

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y TEMERIDAD-Configuración

La cosa juzgada constitucional en materia de tutela se consolida una vez ocurrida alguna de estas dos situaciones: (i) cuando la solicitud de amparo es excluida para su revisión por parte de la Corte Constitucional; o (ii) cuando es seleccionada y resuelta por esa misma Corporación.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES ECONOMICAS PENSIONALES-Reglas jurisprudenciales para la procedencia

Las discusiones que versan sobre el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como son los subsidios de incapacidad, deben ser controvertidas en principio en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado – como el mínimo vital-, y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del juez de tutela.

PAGO DE INCAPACIDADES MEDICAS-Régimen normativo y jurisprudencial de las entidades responsables de efectuar el pago

Las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico. Tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera: Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador. A su vez, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador. En cuanto a las incapacidades de origen

común que persisten y superan el día 181, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Marco normativo

El Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017.

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Orden a EPS realizar trámites para el reconocimiento y pago de los subsidios por incapacidad reclamados por la accionante

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIONES-Orden a Colpensiones realizar los trámites para calificar pérdida de capacidad laboral

Referencia: Expedientes T-6.562.639 y T-6.577.261 (Acumulados)

Demandantes: María Patricia Bustamante López y Ana Judith Culma Ramírez

Demandados: Nueva EPS, Empresa de Perfumes y Cosméticos Internacionales PERCOINT-, Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y SURA EPS

Magistrado Sustanciador:

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las sentencias proferidas por (i) el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, el 10 de agosto de 2016, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la accionante (T-6.562.639); y (ii) el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, dictada el 26 de septiembre de 2017, que negó la acción de tutela presentada (T-6.577.261).

Los mencionados expedientes fueron escogidos para revisión por la Sala de Selección Número Dos, mediante Auto del 16 febrero de 2018 y, por presentar unidad en la materia, se acumularon para ser decididos en una misma sentencia.

I. ANTECEDENTES

A continuación, la Sala realizará una reseña de los antecedentes relevantes de cada uno de los procesos de tutela que se revisan, para luego proceder a plantear los problemas jurídicos que le corresponde analizar y la metodología que seguirá para ese propósito.

1. Expediente T-6.562.639

1.1. Solicitud

La accionante María Patricia Bustamante López, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra SURA EPS y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, por considerar que vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana al negarse a pagar las incapacidades médicas prescritas por su médico tratante, alegando la existencia de un dictamen que califica la pérdida de su capacidad laboral.

1.2. Hechos

1.2.1. La accionante manifiesta que se encuentra afiliada a SURA EPS en el régimen contributivo y a la Administradora Colombiana de Pensiones, en adelante Colpensiones, como independiente.

1.2.2. Debido al deterioro de su salud, el médico tratante le ha ordenado incapacidades de manera sucesiva, las cuales han excedido los 180 días. Adicionalmente, que debido a la persistencia de su quebranto de salud, le fue calificada la pérdida de capacidad laboral en

un 79,4%, y que dicha novedad, le fue comunicada a Colpensiones.

1.2.3. Asegura que a la fecha de presentación de la acción de amparo no ha recibido por parte de las accionadas el pago de las incapacidades que van del 10 de junio de 2015 al 9 de marzo de 2016. Señala que Colpensiones se negó a reconocer y a pagar las referidas incapacidades alegando la existencia del dictamen que califica su pérdida de capacidad laboral.

1.2.4. Afirma que depende económicamente de su oficio, para su sustento y el de su familia, y por ende, el no pago del subsidio de incapacidad por parte de las accionadas, le ha llevado a adquirir obligaciones crediticias con terceros para cubrir los gastos del hogar.

La accionante solicita que se ampare su derecho fundamental al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones y a SURA EPS efectuar el pago de las incapacidades adeudadas y las que se generen con posterioridad.

1.4. Pruebas relevantes

Reposan como prueba documental, los siguientes certificados de incapacidad emitidos por SURA EPS:

No. Certificado de Incapacidad

Fecha de Inicio

Fecha de finalización de la Incapacidad

0-18966947

23 de agosto de 2015

16 de septiembre de 2015[1]

0-19011343

17 de septiembre de 2015

11 de octubre de 2015[2]

0-19163744

12 de octubre de 2015

5 de noviembre de 2015[3]

0-19210415

6 de noviembre de 2015

30 de noviembre de 2015[4]

0-19312722

01 de diciembre de 2015

25 de diciembre de 2015[5]

0-19463120

26 de diciembre de 2015

19 de enero de 2016[6]

0-19521692

13 de febrero de 2016[7]

0-19609980

14 de febrero de 2016

9 de marzo de 2016[8]

0-19752218

10 de marzo de 2016

03 de abril de 2016[9]

1.5. Trámite procesal y contestación a la demanda de tutela

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, el cual resolvió, mediante Auto del 3 de agosto de 2016, admitirla y correr traslado a Colpensiones y SURA EPS, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Vencido el término de traslado, las accionadas no se pronunciaron frente a esta acción constitucional.

1.6. Decisiones Judiciales

1.6.1. Primera instancia

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 10 de agosto de 2016, negó el amparo deprecado, al concluir que “al tener por objeto el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Sistema de Seguridad Social, por existir otro mecanismo idóneo de defensa judicial; y por no estar acreditado que se encuentra la actora en un perjuicio irremediable que permita excepcionar la procedencia de la acción constitucional, pues ni siquiera aportó la prueba en la que se pudiera verificar su pérdida de capacidad laboral a la cual está haciendo referencia y por afirmar ser trabajadora independiente, lo que la excluye del grupo poblacional que requiera especial protección”.

1.7. Trámite en Sede de Revisión de Tutela

1.7.1. Una vez seleccionado el proceso de la referencia y puesto a disposición de esta Sala de Revisión, el suscrito Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 15 de marzo de 2018, en procura de verificar los supuestos de hecho que sirvieron de fundamento a la acción de tutela y lograr un mejor proveer, dispuso la práctica de medios probatorios, consistentes en:

“PRIMERO. Por Secretaría General OFÍCIESE a SURA EPS, para que en el término de cinco (5)

días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta providencia, remita a esta Corporación, copia del concepto favorable de rehabilitación emitido a favor de la señora María Patricia Bustamante López, con la constancia de entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones. Adicionalmente, ordenar que en el mismo término, se certifiquen las incapacidades médicas que se registran en el historial de la señora María Patricia Bustamante López, indicando el número de identificación de las incapacidades, las fechas de inicio y terminación de cada una de ellas, el diagnóstico que las originó, así como los pagos efectuados por dicho concepto.

SEGUNDO. Por Secretaría General OFÍCIESE a la Administradora Colombiana de Pensiones -- Colpensiones, para que en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta providencia, remita a esta Corporación, una relación de las incapacidades médicas reconocidas y pagadas a la señora María Patricia Bustamante López, indicando el número de identificación de la incapacidad, las fechas de inicio y terminación de cada una de ellas, el diagnóstico que las originó, así como el valor del subsidio de incapacidad efectivamente pagado.

TERCERO. Por Secretaría General OFÍCIESE a la señora María Patricia Bustamante López, para que en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta providencia, rinda informe sobre su situación económica actual, indicando: i) la actividad económica o vinculación laboral de la cual deriva sus ingresos en la actualidad, señalando el monto mensual de los mismos. Si recibe ingresos por otros medios, indicar cuál es la fuente (el origen de los ingresos que le sirven de sustento); ii) la relación de sus gastos mensuales por todo concepto (alimentación, vivienda, educación, vestuario, recreación, etc.); iii) si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indicar cuál es su valor y de darse el caso, cuál es la renta que pueda derivar de ellos; iv) si tiene personas a cargo, indicar quiénes (parentesco) y cuántos; v) si ha recibido el pago de las incapacidades médicas que van del 10 de junio de 2015 al 3 de abril de 2016, y en caso de existir incapacidades posteriores, remitir los respectivos soportes, indicando si han sido cubiertos por las accionadas. De igual forma, ordenar que en el mismo término, se remita: i) copia de las solicitudes radicadas ante cada una de las accionadas, así como de las respuestas recibidas, y ii) copia de los dictámenes que calificaron su pérdida de capacidad laboral. Para atender este requerimiento, sírvase allegar los documentos que soporten las respuestas correspondientes.”

1.7.1.1. Colpensiones, a través de su Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial, presentó escrito en esta Corporación el 27 de marzo de 2018, en el cual señaló: i) que la afiliada cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la EPS SURA, de fecha 26 de mayo de 2015, ii) que mediante dictamen No.2016128295TT del 12 de enero de 2016, se le calificó a la accionante una pérdida de capacidad laboral del 79.40% con fecha de estructuración del 19 de agosto de 2015; iii) que el 19 de julio de 2016, con Resolución No.GNR214524 se le reconoció pensión de invalidez a la afiliada; y iv) que la entidad le reconoció el subsidio de las incapacidades del 26 de mayo de 2015 al 12 de enero de 2016, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Control de Garantías, dentro de la acción de tutela 2016-0035. Como sustento, presentó una relación de las incapacidades, de los actos administrativos y los valores reconocidos, y adjuntó una certificación de incapacidades expedida el 29 de marzo de 2016 por la EPS SURA.

2. Expediente T-6.577.261

2.1. Solicitud

2.2. Hechos

2.2.1. La demandante manifestó que desde el 22 de julio de 2017, Colpensiones no ha efectuado los pagos correspondientes al subsidio a que tiene derecho por concepto de las incapacidades prescritas por su médico tratante, y que a la fecha de presentación de la acción de amparo, se encuentran pendientes de reconocimiento y pago 59 días, esto es, hasta el 18 de septiembre de 2017.

2.2.2. Explica que Colpensiones a través de la comunicación BZ2017-7659724-2083318 de fecha 5 de agosto de 2017[10], le notificó acerca de la imposibilidad de continuar sufragando el subsidio de incapacidad reclamado, atribuyendo dicha carga a la Nueva EPS en virtud del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Lo anterior, por tratarse de incapacidades que superan los 540 días.

2.2.3. También informa que el 7 de julio de 2017 fue valorada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima y que a la fecha de presentación de la acción de amparo, no había recibido el respectivo dictamen.

2.2.4. Igualmente puso de presente, que esta situación afecta su mínimo vital en razón a que no cuenta con otras fuentes de ingresos económicos para suplir sus necesidades básicas y las de su familia.

2.3. Pretensiones

La accionante solicita que le sea amparado su derecho fundamental al mínimo vital y, en consecuencia, se ordene a las empresas Perfumes y Cosméticos Internacionales -PERCOINT, Nueva EPS y Colpensiones efectuar el pago de los subsidios de las incapacidades adeudadas.

2.4. Pruebas relevantes

Las pruebas documentales relevantes obrantes en el expediente, son las siguientes:

- Copia de la comunicación BZ2017-7659724-2083318 de fecha 5 de agosto de 2017, suscrita por el Profesional Master 8 con Funciones de Directora de Medicina Laboral de Colpensiones[11].
- Copia de la comunicación GRCO-ML-000745-17 de fecha 3 de mayo de 2017, suscrita por el Profesional de Medicina Laboral de la Nueva EPS, por medio de la cual remite la documentación correspondiente a la señora Ana Judith Culma Ramírez a la Junta de Calificación de Invalidez del Tolima (Ibagué), para su valoración y calificación[12].
- Copia de la citación de la señora Ana Judith Culma Ramírez a valoración médica, por parte del Director Administrativo y Financiero de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, confirmando el día 7 de julio de 2017 como fecha para su realización[13].
- Copia de los siguientes certificados de incapacidad emitidos la Nueva EPS:

No. Certificado de Incapacidad

Fecha de Inicio

Fecha de finalización de la Incapacidad

0003675679

22 de julio de 2017

4 de agosto de 2017[14]

0003703380

5 de agosto de 2017

19 de agosto de 2017[15]

0003725696

20 de agosto de 2017

3 de septiembre de 2017[16]

0003741996

04 de septiembre de 2017

18 de septiembre de 2017[17]

2.5. Trámite procesal y contestación a la demanda de tutela

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, el cual resolvió, mediante Auto del 13 de septiembre de 2017, admitirla y correr traslado a las empresas Perfumes y Cosméticos Internacionales - PERCOINT, Nueva EPS y Colpensiones[18], para que se pronunciaran acerca de los hechos de la demanda. Dentro del expediente obra respuesta escrita por parte de PERCOINT y la Nueva EPS, en estos términos:

2.5.1. Perfumes y Cosméticos Internacionales -PERCOINT, por medio de escrito presentado el 21 de septiembre de 2017, a través de su representante legal, dio respuesta a la acción de tutela, solicitando se ampare el derecho fundamental invocado por la accionante, se ordene a la EPS cumplir con la obligación legal prevista en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015[19].

2.5.2. La Nueva EPS, por medio de comunicación del 21 de septiembre de 2017, a través de su representante legal, sostuvo que en atención al concepto No.201511400874021 del 21 de mayo de 2015, del Ministerio de Salud, la entidad asumirá el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a los 540 días de incapacidad por origen común, una vez se expida la reglamentación que permita desarrollar y ejecutar las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1753 de 2015. Igualmente, solicitó negar la acción de tutela, con fundamento en la improcedencia de la misma para dirimir controversias sobre derechos que tengan un contenido económico.

2.6. Decisiones Judiciales Objeto de Revisión

2.6.1. Primera instancia

Mediante sentencia del 26 de septiembre de 2017, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué negó el amparo deprecado, con fundamento en el carácter residual de la acción de tutela, en la medida en que en su criterio no se cumple con el requisito de subsidiariedad por tratarse de una controversia de índole laboral, cuya definición debe tramitarse ante la jurisdicción ordinaria laboral, y en razón a que no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable para la accionante. La decisión no fue objeto de impugnación.

2.7. Trámite en Sede de Revisión de Tutela

Una vez seleccionado el proceso de la referencia y puesto a disposición de esta Sala de Revisión, el suscrito Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 15 de marzo de 2018, en procura de aclarar los elementos fácticos que motivaron la tutela y lograr un mejor proveer, solicitó diferentes elementos probatorios a las partes, en los siguientes términos:

“CUARTO. Por Secretaría General OFÍCIESE a la Nueva EPS, para que en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta providencia, remita a esta Corporación, copia del concepto favorable de rehabilitación emitido a favor de la señora Ana Judith Culma Ramírez, con la constancia de entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones (sic). Adicionalmente, ordenar que en el mismo término, se certifiquen las incapacidades médicas que se registran en el historial de la señora Ana

Judith Culma Ramírez, indicando el número de identificación de las incapacidades, las fechas de inicio y terminación de cada una de ellas, el diagnóstico que las originó, así como los pagos efectuados por dicho concepto.

QUINTO. Por Secretaría General OFÍCIESE a la señora Ana Judith Culma Ramírez, para que en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta providencia, rinda informe sobre su situación económica actual, indicando: i) la actividad económica o vinculación laboral de la cual deriva sus ingresos en la actualidad, señalando el monto mensual de sus ingresos. Si recibe ingresos por otros medios, indicar cuál es la fuente (el origen de los ingresos que le sirven de sustento); ii) la relación de sus gastos mensuales por todo concepto (alimentación, vivienda, educación, vestuario, recreación, etc.); iii) si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indicar cuál es su valor y de darse el caso, cuál es la renta que pueda derivar de ellos; iv) si tiene personas a cargo, indicar quiénes (parentesco) y cuántos; v) si ha recibido el pago de las incapacidades médicas que van del 22 de julio de 2017 al 18 de septiembre del mismo año, y en caso de existir incapacidades posteriores, remitir los respectivos soportes, indicando si han sido cubiertos por las accionadas. De igual forma, ordenar que en el mismo término, se remita: i) copia de las solicitudes radicadas ante cada una de las accionadas, así como de las respuestas recibidas, y ii) copia de los dictámenes que calificaron su pérdida de capacidad laboral. Para atender este requerimiento, sírvase allegar los documentos que soporten las respuestas correspondientes.”

2.7.1. La accionante Ana Judith Culma Ramírez, por medio de oficio enviado a esta Corporación el 6 de abril de 2018, manifestó que Colpensiones le pagó el subsidio por las incapacidades que superaron los 180 días hasta el día 540, esto es, hasta el 21 de julio de 2017, y que a partir del 22 de julio del mismo año, ninguno de los actores del Sistema General de Seguridad Social han asumido dicho pago.

Igualmente, señaló que no se encuentra recibiendo ingreso alguno, salvo el apoyo que recibe de su esposo, quien percibe un salario mínimo, más las comisiones que podría recibir por ventas, que asciende en promedio a \$1.201.242.00 mensuales. Pero que no obstante lo anterior, al efectuar una relación de egresos mensuales, incluidos los \$600.000 que deben pagar por concepto de crédito hipotecario que afecta la vivienda en la que habitan, sus gastos superan dicha suma, debiendo cargar la diferencia a su tarjeta de crédito o recurrir a

préstamos personales. Y que esto, sumado a sus padecimientos, afecta su derecho fundamental al mínimo vital y el de su familia.

Adicionalmente, adjuntó al escrito, copia de 17 certificados de incapacidades médicas junto con la historia clínica, así como del concepto de rehabilitación y pronóstico emitido por la Nueva EPS[20], y de las comunicaciones enviadas y recibidas de parte de Colpensiones, la Nueva EPS y la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima. Dentro de los documentos allegados se advierten (i) el Dictamen de Determinación de Origen, de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, de fecha 19 de octubre de 2017[21], con el cual se resolvió la inconformidad manifestada por la accionante frente a la primera calificación del origen de la enfermedad emitido por la Nueva EPS, y (ii) la comunicación del 27 de octubre de 2017[22], con la cual la accionante presentó nuevamente inconformidad frente al origen de la enfermedad.

2.7.2. La Nueva EPS, por medio de comunicación enviada el 24 de abril de 2018, a través del Gerente Zonal Tolima, señaló que como la patología sufrida por la accionante puede estar relacionada con el trabajo para el cual la paciente fue contratada, el 31 de enero de 2017 procedieron a calificar el origen de las patologías trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía y lumbago no especificado como enfermedad común[23]. Decisión que el 10 de febrero de 2017 fue impugnada por la accionante, al considerar que el origen de su enfermedad es laboral[24]. Por consiguiente, el caso fue remitido el 3 de mayo de 2017 a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, para que dirimiera el conflicto[25], sin que a la fecha hayan sido notificados del resultado.

Adicionalmente, que en virtud del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el llamado a asumir el pago de los subsidios de incapacidad solicitados por la accionante es Colpensiones, por incumplir su deber de calificar la pérdida de capacidad de la accionante dentro del término previsto en la ley.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala de Revisión, es competente para examinar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo

dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con las situaciones fácticas expuestas y las decisiones de instancia mencionadas, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de las accionantes por el no pago del subsidio de incapacidad bajo el argumento consistente en i) la existencia de un dictamen que califica la pérdida de capacidad laboral de la accionante, en uno de los casos, y en el otro, ii) la inexistente regulación normativa que permita ejecutar la Ley 1753 de 2015 “Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”, en lo correspondiente al reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a los 540 días por enfermedad de origen común.

Teniendo en cuenta que el problema jurídico planteado aborda una materia que ha sido ampliamente reiterada por la jurisprudencia constitucional, la Sala procederá a motivar brevemente esta providencia, en aplicación de lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991[26]. En efecto se reiterará doctrina constitucional referente a los siguientes temas: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas – aplicado en cada acción de tutela sub examine; (ii) régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – entidades responsables de efectuar el pago; y, finalmente, con base en lo anterior, se resolverán de fondo los (iii) casos concretos.

No obstante lo anterior, la Sala advierte el posible acaecimiento de la cosa juzgada constitucional dentro del expediente T-6.562.639 de María Patricia Bustamante López contra SURA EPS y Colpensiones, motivo por el cual, comenzará por determinar, si la acción de tutela en comento adolece de temeridad o es improcedente por desconocer el fenómeno jurídico referido. En caso de que la respuesta sea positiva, procederá a dilucidar los temas previstos para resolver el problema jurídico planteado inicialmente.

3. Existencia de cosa juzgada constitucional – Expediente T-6.562.639 de María Patricia Bustamante López contra SURA EPS y Colpensiones

La Corte Constitucional de manera reiterada se ha pronunciado sobre las instituciones de cosa juzgada constitucional y la temeridad. En lo concerniente a la cosa juzgada constitucional, mediante sentencia de unificación SU-439 de 2017, reiteró que se configura cuando entre dos o más acciones de tutela se constatan los siguientes aspectos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa; e (iii) identidad de objeto.

Se presenta la identidad de partes en el caso que “ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales”.

La identidad de causa se configura en la medida que “el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa”.

Aunado a lo anterior, la Corte ha señalado que la cosa juzgada constitucional en materia de tutela se consolida una vez ocurrida alguna de estas dos situaciones: (i) cuando la solicitud de amparo es excluida para su revisión por parte de la Corte Constitucional; o (ii) cuando es seleccionada y resuelta por esa misma Corporación. Sobre el tema, de manera más precisa, también ha destacado:

“Como regla general, cuando el juez constitucional resuelve un asunto en concreto y posteriormente la Corte decide sobre su selección, la decisión judicial sobre el caso se torna definitiva, inmutable y vinculante. Si la Corte en ejercicio de la facultad discrecional de revisión, decide seleccionar el caso para su estudio, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo de la propia Corte, y cuando no lo selecciona, la misma opera a partir de la ejecutoria del auto en que se decide la no selección. Luego de ello, la decisión queda ejecutoriada desde el punto de vista formal y material. Por tanto, no es posible que se profiera un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto, pues ello desconocería la seguridad jurídica que brinda este principio de cierre del sistema jurídico” [27]. (Subrayado fuera de texto)

En conclusión, en los eventos en los que una misma persona presenta tutelas de manera sucesiva en las que converge identidad de partes, hechos y pretensiones, más allá de la declaratoria de temeridad, es preciso estudiar si ha operado el fenómeno de la cosa juzgada

constitucional sobre la primera de las acciones promovidas, pues cuando ello ocurre, las tutelas subsiguientes son improcedentes. Además, que el referido fenómeno jurídico se consolida al presentarse una de las situaciones expuestas: que la tutela no sea seleccionada para revisión o cuando siendo seleccionada, sea resuelta por la Corporación.

Entonces, reiterada la jurisprudencia constitucional sobre las reglas que determinan la configuración de la cosa juzgada en tutela, se procederá a verificar la ocurrencia de la misma en el caso concreto.

De acuerdo con los medios probatorios recaudados en el expediente T-6.562.639, la accionante María Patricia Bustamante López, sufrió una afección en su salud, razón por la cual, su médico tratante emitió las respectivas incapacidades, las cuales partieron de manera ininterrumpida del 27 de noviembre de 2014 al 3 de abril de 2016.

Ante este suceso, la EPS SURA en cumplimiento de su deber legal, previsto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, pagó el auxilio económico correspondiente a las incapacidades de los primeros 180, esto es, hasta el 9 de junio de 2015[28]. Sin embargo, aseguró la accionante que no recibió el pago del subsidio correspondiente a las incapacidades que se extendieron a partir del 10 de junio de 2015, en adelante.

Bajo el ordenamiento jurídico colombiano, el pago de los subsidios de las incapacidades médicas posteriores al día 180 – que para el caso se encuentran pendientes-, le corresponde a la administradora del fondo de pensiones a la cual se encuentre afiliada la accionante, en virtud del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, esto es, a Colpensiones.

No obstante, observa la Sala que en sede de revisión, Colpensiones señaló que fueron “conminados en su momento mediante fallo proferido por el Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Control de Garantías [de Medellín], dentro de la acción de tutela 2016-035 a reconocer incapacidades hasta que se calificara la pérdida de capacidad laboral de manera definitiva”, y que en cumplimiento de dicha orden judicial “reconoció incapacidades desde el 26 de mayo de 2015 y hasta el 12 de enero de 2016” [29], fecha en la cual se le dictaminó a la accionante una pérdida de capacidad laboral del 79.4%, y como consecuencia, le fue reconocida la pensión de invalidez por la misma entidad, con

Resolución GNR214524 del 19 de julio de 2016.

De lo anterior, repara la Sala que de acuerdo con la respuesta de la accionada, existió una acción de tutela anterior, con radicado No.2016-035, en la que evidente y forzosamente las pretensiones debían coincidir con las perseguidas en la acción de amparo bajo revisión, más si se tiene en cuenta que la orden judicial de aquel juez constitucional, fue la de conminar a Colpensiones al pago de los subsidios correspondientes a las mismas incapacidades médicas que se reclaman en la acción de tutela sub examine. Adicionalmente, luego de verificar la información internamente, la Sala constató que la acción de tutela referida por la accionada, fue presentada por la ahora accionante y que uno de los accionados fue Colpensiones. En conclusión, efectivamente existió una acción de tutela previa, la cual fue radicada al interior de esta Corporación bajo el consecutivo T-5.658.399.

Así las cosas, no era procedente que el Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín emitiera un nuevo pronunciamiento de fondo frente al asunto, teniendo en cuenta: i) que evidentemente hubo identidad de partes, causa (hechos) y objeto (pretensiones) entre el expediente bajo revisión y el T-5.658.399 - radicado asignado por la Corporación a la primera acción de amparo presentada por la accionante-, y ii) que para el T-5.658.399 operó el fenómeno de la cosa juzgada, al no haber sido seleccionado para revisión por esta Corte en Sala de Selección del 11 de agosto de 2016[30].

Bajo este panorama, la acción de tutela sub examine resultaba improcedente, por el acaecimiento del fenómeno de la cosa juzgada en la acción de amparo promovida por la accionante con anterioridad, y por tanto, no era viable someter nuevamente la controversia ante la jurisdicción constitucional.

De otra parte, si bien es cierto la accionante presentó en esta oportunidad una acción de amparo, por los mismos hechos de una acción de tutela anterior -conducta que puede ser catalogada como temeraria-, también lo es, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la actuación temeraria requiere que se compruebe la mala fe de la accionante[31], situación ésta que no se probó en el presente caso. En consecuencia, la Sala considera que no se vislumbra dolo o mala fe en la conducta de la accionante, y por tanto, no hay lugar a imponerle una sanción pecuniaria; no obstante, se le advertirá que en lo sucesivo se abstenga de presentar acciones de tutela con fundamento en los hechos que

ya han sido debatidos, so pena de las sanciones a las que haya lugar.

Por lo antes expuesto, la Sala Quinta de Revisión se abstendrá de emitir pronunciamiento de fondo respecto al asunto de la acción de amparo sub examine, revocará la sentencia proferida el diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, que negó las pretensiones invocadas por la tutelante María Patricia Bustamante López en contra de SURA EPS y Colpensiones, y rechazará por IMPROCEDENTE la acción de tutela.

4. Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica - Expediente T-6.577.261 de Ana Judith Culma Ramírez contra la Nueva EPS y Colpensiones

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, dispone los elementos que el operador jurídico debe observar con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.

4.1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la referida disposición superior, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. Conservando el sentido de este mandato constitucional, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, precisa lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”

Con base en las referidas disposiciones, la Sala concluye que la acción de tutela que se revisa, cumple con el requisito de la legitimación en la causa por activa, en la medida en que la accionante Ana Judith Culma Ramírez presentó la acción de amparo en nombre propio como presunta afectada en sus derechos fundamentales.

4.2. Legitimación por pasiva

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

Bajo esta premisa, considera la Sala que la acción de tutela bajo revisión cumple con este requisito, en cuanto va dirigida contra: i) la Nueva EPS, entidad encargada de la prestación de un servicio público, como lo es, la salud[32], y ii) Colpensiones, quien administra los recursos propios del régimen pensional.

Adicionalmente, la accionada está legitimada en razón a que a ella se le atribuye la afectación de los derechos fundamentales cuya protección se reclama.

4.3. Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política[33], el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela[34] y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

La Corporación ha sostenido, que el medio de defensa judicial resulta ser idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y efectivo, cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados[35].

De acuerdo con el sistema normativo colombiano, los recursos ordinarios aptos para ventilar las pretensiones de índole económico, específicamente las tendientes a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales son, la solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de su función jurisdiccional, o en su defecto, la acción laboral ante el juez natural de la jurisdicción ordinaria.

El primer recurso se activa ante la Superintendencia Nacional de Salud, en razón a la función jurisdiccional a ella conferida por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado y modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política[36], con el fin de garantizar el derecho a la salud de manera efectiva a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De acuerdo con las referidas disposiciones, la Superintendencia Nacional de Salud puede conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez en determinados asuntos, siendo uno de ellos el “conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

De conformidad con las disposiciones señaladas, el procedimiento para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia: i) es “preferente y sumario”, ii) se debe llevar a cabo “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”, y iii) reviste de las siguientes características: (a) inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante; (b) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado; (c) puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia; (d) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que

considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (e) dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento; y iv) dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.

Y aunque el legislador no reguló el término en el que se debe resolver la segunda instancia, no se descarta per se la idoneidad del mecanismo, ya que goza de prerrogativas de prevalencia y brevedad, tal y como se señaló en la sentencia T-603 de 2015:

“A pesar de que el legislador no precisó el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial deben resolver el recurso de apelación formulado en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, también puede predicarse la celeridad de la segunda instancia, dado el carácter prevalente y sumario que se le otorgó al mecanismo y la especialidad de los jueces, pues son conocedores del tipo de circunstancias y prerrogativas que envuelven estas controversias y de la necesidad de una decisión oportuna.”

En síntesis, en principio el mecanismo resultaría idóneo y efectivo para amparar los derechos solicitados.

De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo[37].

Sin embargo, la Corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos de la Corporación, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando media este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para

obtener la protección de sus derechos.

“Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza[38]”

En otros términos, las discusiones que versan sobre el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como son los subsidios de incapacidad, deben ser controvertidas en principio en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado – como el mínimo vital-, y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del juez de tutela.

Lo anterior, en razón a que el pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental (i) a la salud “en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación” y (ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, “por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar” [39].

Con base en lo expuesto, pasa la Sala a verificar el cumplimiento del requisito de subsidiaridad en el caso sub examine.

La acción de tutela con referencia T-6.577.261, cuestiona el no pago de las incapacidades

que superan los 540 días por parte de la Nueva EPS. Por esto, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Sin embargo, con todo, recuerda la Sala que en este caso, la acción de tutela la presenta una mujer de 56 años, que tiene afectaciones y padecimientos en su salud, que le generan dolor lumbar persistente como lo evidencian las pruebas aportadas al proceso, y que por ende, no se encuentra en capacidad de retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades y la obligación hipotecaria que recae sobre su vivienda. La accionante requiere del pago de las referidas incapacidades para ver incólume su derecho al mínimo vital, toda vez que, aunque cuenta con el apoyo de su esposo, de acuerdo con el análisis de gastos mensuales presentado ante esta Sala, no resulta ser suficiente para cubrir sus necesidades básicas.

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

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

4.4. Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la

decisión e incluso el juez constitucional podría estar acolitando una conducta negligente de quienes se consideran afectados en sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, con relación a la acción de tutela de referencia T-6.577.261, es de precisar que se cumple con este requisito, si tenemos en cuenta que transcurrieron menos de dos (2) meses a partir de la fecha de la primera incapacidad dejada de pagar por la accionada[40] – según afirmación que hiciere la accionante en su escrito de tutela-, hasta la fecha de presentación de esta acción de amparo[41].

5. Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – Entidades responsables de efectuar el pago. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 49 del Estatuto Superior, el Estado colombiano “garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, y con fundamento en este precepto constitucional, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013[42], las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surte, por parte de las ARL, “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente

rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez”[43].

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad[44] radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012[45], el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador[46].

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación[47], esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación[48].

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación - sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del

concepto favorable rehabilitación, podrá 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”[49]. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador[50]. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible i) que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%[51], evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o ii) que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que “el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”[52]. En otras palabras, en este último evento, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997[53].

No obstante lo anterior, es factible que a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y por tanto, los asegurados incursos en estas circunstancias, antes de la promulgación de la Ley 1753 de 2015[54] -Ley del Plan Nacional

de Desarrollo 2014-2018-, se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la ley en comento, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debían asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

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

“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

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

De la norma transcrita se advierte i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017[55]. En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y

pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015[56], el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene elucidar y reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada[57].

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo

Entidad obligada

Fuente normativa

Día 1 y 2

Empleador

Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013

Día 3 a 180

E.P.S.

Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012

Día 181 hasta el 540

Fondo de Pensiones

Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012

Día 541 en adelante

E.P.S

Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

6. Caso concreto – Expediente T-6.577.261 de Ana Judith Culma Ramírez contra la Nueva E.P.S. y Colpensiones

De acuerdo con los medios probatorios recaudados en el expediente, la accionante Ana Judith Culma Ramírez, mujer de 56 años, sufre una afectación en sus discos vertebrales, razón por la cual, su médico tratante ha emitido las respectivas incapacidades. A la fecha, la EPS ha expedido los siguientes certificados de incapacidad: (1) del 1º al 5 de diciembre de 2015; (2) del 29 de diciembre de 2015 al 4 de enero de 2016; (3) del 28 de enero al 11 febrero de 2016; (4) del 24 de febrero al 9 de marzo del mismo año, extendiéndose las demás de manera ininterrumpida del 10 de marzo de 2016 hasta el 27 de abril de 2018[58]; para un total de 820 días de incapacidad laboral.

En atención a las mencionadas incapacidades médicas, el empleador asumió el pago de los dos primeros días, en los términos del artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, y la Nueva

EPS, en cumplimiento del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, pagó el auxilio económico correspondiente a las incapacidades del día 3 al 180, esto es, hasta el 30 de julio de 2016.

Adicionalmente, conforme a lo manifestado por la accionante, Colpensiones sufragó el subsidio por incapacidad a partir del día siguiente, hasta el 21 de julio de 2017 – que corresponden a los días 181 al 540 de que trata la misma disposición normativa referida-. Sin embargo, desde entonces, la tutelante no ha recibido pago alguno por parte de los actores del Sistema General de Seguridad Social.

Así las cosas, el asunto se reduce a las incapacidades que parten del 22 de julio de 2017 al 27 de abril de 2018[59], las cuales, en efecto superan el día 540 de incapacidad, que conforme a lo expuesto en el acápite anterior, se encuentran a cargo de la EPS a la cual se encuentra afiliada la accionante, es decir, la Nueva EPS. Esto, con respecto a lo que efectivamente aparece probado dentro del expediente. No obstante, es muy probable que la enfermedad que sufre la accionante aún persista, por lo que seguramente el médico tratante pudo continuar emitiendo incapacidades laborales debido a la merma de su salud, con posterioridad a la fecha de recepción de pruebas por parte de esta Corporación. En consecuencia, con el propósito de salvaguardar de manera efectiva el derecho a la salud y al mínimo vital de la accionante, se hace necesario precisar que los subsidios correspondientes a las nuevas incapacidades laborales emitidas con posterioridad por el médico tratante de la accionante, deberán ser sufragados también por la Nueva EPS hasta que se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo de la asegurada a su puesto de trabajo o en su defecto, hasta que el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral le permita optar por la pensión de invalidez.

En virtud de lo anterior, se procederá a revocar el fallo proferido el 26 de septiembre de 2017 por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, que declaró improcedente el amparo deprecado. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante Ana Judith Culma Ramírez. Por consiguiente, 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, proceda a realizar los trámites para el reconocimiento y pago de los subsidios por incapacidad reclamados por la señora Ana Judith Culma Ramírez, correspondientes al periodo del 22 de

julio de 2017 al 27 de abril de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Adicionalmente, se le advertirá a la accionada, que en caso de que se sigan expidiendo incapacidades de manera ininterrumpida por parte del médico tratante a favor de la accionante, estas deberán ser pagadas oportunamente por la Nueva EPS hasta tanto se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo de la asegurada a su vida laboral o en su defecto, hasta que la calificación de pérdida de capacidad laboral iguale o supere el 50%, y pueda optar por la pensión de invalidez.

De otra parte, del recaudo probatorio quedó establecido lo siguiente: i) el pronóstico de recuperación de la señora Ana Judith Culma Ramírez era favorable, de acuerdo con el concepto de rehabilitación emitido por la Nueva EPS, de fecha 15 de junio de 2016[60], ii) que Colpensiones hizo uso de la prerrogativa concedida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante hasta el día 540 de incapacidad y iii) que las incapacidades laborales de la accionante han superado en 280 días, los primeros 540 días de incapacidad. Es decir, que a pesar de haber superado el límite de incapacidades previsto por la ley para que se proceda a calificar la pérdida de capacidad laboral de la accionante, de acuerdo con la información obrante en el expediente, Colpensiones no ha adelantado trámite alguno tendiente a cumplir su deber legal[61].

Por consiguiente, se ordenará a Colpensiones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para la calificación de pérdida de capacidad laboral de la señora Ana Judith Culma Ramírez.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR, dentro del expediente T-6.562.639, el fallo proferido el diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, que negó las pretensiones invocadas en la acción de tutela incoada por María

Patricia Bustamante López en contra de SURA EPS y Colpensiones.

SEGUNDO.- RECHAZAR POR IMPROCEDENTE la acción de amparo correspondiente al expediente T-6.562.639, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO.- SE ADVIERTE a la señora María Patricia Bustamante López, que en lo sucesivo se abstenga de presentar acciones de tutela con fundamento en los hechos que ya han sido debatidos, so pena de las sanciones pecuniarias a las que haya lugar.

CUARTO.- REVOCAR, dentro del expediente T-6.577.261, el fallo proferido el 26 de septiembre de 2017 por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué (Tolima), que declaró improcedente el amparo deprecado. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante Ana Judith Culma Ramírez.

QUINTO.- ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para el reconocimiento y pago de los subsidios por incapacidad reclamados por la señora Ana Judith Culma Ramírez, correspondientes al periodo del 22 de julio de 2017 al 27 de abril de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Adicionalmente, SE ADVIERTE a la accionada, que en caso de que se sigan expidiendo incapacidades de manera ininterrumpida por parte del médico tratante a favor de la accionante, estas deberán ser pagadas oportunamente hasta tanto se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo de la asegurada a su puesto de trabajo o en su defecto, hasta que el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral le permita optar por la pensión de invalidez.

SEXTO.- ORDENAR a Colpensiones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para la calificación de pérdida de capacidad laboral de la señora Ana Judith Culma Ramírez.

SÉPTIMO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 en cada uno de los procesos, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuad. 1, fol. 12.

[2] Cuad. 1, fol. 12.

[3] Cuad. 1, fol. 13, 14.

[4] Cuad. 1, fol. 14.

[5] Cuad. 1, fol. 15.

[6] Cuad. 1, fol. 15, 16.

[7] Cuad. 1, fol. 17.

[9] Cuad. 1, fol. 18.

[10] “En atención al trámite de determinación del subsidio por incapacidades iniciado por

usted, nos permitimos informarle que una vez efectuada la revisión documental, se evidenció que de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 019 de 2012 no es posible continuar con el reconocimiento del subsidio por incapacidad reclamado a través de la solicitud de la referencia, ya que no cumple requisitos por estar inmerso en la siguiente causal: Incapacidades superiores al día 540. Están a cargo de su EPS, art.67 Ley 1753 de 2015". Cuad.1, fol. 4.

[11] Por medio de la cual se le informa a la accionante que "de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 019 de 2012 no es posible continuar con el reconocimiento del subsidio por incapacidad reclamado a través de la solicitud de la referencia, ya que no cumple requisitos por estar inmerso en la siguiente causal: Incapacidades superiores al día 540. Están a cargo de su EPS, art.67 Ley 1753 de 2015". Cuad. 1, fol. 4.

[12] Cuad.1, fol.17.

[13] Cuad.1, fol. 18.

[14] Cuad.1, fol. 5.

[15] Cuad.1, fol. 7.

[16] Cuad.1, fol. 11.

[17] Cuad.1, fol. 14.

[18] No se advierte en el expediente pronunciamiento alguno por parte de Colpensiones frente a los hechos de la demanda de tutela.

[19] Cuad.1, fols.34-35.

[20] Fol.88, Cuad.1.

[21] Fol.100-108, Cuad.1.

[22] Fol.109-111, Cuad.1.

[23] Dictamen visible a folio 103. Notificado a la accionante el 8 de febrero de 2017 (ver

fol.177) y a Colpensiones el 6 de febrero del mismo año (fol.224).

[24] Impugnación visible a folio 190 vto.

[25] Comunicación a folio 183 vto.

[26] Decreto 2591 de 1991, Art.35: “Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.”

[27] Sentencia T-661 de 2013

[28] Fol.10, Cuad.2.

[29] Fls.33-34 y vto, Cuad.1.

[30] El expediente T-5.658.399 no fue seleccionado para revisión como consta en Acta del 11 de agosto de 2016, publicada el día 31 del mismo mes y año.

[31] Sentencia SU-168 de 2017.

[33] Constitución Política, art.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”.

[34] D.2591/91, Art. 8.

[35] T-211 de 2009, T-222 de 2014, SU-961 de 1999.

[36] Constitución Política, art.116: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.

[37] T-155 de 2010, T-008 de 2014, T-401 de 2017.

[38] T-920 de 2009 y T-140 de 2016.

[39] T-772 de 2007, T-548 de 2012, T-4901 de 2015, T-200 de 2017.

[40] Certificado de incapacidad obrante a folio 5, correspondiente al periodo 22 de julio de 2017 a 04 de agosto de 2017.

[41] Según acta individual de reparto, la acción de tutela fue radicada el 12 de septiembre de 2017.

[42] El artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

[43] T-490 de 2015.

[44] De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada auxilio económico si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o subsidio de incapacidad si se trata del día 181 en adelante.

[45] El artículo 142 del Decreto 019 de 2012, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, previamente modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

[46] Decreto-Ley 019 de 2012, art.121.

[47] Decreto Ley 019 de 2012, art.142, inciso quinto.

[48] Ver entre otras, las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

[49] T-419 de 2015

[50] Decreto-Ley 019 de 2012, art.142.

[51] Ley 100 de 1993, art.38: “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

[52] T-401 de 2017

[53] El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue modificado por el artículo 137 del Decreto 019 de 2012, el cual fue declarado inexecutable en la Sentencia C-744 de 2012 por el cargo de exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias.

[54] La Ley 1753 de 2015 entró en vigencia a partir del 9 de junio del mismo año.

[55] Por el cual se modificó el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, “Por 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”.

[56] Ley 1753 de 2015 entró en vigencia a partir del 9 de junio de 2015.

[57] Ver, entre otras, las sentencias T-693 de 2017 y T-401 de 2017.

[58] Ver folios 178 y 181 vto.

[59] Correspondientes al día 541 al 820 de incapacidad laboral.

[60] Fol.174, Cuad.1.

[61] Es pertinente aclarar que la valoración del 7 de julio de 2017 por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, a que hizo referencia la accionante en su escrito de tutela, así como las demás comunicaciones entre la Nueva EPS, la accionante y la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, antes relacionadas y obrantes en el expediente, corresponden al trámite que ha surtido la calificación del origen de la enfermedad de la señora Ana Judith Culma de Barrero.