

Sentencia T- 279/12

ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia sobre los requisitos de procedibilidad

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Procedencia del amparo por vía de tutela

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

SEGURIDAD SOCIAL-Reconocimiento de las incapacidades

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Régimen contributivo

INCAPACIDAD-Concepto

INCAPACIDAD LABORAL-Normatividad aplicable a las incapacidades de origen común

CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente T-3.270.688

Demandante: Lía Esperanza Torres Garzón agente oficioso de Daniel Solarte

Demandado: Nueva EPS

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, al decidir la acción constitucional de tutela promovida por la señora Lía Esperanza Torres Garzón, actuando como agente oficioso del señor Daniel Solarte, contra la Nueva EPS.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de Auto del treinta (30) de noviembre de 2011, proferido por la Sala de Selección número Once (11) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Lía Esperanza Torres Garzón actuando como agente oficioso del señor Daniel Solarte, interpone acción de tutela en defensa de los derechos de su agenciado, a la salud y al mínimo vital, al considerar que la Nueva EPS los desconoció, al negar la transcripción de la incapacidad definitiva que le fue prescrita por su médico tratante, con el fin de hacer efectivo el seguro de vida y la liquidación de unos créditos tomados con diversas entidades financieras.

2. Reseña fáctica

2.1. El señor Daniel Solarte, cónyuge de la señora Lía Esperanza Torres, se encuentra como beneficiario de aquella, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, afiliado a la Nueva EPS.

2.2. En el año 2011, le fue diagnosticado un “adenocarcinoma de tipo intestinal ulcerado-cáncer gástrico”, por lo que le fue realizada una intervención quirúrgica, en la que se advirtió la imposibilidad de extraer el “tumor maligno”. Razón por la que se determinó, que el único tratamiento para combatir su padecimiento, era la quimioterapia.

2.3. El 26 de agosto de 2011, asistió a cita con un especialista en oncología, el cual emitió un documento en el que se certificó su enfermedad y expidió una incapacidad definitiva.

2.4. La esposa del señor Solarte, acudió ante la Nueva EPS, para gestionar la transcripción de dicho documento, con el objetivo de entregarlo como requisito para el cobro de los seguros de vida y la liquidación de los créditos adquiridos por su esposo. Petición que fue negada.

2.5. Por lo anterior, la actora interpone acción de tutela en favor de los derechos

fundamentales de su cónyuge, pues tal negativa de parte de la entidad demandada, ha causado un deterioro en la salud de aquél, debido a la zozobra e intranquilidad que le causa pensar en la eventual pérdida de la vivienda de su grupo familiar y en la imposibilidad de contribuir en la solución de los problemas económicos.

3. Pretensiones

Solicita le sea ordenado a la Nueva EPS, la transcripción de la certificación expedida por el médico tratante, en la cual consta el padecimiento del señor Daniel Solarte y la solicitud de expedir una “incapacidad definitiva” y, así, cumplir con los requisitos exigidos por la entidad crediticia para hacer efectivo el seguro de vida y la liquidación de los créditos tomados por éste.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

-Copia de diversos exámenes de diagnóstico realizados al señor Daniel Solarte (folios 1 a 4, 27 a 32 y 40 a 49).

-Copia de la historia clínica del señor Daniel Solarte (folios 6 a 26).

-Copia de certificación expedida por el médico tratante del señor Daniel Solarte, en la que consta que padece de un “adenocarcinoma gástrico inoperable”. Por lo que se solicita expedir una “incapacidad definitiva” (folio 57).

5. Respuesta de los entes accionados

Mediante escrito presentado el 13 de septiembre de 2011, la Nueva EPS dio respuesta a la presente tutela, en la que manifestó que, de conformidad con la información que reposa en su sistema, se logró establecer que el señor Daniel Solarte se encuentra afiliado al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud por intermedio de esta entidad, en calidad de beneficiario de la señora Lía Esperanza Torres.

Afirmó, que al señor Solarte se le han brindado todos los servicios de salud requeridos y

precisó que las EPS del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en salud “no realizan y/o ejecutan la actividad propia de calificación de discapacidad de las personas beneficiarias del grupo familiar del cotizante.”

Al respecto, señaló que en virtud de una facultad legal, las EPS pueden determinar el origen de la incapacidad de un apersona afiliada cotizante, con el fin de definir las prestaciones del Sistema de Seguridad Social a las que haya lugar. “En aquellos casos, cuando algún beneficiario que pertenece al grupo familiar del cotizante, que requiera calificación y/o certificación de discapacidad, deberá efectuar dicha consulta de carácter particular en razón que (sic) el sistema general de seguridad social no tiene prevista dicha consulta dentro de sus finalidades”.

II. DECISIÓN JUDICIAL

Mediante sentencia del 20 de septiembre de 2011, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, decidió negar la acción de tutela interpuesta, al considerar que de acuerdo con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de las incapacidades, solamente está previsto para los “afiliados de que trata el literal a) del artículo 157” norma que se refiere a los afiliados cotizantes.

Tratándose en el presente caso, de un afiliado con calidad de beneficiario, no es procedente la transcripción de la incapacidad, pues la norma solo establece dicho reconocimiento para los afiliados cotizantes. A favor de los afiliados beneficiarios se ha establecido un régimen de beneficios que se concreta en la prestación de los servicios de salud.

Por tanto, el a quo estimó que de los documentos aportados, no se observa en qué forma se estén afectando los derechos del señor Solarte, pues la Nueva EPS ha brindado todos los servicios de salud que ha requerido, teniendo en cuenta su padecimiento, por lo que no se justifica la intervención del juez constitucional.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SALA

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso 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 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de la Nueva EPS, la violación de los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital del señor Daniel Solarte, al no transcribir la incapacidad definitiva que le prescribió el médico tratante, con el objetivo de presentarla en las entidades financieras, con quienes tiene créditos, para que se haga efectivo el seguro de vida y la liquidación de los mismos.

Al efecto se examinará, en primer lugar, (i) la procedencia de la acción de tutela en este caso, (ii) las clases y las particularidades de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, (iii) las normas relacionadas con la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y, finalmente, a partir de tales presupuestos, se dará solución al caso concreto.

3. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política en su artículo 86, previó un mecanismo de amparo constitucional con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas, cuando éstos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos que la ley lo establece.

Así mismo, dicha acción fue concebida como un mecanismo subsidiario, es decir, solo podrá ejercerse en aquellos casos en que la persona que se sienta afectada en sus derechos fundamentales no cuente con otro medio de defensa judicial, o teniéndolos, no sean eficaces para proteger los derechos.

Esta Corporación ha mencionado que “[H]ay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.”

Respecto de la expresión “irremediable” ha dicho la Corte: “La primera noción que nos da el Diccionario es ‘que no se puede remediar’, y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización, porque es imposible devolver o reintegrar

el mismo bien lesionado en su identidad o equivalencia justa. La indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia.”¹

Adicionalmente, en reiterada jurisprudencia se han definido los elementos que permiten verificar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, que a saber son:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier

tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.”²

4. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social. Incapacidades

La Constitución Política estableció, en su artículo 48, que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable, el cual se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Sin embargo, dicho derecho al ser parte de los derechos sociales, económicos y culturales, tiene un carácter prestacional, razón por la cual deben atenderse ciertos supuestos con fin de mantener el equilibrio financiero del sistema.

Al respecto, esta Corporación ha mencionado:

“De igual manera la seguridad social se encuentra prevista en la Constitución como un

derecho económico y social (C.P. art. 48). En virtud de tal reconocimiento, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en cuanto a su naturaleza jurídica el mismo se identifica como un derecho prestacional³. Ello es así, por una parte, porque todas las personas tienen el derecho de exigir un conjunto de prestaciones a cargo de las entidades que integran el sistema de seguridad social, no solamente dirigidas a garantizar los derechos irrenunciables de las personas, sino también a obtener una calidad de vida acorde con el principio de la dignidad humana⁴, y por la otra, porque para asegurar su efectiva realización, se requiere - en la mayoría de los casos- acreditar el cumplimiento de normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio económico y financiero del sistema⁵.”⁶

Dentro del sistema de seguridad social están contempladas varias prestaciones sociales, entre las cuales se encuentra el reconocimiento de las incapacidades, las cuales están previstas como un auxilio económico a aquellos afiliados que han tenido una pérdida de capacidad temporal y, en consecuencia, no pueden desarrollar su oficio habitual.

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 estableció que “[P]ara los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

A su vez, el artículo 157 de dicha ley, establece que todo colombiano participará en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en condición de afiliados o de vinculados.

Dicho precepto, dispone que los afiliados son de dos tipos: (i) los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo y (ii) los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado. Los primeros son aquellos que se encuentran vinculados a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Los segundos, son las personas que no cuentan con la capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

Del mismo modo, el Decreto 806 de 19987, en el artículo 26, señaló que:

“[S]erán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país;

b) Los servidores públicos;

c) Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios;

d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;

e) Los cónyuges o compañeros(as) permanentes de las personas no incluidas en el Régimen de Seguridad Social en Salud de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que reúnen alguna de las características anteriores. La calidad de beneficiado del cónyuge afiliado a sistemas especiales, no lo exime de su deber de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos de la Ley 100 de 1993.

2. Como beneficiarios:

Los miembros del grupo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto.”

El artículo 28 de dicho decreto, dispuso cuáles eran los beneficios a los que tienen derecho

los afiliados cotizantes al régimen contributivo, así:

a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993;

b) El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional.

c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad.

Los pensionados cotizantes y los miembros de su grupo familiar que no estén cotizando al sistema recibirán únicamente las prestaciones contempladas en el literal a) del presente artículo.” (Subrayado fuera de texto).

Tal como ha quedado establecido, el reconocimiento de las incapacidades, dentro del régimen contributivo, ya sea por enfermedad común o por accidente de trabajo, solo le es reconocido a los afiliados cotizantes, más no a los afiliados beneficiarios, pues se presume que al ostentar dicha calidad, según la normatividad sobre la materia, están imposibilitados para cotizar al sistema y, por tanto, obtener de éste las prestaciones sociales que contempla.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que “[E]n los casos de incapacidad laboral por enfermedad general o accidente común, se deben hacer las siguientes precisiones:

Concepto de incapacidad: “Se entiende por incapacidad el estado de inhabilidad, física o mental, de un individuo que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio habitual. Comprende el subsidio económico que la EPS o ARP reconoce al trabajador afiliado cuando presenta esta situación”.

¿Quién debe asumir el pago de la incapacidad?

En las incapacidades de origen común.

Si la incapacidad es igual o menor a tres días, la misma será asumida directamente por el empleador. Así lo establece el Decreto 1406 de 1999, que en su artículo 40 - Parágrafo-1°, prescribe lo siguiente:

(...)

Cuando la incapacidad de origen común es superior a 4 días e inferior a 180 días, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivadas de la misma recaen en cabeza de la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador.”⁸

Para hacer efectivo el reconocimiento del auxilio económico derivado de la incapacidad, en los casos en los que ésta supera los tres días, las EPS cuentan con un procedimiento específico. Aun cuando cada entidad de salud tiene su propia formalidad, en los eventos de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad se contempló la transcripción del certificado expedido por el médico.

La transcripción es considerada como “el acto mediante el cual un funcionario competente, traslada al formato único oficial la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión pero no adscrito al ISS” o EPS. “Este hecho debe registrarse en la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto.”⁹

Antes de la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012¹⁰, el afiliado incapacitado debía acercarse a la EPS correspondiente, para transcribir la incapacidad expedida por su médico tratante. Una vez obtenido el documento oficial de la EPS, debía allegarlo a su empleador para que este hiciera efectivo el pago de la incapacidad. Luego, el empleador recobraba a la entidad promotora de salud respectiva.¹¹

El Decreto 19 de 2012¹², en su artículo 121, dispuso:

“El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.”

Dicho artículo, liberó a los afiliados incapacitados del trámite de la transcripción del certificado de incapacidad, trasladándolo al empleador. Ahora, el trabajador tramita la incapacidad directamente con el empleador y éste debe hacer efectivo el pago. Luego, el empleador debe

radicar o transcribir dicha incapacidad ante la EPS correspondiente, para hacer efectivo el recobro de lo pagado al trabajador.¹³

5. Calificación de la pérdida de capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia

Para determinar la pérdida de capacidad laboral de una persona, la ley señaló los procedimientos y mecanismos que se han de seguir para tal fin.

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

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

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

De acuerdo con el precepto mencionado, corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar y calificar, en primera

oportunidad, la pérdida de capacidad laboral. De no estar de acuerdo con el dictamen proferido por dichas entidades, se acudiría a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la cual se pronunciará en primera instancia sobre la calificación y, en segunda instancia, será la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la que dirima la controversia.

A su vez, el Decreto 2463 de 200115, en el artículo 3° establece que corresponde “a las siguientes entidades calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad:

(...)

3. Las entidades promotoras de salud y las entidades administradoras del régimen subsidiado, podrán calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en el evento previsto en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

(...)”.

Y, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, dispone que:

“El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.”

Lo anterior, permite concluir, que corresponde a las entidades promotoras de salud y a las entidades administradoras del régimen subsidiado, calificar la pérdida de capacidad laboral de aquellas personas que no son cotizantes y se encuentran dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, afiliados como beneficiarios del cotizante. Tal es el caso de el o la cónyuge o compañero (a) permanente, hijos menores de 18 años que dependan económicamente de éste, o a falta de cónyuge o compañero (a) permanente, los padres no pensionados que

demuestren, igualmente, dependencia económica.

6. Caso concreto

La señora Lía Esperanza Torres Garzón, actuando como agente oficioso del señor Daniel Solarte, interpuso acción de tutela con el fin de que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital de su agenciado, toda vez que la Nueva EPS, negó la transcripción de la incapacidad médica, otorgada por el médico tratante, con el fin de presentar dicho documento oficial a las entidades financieras con quienes éste tiene créditos, para que se haga efectivo el seguro de vida y la liquidación de los mismos.

El señor Daniel Solarte se encuentra afiliado como beneficiario de su cónyuge a la Nueva EPS desde hace varios años. A inicios del mes de junio de 2011, al señor Solarte, le fue diagnosticado un “adenocarcinoma de tipo intestinal ulcerado- cáncer gástrico”, por lo que le fue ordenada, de urgencia, una cirugía, sin embargo, no se pudo extraer el tumor maligno, razón por la cual le fue prescrito, como único tratamiento viable, la quimioterapia.

El 26 de agosto de 2011, el señor Solarte asistió a cita con un médico oncólogo, adscrito a la Nueva EPS, el cual le prescribió el tratamiento a seguir y expidió una incapacidad definitiva.

Posteriormente, la señora Lía Esperanza Torres, cónyuge del señor Daniel Solarte, solicitó a la Nueva EPS la transcripción de dicha incapacidad, con el fin de entregarla como requisito para el cobro de los seguros de vida y liquidación de unos créditos tomados por su esposo, solicitud que ha sido negada por dicha entidad, al considerar que “los servicios a los cuales tiene derecho el afiliado beneficiario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la asistencia y acceso a los planes de beneficios en salud. Lo anterior, en razón que la persona que es ingresada y/o incluida como beneficiaria dentro del grupo familiar de beneficiarios de cotizante estará amparada por el Plan Obligatorio de Salud conforme lo señala el Art.163 de la LEY 100 DE 1993.

(...) Las EPS del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no realizan y/o ejecutan la actividad propia de calificación de discapacidad de las personas beneficiarias del grupo familiar del cotizante”.

Debido a la negativa de la entidad demandada, la señora Lía Esperanza Torres, acude a la

acción de tutela invocando la protección de los derechos fundamentales del señor Daniel Solarte a la salud y al mínimo vital y, en consecuencia, le sea ordenado a dicha entidad la transcripción de la incapacidad expedida por el médico tratante, con el fin de allegar dicho documento a las entidades crediticias, para los efectos ya indicados.

De las pruebas allegadas al expediente, esta Sala observa que el señor Daniel Solarte cuenta con 61 años de edad y padece de cáncer gástrico, el cual fue diagnosticado como inoperable, por lo que el grupo de médicos a cargo de su caso, definió que el único tratamiento viable para tratar su enfermedad, era la quimioterapia.

El señor Solarte se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud como beneficiario de su cónyuge, Lía Esperanza Torres, a través de la Nueva EPS. El 26 de agosto de 2011, el médico oncólogo a cargo de su caso, expidió un documento que dice:

“Descripción

El Sr. Daniel Solarte, CC 4663492, padece un adenocarcinoma gástrico E IV inoperable. Está en tratamiento de quimioterapia y me permito por el presente documento EXPEDIR INCAPACIDAD DEFINITIVA.”

En primer lugar, esta Sala encuentra que la acción de tutela, en el presente caso, es procedente, toda vez que, el señor Solarte, no cuenta con otro medio eficaz de defensa de sus derechos. Además, la situación particular de salud que padece, hace que el mecanismo de amparo evite la materialización de un perjuicio irremediable.

Como se mencionó en los capítulos precedentes, la transcripción, que es “el acto mediante el cual un funcionario competente, traslada al formato único oficial la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión pero no adscrito al ISS o EPS”, es una formalidad de las entidades encargadas de reconocer el auxilio por incapacidad de los trabajadores a los que hace expresa referencia el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y, dentro de los cuales, no se encuentran los afiliados beneficiarios de los cotizantes.

Por tanto, al ser el señor Solarte, un afiliado beneficiario de su cónyuge, quien es la cotizante al Sistema de Seguridad Social en Salud, no es procedente el reconocimiento económico

derivado de la incapacidad y por tanto, tampoco es procedente la transcripción del documento solicitado.

No obstante, esta Sala considera que en virtud del numeral 3° del artículo 3° del Decreto 2463 de 200116, el cual dispone que “[L]as entidades promotoras de salud y las entidades administradoras del régimen subsidiado, podrán calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en el evento previsto en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993”, la Nueva EPS debe calificar la pérdida de capacidad laboral del señor Daniel Solarte, toda vez que dicho precepto remite a la norma que establece “la cobertura familiar del plan obligatorio de salud”, es decir, que, igualmente, tienen derecho a la calificación por parte de las entidades promotoras de salud, el grupo familiar del afiliado cotizante.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el señor Daniel Solarte hace parte del grupo familiar de la señora Lía Esperanza Torres, cotizante al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cónyuge, esta Sala ordenará a la Nueva EPS, autorizar y realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor Solarte, para que el dictamen proferido, si es el caso, cumpla los fines que requiere el actor.

Dicho dictamen deberá estar guiado por los principios rectores señalados en el ordenamiento jurídico, tales como, el debido proceso, la igualdad y la buena fe, así como los fundamentos de hecho y de derecho, las razones claras y expresas del origen y la fecha de estructuración y una calificación porcentual, al igual que las razones técnicas y científicas que justifican la decisión.¹⁷

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán el 20 de septiembre de 2011 y, en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la salud y mínimo vital del señor Daniel Solarte por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Nueva EPS, que dentro de quince (15) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, autorice y realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor Daniel Solarte, con el fin de obtener una declaración oficial sobre su estado de salud.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente en vacaciones

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Corte Constitucional, Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

2 Ibidem.

3 Véase, entre otras, las sentencias: T-102 de 1998, T-560 de 1998, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997 y SU-562 de 1999.

4 Sentencia C-432 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Sentencia C-227 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido ver la síntesis efectuada en la Sentencia C-111/06 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

6 Corte Constitucional, sentencia C-543 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

7 Por medio del cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

8 Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

9 Resolución 2266 de 1998 del Instituto de Seguros Sociales, por medio de la cual “se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales.” Artículo 17.

10 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.”

11 <http://www.coomeva.com.co/publicaciones.php?id=36723>

12 El Decreto 19 de 2012 entró en vigencia el 10 de enero de 2012.

13 <http://www.coomeva.com.co/publicaciones.php?id=36723>

14 Artículo modificado por la Ley 962 de 2005, artículo 52, que, a su vez, modificó el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.

15 Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez.

16 “Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez”. Dicho Decreto fue proferido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, los cuales hacen referencia a las juntas de Calificación de Invalidez.

17 Corte Constitucional, sentencia T-518 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.