quien estimó una pérdida de capacidad laboral del 22.15% con origen común y estructuración del 15 de junio de 2017, sin embargo, a la fecha se desconoce si el mismo tomó firmeza, pues la junta no lo ha comunicado. // Así las cosas, aclaramos que el señor David Fernando Carvajal García, todavía tiene un trámite de calificación activo ante mi representada y en razón a ello no se ha otorgado pensión de invalidez, pues no se ha verificado el cumplimiento de los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 para proceder a reconocerla”.

23. El Abogado Sala Tres de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con oficio AMD-CH-0980 del 6 de marzo de 2018[17], informó que “una vez revisada la base de datos de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y los expedientes en trámite en las salas de decisión, no se encuentra registro de caso relacionado con trámite de calificación del señor David Fernando Carvajal García identificado con la cédula de ciudadanía número 1039623684”.

24. El señor David Fernando Carvajal García, por intermedio del Personero Municipal de Liborina (Antioquia), remitió con oficio 100.4.1-56 del 9 de marzo de 2018[18], copia del registro de nacimiento de su menor hija y declaración extra juicio, en la que bajo la gravedad de juramento, indicó que desde hace diez años convive en unión libre con la señora Paola Andrea Gaviria Arboleda.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

25. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

## 2. Problema jurídico

26. Los problemas jurídicos a resolver son los siguientes: (i) ¿en las circunstancias del caso concreto es procedente la acción de tutela para ordenar el pago de los auxilios de incapacidad médica por enfermedad de origen común, reclamado por el tutelante? De resultar afirmativa la respuesta a este interrogante, habrá de resolverse si (ii) ¿vulneraron las entidades accionadas los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y la vida en condiciones dignas del tutelante, al no reconocer y pagar las incapacidades médicas expedidas con posterioridad al día 540, con el argumento de no encontrarse reglamentado el procedimiento para su reconocimiento?

27. Para resolver el presente asunto, esta Sala de Revisión expondrá previamente el marco normativo y jurisprudencial correspondiente a los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela -legitimación en la causa, subsidiariedad e inmediatez-, el desarrollo de la función jurisdiccional ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud en materia de reconocimiento de prestaciones de salud y el régimen de incapacidades laborales por enfermedades de origen común.

## 3. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

28. La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política constituye un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

29. Conforme al mandato constitucional, este mecanismo privilegiado de protección debe cumplir con los requisitos de legitimación en la causa, que evalúa tanto la capacidad del accionante, como la del accionado, para acudir legítimamente al debate que tendrá

lugar en el trámite de tutela; de subsidiariedad, en razón a que solo procede cuando se han agotado todos los medios de defensa por las vías judiciales ordinarias antes de acudir al juez de tutela, o cuando no existe medio judicial legalmente previsto para debatir el caso concreto; y de inmediatez, que exige que su interposición sea oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

30. La legitimación en la causa[19] es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, por tanto es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de oposición del demandado.

31. La legitimación en la causa presenta dos facetas, de un lado se encuentra la “legitimación activa”, desarrollada por el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, según la cual se podrá acudir al mecanismo de tutela, así: (i) por ejercicio directo, es decir, quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso[20]. Del otro lado, se encuentra la “legitimación pasiva”, desarrollada por los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991, la cual exige que la persona natural o jurídica a quien se demanda en vía de tutela, sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar los derechos fundamentales.

32. En cuanto al requisito de subsidiariedad, ha destacado la jurisprudencia que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela[21]. En la medida en que la Constitución de 1991 impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Constitución haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios

de defensa judicial, los cuales son entonces los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.

33. Sin embargo, en los casos en los que se logra establecer la existencia de medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, esta Corte[22] ha indicado que la acción de tutela resulta procedente si: (i) el juez constitucional logra determinar que dichos mecanismos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, o (ii) es preciso otorgar el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable, máxime cuando el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

34. El ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela. En este último caso, esa comprobación, da lugar a que la acción proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva[23].

36. Por su parte, en cuanto al requisito de inmediatez, este debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en estricta atención a las circunstancias de cada caso concreto, por tanto la interposición tardía de la acción de tutela sin una justa causa, e incluso, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que esta resulte procedente[24].

4. Función jurisdiccional ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud en materia de reconocimiento de prestaciones de salud

37. El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, con el propósito de garantizar la efectiva protección de los derechos de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el P.O.S.; ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una I.P.S. no adscrita a la entidad promotora de salud, o por el incumplimiento injustificado de la E.P.S. de las

obligaciones que le competen; iii) la multifiliación dentro del sistema, y iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

38. Posteriormente, la Ley 1438 de 2011 en el artículo 126 amplió las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud e incluyó las controversias relacionadas con: i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; ii) recobros entre entidades del sistema y iii) pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. En esa norma se modificó el trámite previsto inicialmente y se estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante “un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

39. También se dispuso que la demanda puede presentarse por “memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia” y se previó un término máximo de 10 días para emitir la decisión de primera instancia, la cual podrá ser impugnada dentro de los 3 días siguientes a su notificación, que se efectuará mediante telegrama o cualquier otro medio expedito.

40. De acuerdo con el panorama descrito se tiene que, actualmente, los usuarios del sistema general de salud cuentan con un mecanismo expedito, célere e informal que, a priori, puede calificarse como idóneo y eficaz para la protección y restablecimiento de los derechos que resulten afectados en el marco de la relación que mantienen con las entidades promotoras de salud. No obstante, la realidad que se observa en la puesta en marcha de este mecanismo jurisdiccional a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, no permite establecer el logro de los propósitos trazados por el legislador en esta materia.

41. 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[25]. 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”[26], no resulta ser eficaz.

42. 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.

## 5. Régimen de incapacidades laborales por enfermedades de origen común

43. El certificado de incapacidad temporal es un documento emitido por un profesional de la salud en el que consta un concepto que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de “un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”[27].

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

45. De conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 al párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos primeros días de incapacidad corresponden al empleador.

46. A su vez, el pago de las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012.

47. En ese estadio de la evolución de la incapacidad del afiliado, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación. Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación,

conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150.

48. En los eventos en que las EPS no cumplan lo anterior, les compete pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, es decir, les asistirá el deber de asumir el pago de dichas sumas desde el día 181 y hasta el día en que emitan el concepto en mención.

49. En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá que postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”[28]. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador[29], el cual estará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado[30].

50. 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, caso en el cual será la llamada a responder.

51. Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, surge el interrogante de quién es el llamado a su reconocimiento y pago. Es así como la Ley 1753 de 2015, con el fin de superar el vacío legal que existía en esta materia antes de su expedición[31], creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

52. Entre las diferentes funciones otorgadas a dicha entidad, el legislador estableció en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 la obligación de reconocer y pagar a las EPS las incapacidades por enfermedad de origen común de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que superen los 540 días continuos.

53. Sobre dicha función, esta Corte señaló en la sentencia T-144 de 2016 que las EPS solo asumen una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al establecer que no son ellas quienes van a asumir la

obligación, la cual le compete en últimas al Estado, que en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015[32], le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

54. Adicionalmente y conforme a lo establecido en el Decreto 546 de 2017[33] y la Circular No. 1 del 31 de julio de 2017[34], la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud entró en operación a partir del 1º de agosto de 2017, fecha en la cual las EPS cuentan con la facultad de ejercer la facultad de recobro de los dineros pagados por concepto de dichas incapacidades.

## 6. Análisis del caso concreto

55. En esta oportunidad, el tutelante, en causa propia, hace uso de la acción de tutela en procura de que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas. Por tal motivo, está legitimado para actuar. Por su parte, la EPS Cafesalud (hoy Medimás EPS), entidad a la cual está afiliado el tutelante, se encuentra legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión, sumado al hecho de tener bajo su responsabilidad la carga administrativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos. Resta señalar que la AFP Protección S.A., al no encontrarse vinculada legalmente con el pago de dichas incapacidades, no es responsable en modo alguno de la puesta en peligro de los derechos fundamentales del señor David Fernando Carvajal García.

56. De otra parte, aun cuando el tutelante cuenta con un mecanismo judicial idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de las incapacidades emitidas por su EPS con posterioridad al día 540, es claro que el mismo no resulta en este momento eficaz para la protección de sus derechos fundamentales. En efecto, como se expuso en el título 4. del capítulo de consideraciones de la presente decisión, la tardanza que evidencia el trámite adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud para decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS a sus afiliados, hace ineficaz esta vía jurisdiccional para el tutelante, debido a las condiciones de vulnerabilidad en las que actualmente se encuentra.

57. A su vez, y en cuanto a la regla de inmediatez, se observa un actuar diligente por parte del accionante. Según las pruebas que reposan en el expediente, a partir del pago de la última incapacidad por parte de Protección S.A.[35], solicitó mediante derecho de petición a Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) que se continuaran efectuando los pagos. Transcurrido un mes desde el último pago, y tan solo quince días desde la respuesta negativa[36], interpuso la presente acción de tutela[37].

59. En este sentido, las incapacidades permiten al trabajador asegurar un ingreso económico durante el período de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizarse su derecho al mínimo vital, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral[39].

60. De conformidad con lo anterior, observa la Sala que el tutelante se encuentra en una condición de vulnerabilidad manifiesta, toda vez que (i) su única fuente de ingresos corresponde al pago de las incapacidades que mediante esta acción reclama, dinero del cual también dependen para su subsistencia, su menor hija y su compañera permanente; (ii) el puntaje de 11,44 otorgado por el SISBÉN evidencia que sus condiciones socioeconómicas son precarias, de lo que se deriva su situación de pobreza y un elevado grado de vulnerabilidad[40]; (iii) la información suministrada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. sobre la calificación de la invalidez evidencian que enfrenta una limitación física considerable de su capacidad laboral, la cual le ha impedido reincorporarse a su trabajo o ser reubicado en labores compatibles con sus capacidades; y (iv) existe una amenaza inminente y grave sobre su mínimo vital y el de su familia.

61. A partir de las consideraciones realizadas sobre la difícil y apremiante situación en que se encuentra el accionante, y no habiéndose demostrado la existencia de otros ingresos que le permitan subsistir de forma digna durante el período en el cual no se le han reconocido ni pagado las incapacidades que reclama, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio se abre paso en el sub judice a efectos de (i) conjurar el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, (ii) adoptar medidas urgentes y precautelativas para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se

encuentran amenazados y (iii) garantizar el restablecimiento de un orden social justo.

62. Ahora bien, en cuanto al segundo problema jurídico planteado, el agente del Sistema General de Seguridad Social en Salud que ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del tutelante, es la EPS Cafesalud (hoy Medimás EPS).

63. En efecto, como se evidenció en el título 5. del capítulo de consideraciones de la presente decisión, Medimás EPS (antes Cafesalud EPS) se encuentra legalmente comprometida en el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas al tutelante con posterioridad a los 540 días continuos de incapacidad.

64. Resulta censurable que Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) negara el pago de dichas incapacidades argumentado razones relacionadas con la ausencia de un procedimiento para el efecto, máxime cuando el vacío legal que existía en la materia fue superado con la expedición de la Ley 1753 de 2015. Se itera, que en el artículo 67 quedó expresamente señalado que los recursos administrados por la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se destinarán, entre otros, al “reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”

65. Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) al rehusarse a dar aplicación al pago de las incapacidades, niega el alcance del que el legislador dotó a dicho precepto legal, cual es conjurar la situación de vulnerabilidad de las personas, como el aquí accionante, que en razón a la disminución de su fuerza de trabajo no han logrado estabilizar su vida laboral.

66. En este sentido, también debe ser claro que no puede ser el ciudadano quien tenga que soportar la falta de diligencia del Estado, cuando este se constituye en mora en la reglamentación o puesta en marcha de los procedimientos o instituciones a través de las cuales desarrolla sus políticas públicas.

67. En todo caso y sumado a lo anterior, Medimás EPS (antes Cafesalud EPS) tiene plenamente garantizados los dineros que entregue al tutelante por concepto del pago de las incapacidades que reclama. Se infiere de la norma en cuestión, que a través de la facultad

de recobro tendrá la garantía de que los mismos retornen a su peculio. La condición que para la fecha de los hechos le asistía, era la de esperar la entrada en funcionamiento de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual, como se consignó en precedencia, ya ocurrió [ut supra párrafo 52].

68. Así las cosas, el comportamiento de Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) resulta contrario a los principios que orientan el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Negar a sus usuarios el acceso ágil, oportuno y eficaz a las prestaciones previstas por el sistema, puede poner, como en este caso, en inminente riesgo el mínimo vital, la seguridad social y la vida en condiciones dignas de los mismos. Adicionalmente, su proceder contribuye a la congestión judicial, primordialmente en el ámbito de las acciones de tutela.

69. Con fundamento en lo anterior, observa la Sala que en el caso bajo estudio (i) existen elementos de juicio objetivos en el expediente que permitirían considerar prima facie que al tutelante le asiste derecho en el reconocimiento y pago de las incapacidades que reclama y (ii) la negativa de Cafesalud EPS (hoy Medimás EPS) en el pago de las incapacidades al tutelante, sustentada en la ausencia de reglamentación del procedimiento para su reconocimiento, ha puesto en grave e inminente riesgo sus derechos fundamentales y los de su familia, hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable.

70. En todo caso, será la Superintendencia Nacional de Salud, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, la autoridad encargada de determinar si al peticionario le asiste o no el derecho que reclama.

71. Como consecuencia de lo anterior, se impondrá la carga al accionante de adelantar el respectivo trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud, de tal forma que la transitoriedad del presente amparo, encuentre en la decisión de fondo expedida por quien compete el asunto, la resolución de la controversia de forma definitiva.

## 7. Síntesis de la decisión

72. En el asunto sub examine, la Sala Primera de Revisión otorgará de manera transitoria el amparo constitucional de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas del señor David Fernando Carvajal

García, debido a que la decisión de la EPS Cafesalud (hoy Medimás EPS) de negarle el pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que le fueron expedidas con posterioridad al día 540, desconoce lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por cuanto, en primer lugar, se encuentra legalmente comprometida a reconocerlas y pagarlas y, en segundo lugar, el argumento de no encontrarse en funcionamiento la entidad encargada de reintegrarle dichos pagos, no es una razón constitucionalmente válida, ya que cuenta con la garantía de recobro. En todo caso, a partir del 1º de agosto de 2017, la entidad ya se encuentra en operación.

73. Además, exhortará a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas administrativas y operativas que sean necesarias para revestir de eficacia la función jurisdiccional asignada por el legislador, específicamente en lo que tiene que ver con el cumplimiento del término de diez (10) días, establecido en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, para dictar los fallos de primera instancia. Asimismo, exhortará a la Procuraduría General de la Nación para que en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales establezca las responsabilidades que se deriven del incumplimiento a dichos términos.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la providencia del 3 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán (Antioquia), que a su vez confirmó la providencia del 9 de agosto de 2017 del Juzgado Promiscuo Municipal de Liborina (Antioquia), y en su lugar, CONCEDER transitoriamente el amparo solicitado por el señor David Fernando Carvajal García, de sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas. En consecuencia, el accionante deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, para que esta entidad se pronuncie de fondo y de manera definitiva sobre si el peticionario tiene o no derecho a que se le reconozcan y paguen las incapacidades por enfermedad de origen común que le fueron expedidas con posterioridad al día quinientos cuarenta (540),

referidas en la presente sentencia.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Medimás (antes Cafesalud EPS) que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague al señor David Fernando Carvajal García las incapacidades generadas con posterioridad al día quinientos cuarenta (540) de incapacidad. La precitada EPS se encuentra facultada para ejercer su derecho de recobro ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Cuarto.- EXHORTAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas necesarias que le permitan proferir sus fallos dentro de los términos estipulados por la ley.

Quinto.- EXHORTAR a la Procuraduría General de la Nación para que ejerza sus funciones de control y vigilancia ante la Superintendencia Nacional de Salud, a efectos de establecer las responsabilidades que se deriven por la inobservancia a los términos previstos en la ley para proferir las decisiones que le competen, en desarrollo de la función jurisdiccional asignada por el legislador.

Sexto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

## Secretaria General

[1] Folios 1 al 4 del cuaderno principal.

[2] Folio 34 del cuaderno principal.

[3] Folios 8 y 9 del cuaderno principal.

[4] Folios 15 al 18 del cuaderno principal.

[5] Ibíd.

[6] Ibíd.

[7] Folio 6 del cuaderno principal.

[8] Folio 12 del cuaderno principal.

[9] Folios 15 al 18 del cuaderno principal.

[10] Folios 19 al 23 del cuaderno principal.

[11] Folios 27 al 34 del cuaderno principal.

[12] Folios 37 al 45 del cuaderno principal.

[13] Folios 15 al 16 del cuaderno 2.

[14] El oficio OPT-A-587/2018 del 1 de marzo de 2018, dirigido al Consorcio Hidroeléctrico Ituango, fue devuelto por la Oficina de Correo 4/72 con la anotación “Desconocido”. Folio 20 del cuaderno 2.

[15] Folio 17 del cuaderno 2.

[16] Folios 23 al 28 del cuaderno 2.

[17] Folio 29 del cuaderno 2.

[18] Folio 30 del cuaderno 2.

[20] Corte Constitucional, sentencia T-531 de 2002.

[21] Corte Constitucional, sentencia T-150 de 2016.

[22] Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011.

[23] Corte Constitucional, sentencia T-150 de 2016.

[24] Corte Constitucional, sentencia T-246 de 2015.

[25] 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. La monografía fue elaborada en la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia y puede ser consultada en dicha institución académica.

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

[27] Ministerio de la Protección Social, concepto 295689 de 2010.

[28] Corte Constitucional, sentencia T-419 de 2015.

[29] Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

[30] Ver entre otras sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013 y T-485 de 2010.

[31] Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2010.

[32] “Artículo 66. Del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del

Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

(...).

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

(...)”.

[33] Por el cual se modifica el Decreto 1429 de 2016, mediante el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- y se dictan otras disposiciones.

[34] Expedida por la Viceministra del Ministerio de Salud y Protección Social, encargada de las Funciones de Directora General de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

[35] Folio 15 vuelto del cuaderno principal.

[36] Folio 6 del cuaderno principal.

[37] Folio 4 vuelto del cuaderno principal.

[38] Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

[39] Corte Constitucional, sentencia T-643 de 2014.

[40] Folio 34 del cuaderno principal.