

Sentencia T-403/17

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Características

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

TRAMITE DE INCAPACIDADES LABORALES DE ORIGEN PROFESIONAL O COMUN

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Marco normativo

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Sustituye al salario como fuente de ingreso de trabajador

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Accionante deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para obtener de manera definitiva el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que le fueron expedidas con posterioridad al día 540 de incapacidad

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Orden a EPS reconocer y pagar de manera transitoria incapacidades generadas con posterioridad al 540 de incapacidad

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Se exhorta a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas necesarias que le permitan proferir sus fallos dentro de los términos estipulados por la ley

Referencia: Expediente T-6.040.486

Acción de tutela instaurada por Carmenza Granados Hostos contra Famisanar EPS y Porvenir S.A.

Procedencia:

Juzgado Diecisiete (17) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Asunto:

Acción de tutela como mecanismo transitorio. Pago de incapacidades médicas por enfermedad de origen común. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil diecisiete (2017)

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, adoptado por el Juzgado Diecisiete (17) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá el 15 de febrero de 2017, que revocó la decisión adoptada por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá el 6 de enero de 2017, en el proceso de tutela promovido por Carmenza Granados Hostos contra Famisanar EPS y Porvenir S.A.

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

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

I. ANTECEDENTES

1. Carmenza Granados Hostos instauró acción de tutela¹ contra Famisanar EPS y Porvenir S.A., para que se protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida en condiciones dignas. La tutelante estimó que estos derechos le fueron vulnerados porque las entidades accionadas se negaron a continuar pagando las incapacidades médicas

otorgadas como consecuencia de su actual estado de salud. Como fundamento de su petición de amparo constitucional, invocó los siguientes:

1. Hechos

1. Es una persona de 40 años de edad, vinculada laboralmente a la empresa Adasco Ltda. y afiliada al sistema general de seguridad social en salud y pensiones por medio de Famisanar EPS y Porvenir S.A., respectivamente.

1. Asimismo, señaló que vive junto con sus tres hijos, dos de ellos menores de edad, y que colabora mensualmente con el sostenimiento de su señora madre, quien vive sola y es de tercera edad.

1. A partir del 8 de mayo de 2015, y luego de habersele practicado una cirugía de hernia discal, de la cual no obtuvo una recuperación exitosa, fue incapacitada de forma continua e ininterrumpida por parte de Famisanar EPS. El diagnóstico emitido por la EPS correspondió a “lumbago con ciática”.

1. Según consta en el expediente, desde la fecha en que fue incapacitada (8 de mayo de 2015) y hasta el 4 de noviembre de 2015, Famisanar EPS efectuó los respectivos pagos, y así cubrió los primeros 180 días de su incapacidad².

1. A partir del 5 de noviembre de 2015 y hasta el 2 de noviembre de 2016, el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. reconoció los 360 días de incapacidad posteriores a los 180 días inicialmente pagados por la EPS³.

1. El 4 de noviembre de 2016, Famisanar EPS emitió concepto de rehabilitación favorable, y determinó que esta podía tardar más de 180 días. Dicho concepto se basó en el diagnóstico emitido por el médico tratante, el cual correspondió a “lumbago no especificado con pop de laminectomía L4-L5 con fibrosis y radiculopatía secundaria L4 derecha, dolor neuropático”⁴.

1. Cumplidos los 540 días de incapacidad, Porvenir S.A. informó que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la obligación de pagar las incapacidades posteriores a este día le correspondía a la EPS, y no al fondo de pensiones, razón por la cual no efectuaría más pagos⁵.

1. El 15 de noviembre de 2016, Famisanar EPS, en respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540, indicó que “a la fecha el Gobierno Nacional no ha creado la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como lo ordenó el artículo de 66 de la Ley 1753 de 2015, así como tampoco se ha dado cumplimiento al artículo 67 de la misma norma, en lo que se refiere a los recursos que administrará la mentada entidad, es decir no se ha reglamentado el proceso a través del cual se puede realizar el reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por concepto de incapacidades, por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos”⁶.

1. El 5 de diciembre de 2016, el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral de Seguros de Vida Alfa S.A., en aplicación de los parámetros establecidos en el Decreto 1507 de 2014⁷, determinó la pérdida de capacidad laboral de la tutelante en un 42,8%, por enfermedad de origen común, diagnosticada como ‘trastornos de los discos intervertebrales’ señalando como fecha de estructuración del tal situación el 8 de octubre de 2016⁸.

1. La tutelante manifestó que cuando estaba en condiciones de trabajar, su única fuente de ingresos era el pago de las incapacidades, por lo cual adujo que la negativa de Famisanar EPS y Porvenir S.A. a seguir reconociendo el pago de las incapacidades la ha sometido a una condición de vulnerabilidad. En la actualidad no cuenta con recursos para su subsistencia, lo cual está afectando su mínimo vital.

2. Pretensiones

1. Con fundamento en lo antes expuesto, la tutelante solicitó que se ordenara a las entidades accionadas reconocer y pagar las incapacidades médicas expedidas con posterioridad al primero de noviembre de 2016 y hasta la fecha. Asimismo, pidió que se hiciera efectivo su reintegro al trabajo o que se le reconociera la pensión por invalidez.

3. Respuesta de las entidades accionadas

1. El 26 de diciembre de 2016, el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Función de Control de Garantías admitió la acción de tutela formulada por la señora Carmenza Granados Hostos y vinculó, en calidad de accionadas al presente asunto, a la EPS Famisanar Ltda. y a la AFP Porvenir S.A.⁹

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

3.1. EPS Famisanar Ltda.

1. El apoderado general de Famisanar EPS, en su escrito de contestación¹⁰, indicó que la tutela no cumple con el requisito de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001¹¹, la obligación de pagar las incapacidades con posterioridad al día 180 corresponde al fondo de pensiones y no a su representada.

1. Señaló que el amparo es improcedente, porque no se cumple con el requisito de subsidiariedad, en razón a que la tutelante cuenta con otro medio de defensa para reclamar sus pretensiones. El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011¹² establece que la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, tiene la competencia para estudiar y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador. Este es un procedimiento principal, prevalente, idóneo y eficaz. En el proceso actual no existe prueba de que dicho procedimiento se haya agotado.

1. También afirmó que no existe prueba sobre la afectación al mínimo vital; que la tutelante tiene un vínculo laboral con la empresa Adasco Ltda., se encuentra afiliada en calidad de dependiente al Sistema de Seguridad Social en Salud y recibe el pago de salarios por parte de su empleador.

1. Para finalizar, reiteró los argumentos con los cuales negó en su momento la petición de reconocimiento y pago de las incapacidades a la tutelante, según los cuales, al no haberse creado la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de que trata la Ley 1753 de 2015, no hay lugar a dar cumplimiento al artículo 67 de la misma disposición. Lo anterior, por cuanto no existe la entidad encargada de reconocer a las EPS el pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que hagan a sus afiliados y que superen los 540 días.

3.2. AFP Porvenir S.A.

1. La Directora de Litigios de Porvenir S.A., en su escrito de contestación¹³, solicitó denegar o declarar improcedente la tutela, con fundamento en que la jurisprudencia y otras fuentes del ordenamiento jurídico prescriben que el máximo de incapacidades por enfermedad común que deben ser reconocidas corresponden a 540 días (equivalentes a la sumatoria de

los primeros 180 días que asume la EPS y los 360 que asume la AFP). No obstante, si el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 fuera aplicable al caso concreto, la obligación de reconocer y pagar las incapacidades con posterioridad al día 540 estaría a cargo de Famisanar EPS y no de su representada.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1. Primera instancia

1. El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, con fallo de 6 de enero de 2017¹⁴, concedió la acción de tutela y ordenó a Famisanar EPS, reconocer y pagar a la señora Carmenza Granados Hostos, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, con la facultad de ejercer su derecho al recobro una vez se encuentre creada la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. La primera instancia fundó su determinación en las siguientes consideraciones: (i) Al no poder trabajar, la única fuente de ingresos que percibe la tutelante es lo reconocido por concepto de incapacidades médicas. Este hecho, sumado a la obligación de responder por sus dos hijos menores de edad y apoyar el sostenimiento de su señora madre, evidencian la condición de debilidad manifiesta en la que se encuentra, así como la afectación a su mínimo vital. (ii) El artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 instituye la obligación de las EPS de pagar las incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos, por tanto, la falta de reglamentación de tal disposición no puede convertirse en excusa para su incumplimiento. Una vez entre en operación la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las EPS podrán hacer uso de la facultad de recobro de dichas incapacidades.

4.2. Impugnación

1. Dentro de la oportunidad legal prevista para el efecto, Famisanar EPS impugnó¹⁵ la decisión de primera instancia, con los mismos argumentos de su contestación y agregó que no se encuentra en la obligación de aplicar el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, dado que la Corte Constitucional, en sentencia C-302 de 1999, estableció que la reglamentación de una ley resulta indispensable para el cumplimiento de la misma y, por tanto, de esta no puede presumirse su aplicabilidad y vigencia hasta tanto esta no se encuentre reglamentada.

4.3. Segunda instancia

1. El Juzgado Diecisiete (17) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo de 15 de febrero de 2017¹⁶, revocó la decisión del a quo y negó la protección reclamada, por considerar que (i) se desconoció el carácter subsidiario de la acción, en razón a que la controversia suscitada con ocasión de la negación de la prestación económica de reconocimiento y pago de incapacidad médica es competencia de la Superintendencia Nacional de Salud o de la justicia ordinaria laboral, pero no de la jurisdicción constitucional, máxime cuando al interior del plenario no aparece acreditada la existencia de un perjuicio irremediable o la afectación al mínimo vital de la tutelante; y (ii) se presenta la ausencia del requisito de la inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, toda vez que la tutelante no ha adelantado actuación alguna para que se establezca la naturaleza, origen y porcentaje de pérdida de su capacidad laboral, así como tampoco gestión alguna para ser reintegrada a su puesto laboral o para ser pensionada por invalidez. Concluye que la tutelante se ha limitado básicamente a gestionar el pago de incapacidades, desentendiéndose negligentemente de los trámites señalados, y dejando transcurrir más de un año para interponer la acción constitucional, a partir de la última incapacidad pagada por Famisanar EPS.

5. Actuaciones en sede de revisión

1. En auto de pruebas del 13 de junio de 2017¹⁷, se ofició a la compañía Adasco Ltda., empresa en la cual labora la tutelante, para corroborar si los hechos manifestados en la acción de tutela persistían en el tiempo, específicamente, para que informara sobre el pago de salarios y aportes al sistema de salud, la reincorporación a las labores o la reubicación en

un trabajo compatible con sus capacidades, y las gestiones adelantadas ante las autoridades de salud relacionadas con su pérdida de capacidad laboral.

1. El representante legal de Adasco Ltda. manifestó que la señora Carmenza Granado Hostos ingresó a trabajar a la empresa el 16 de enero de 2015, y a partir del 8 de mayo de la misma anualidad fue incapacitada por Famisanar EPS de manera sucesiva y permanente. Asimismo, que ha continuado pagando ininterrumpidamente los aportes al sistema de seguridad social y que al persistir en el tiempo la pérdida de capacidad laboral de la accionante, no ha sido posible su reincorporación o reubicación en un trabajo compatible.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Problema jurídico

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

1. Para resolver el presente asunto, antes de analizar el caso concreto, esta Sala de Revisión analizará los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela -legitimación en la causa, subsidiariedad e inmediatez-, el desarrollo de la función jurisdiccional ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud en materia de reconocimiento de prestaciones de salud y el régimen de incapacidades laborales por enfermedades de origen común.

3. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

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

1. Conforme al mandato constitucional, este mecanismo privilegiado de protección debe cumplir con los requisitos de legitimación en la causa, que evalúa tanto la capacidad del accionante, como la del accionado, para acudir legítimamente al debate que tendrá lugar en el trámite de tutela; de subsidiariedad, en razón a que solo procede cuando se han agotado todos los medios de defensa por las vías judiciales ordinarias antes de acudir al juez de tutela, o cuando no existe medio judicial legalmente previsto para debatir el caso concreto; y de inmediatez, que exige que su interposición sea oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

1. La legitimación en la causa¹⁸ es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, por tanto es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de oposición del demandado.

1. La legitimación en la causa presenta dos facetas, de un lado se encuentra la “legitimación activa”, desarrollada por el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, según la cual se podrá acudir al mecanismo de tutela, así: (i) por ejercicio directo, es decir, quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso¹⁹. Del otro lado, se encuentra la “legitimación pasiva”, desarrollada por los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991, la cual exige que la persona natural o jurídica a quien se demanda en vía de tutela, sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar los derechos fundamentales.

1. En cuanto al requisito de subsidiariedad, ha destacado la jurisprudencia que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela²⁰. En la medida en que la Constitución de 1991 impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Constitución haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son entonces los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.

1. Sin embargo, en los casos en los que se logra establecer la existencia de medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, esta Corte²¹ ha indicado que la acción de tutela resulta procedente si: (i) el juez constitucional logra determinar que dichos mecanismos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, o (ii) es preciso

otorgar el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable, máxime cuando el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

1. El ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela. En este último caso, esa comprobación, da lugar a que la acción proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva²².

1. Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786 de 2008 señaló que este se caracteriza (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

1. Por su parte, en cuanto al requisito de inmediatez, este debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en estricta atención a las circunstancias de cada caso concreto, por tanto la interposición tardía de la acción de tutela sin una justa causa, e incluso, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que esta resulte procedente²³.

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

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

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

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

1. De acuerdo con el panorama descrito se tiene que, actualmente, los usuarios del sistema general de salud cuentan con un mecanismo expedito, célere e informal que, a priori, puede

calificarse como idóneo y eficaz para la protección y restablecimiento de los derechos que resulten afectados en el marco de la relación que mantienen con las entidades promotoras de salud. No obstante, la realidad que se observa en la puesta en marcha de este mecanismo jurisdiccional a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, no permite establecer el logro de los propósitos trazados por el legislador en esta materia.

1. En efecto, a pesar de la labor adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud para cualificar su gestión jurisdiccional, estudios empíricos recientes muestran que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación no ha logrado cumplir con el término legal de diez días con el que cuenta para proferir sus fallos²⁴. Así las cosas, en la actualidad, el trámite legal previsto para “garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud”²⁵, no resulta ser eficaz.

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

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

1. El certificado de incapacidad temporal es un documento emitido por un profesional de la salud en el que consta un concepto que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de “un acto médico (...) independiente del trámite

administrativo del reconocimiento de la prestación económica”²⁶.

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

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

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

1. En ese estadio de la evolución de la incapacidad del afiliado, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación. Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150.

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

1. En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá que

postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”²⁷. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador²⁸, el cual estará a cargo de la AFP a la que está afiliado el trabajador²⁹.

1. De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, caso en el cual será la llamada a responder.

1. Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, surge el interrogante de quién es el llamado a su reconocimiento y pago. Es así como la Ley 1753 de 2015, con el fin de superar el vacío legal que existía en esta materia antes de su expedición³⁰, creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

1. Debe advertirse, que aun cuando la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud no ha entrado en funcionamiento, en todo caso las EPS tienen a su cargo algunos deberes en el reconocimiento y pago a sus afiliados de las incapacidades que se causen con posterioridad al día 540.

1. Sobre el particular, esta Corte señaló en la sentencia T-144 de 2016 que las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al establecer que no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, la cual le compete en últimas el Estado, que en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015³¹, le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

1. Adicionalmente y conforme a lo establecido en el Decreto 546 de 2017³², la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud entrará en operación a partir del 1º de agosto de 2017, fecha en la cual las EPS podrán ejercer la facultad de recobro de los dineros pagados por concepto de dichas incapacidades.

6. Análisis del caso concreto

1. En esta oportunidad, la accionante, en causa propia, hace uso de la acción de tutela en procura de que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida en condiciones dignas. Por tal motivo, está legitimada para actuar. Por su parte, EPS Famisanar, entidad a la cual está afiliada la tutelante, se encuentra legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión, sumado al hecho de tener bajo su responsabilidad la carga administrativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos. Resta señalar que Porvenir S.A., al no encontrarse vinculado legalmente con el pago de dichas incapacidades, no es responsable en modo alguno de la puesta en peligro de los derechos fundamentales de la señora Carmenza Granados Hostos.

1. Observa la Sala que la tutelante se encuentra en una condición de vulnerabilidad manifiesta, toda vez que (i) su única fuente de ingresos corresponde al pago de las

incapacidades que mediante esta acción reclama, dinero del cual también dependen para su subsistencia, sus dos menores hijos y su señora madre; (ii) los dictámenes de calificación evidencian que enfrenta una limitación física considerable de su capacidad laboral, la cual le ha impedido reincorporarse a su trabajo; (iii) su empleador no ha dispuesto la reubicación en un trabajo compatible con sus capacidades; y (iv) existe una amenaza inminente y grave sobre su mínimo vital y el de su familia.

1. Esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención de la prestación económica que se deriva de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, puesto que deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así, la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna³³.

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

1. De otra parte, frente a la existencia de un perjuicio irremediable, encuentra la Sala en el caso bajo estudio que la negativa de Famisanar EPS en el reconocimiento y pago de las incapacidades a la accionante, ha puesto en grave e inminente riesgo sus derechos

fundamentales y los de su familia. En efecto, en el trámite de la presente acción constitucional nunca fue desvirtuado que la tutelante cuente con una fuente de ingresos económicos distinta al empleo que, precisamente por encontrarse enferma, no puede realizar. Tal manifestación encuentra respaldo en lo señalado por su empleador, quien en respuesta a lo solicitado por esta Sala a través del auto del 13 de junio de 2017, señaló que al persistir en el tiempo la pérdida de su capacidad laboral, no ha sido posible su reincorporación o reubicación en un trabajo compatible.

1. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizarse su derecho al mínimo vital, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral³⁴.

1. Así, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas sobre la difícil y apremiante situación en que se encuentra la accionante, y no habiéndose demostrado la existencia de otros ingresos que le permitan subsistir de forma digna durante el período en el cual no se le han reconocido ni pagado las incapacidades que reclama, se requiere que esta Sala adopte medidas urgentes y precautelativas para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se encuentran amenazados.

1. Así las cosas, esta Sala de Revisión estima que al encontrarse acreditada la amenaza inminente y grave de los derechos fundamentales de la accionante, se requiere otorgar el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio

irremediable.

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

1. En cuanto al segundo problema jurídico planteado, resulta claro que el agente del Sistema General de Seguridad Social en Salud que ha puesto en riesgo los derechos fundamentales de la tutelante, es la EPS Famisanar.

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

1. Resulta reprochable que Famisanar EPS insista en negar el pago de dichas incapacidades, máxime cuando el vacío legal que existía en la materia fue superado con la expedición de la Ley 1753 de 2015. Se itera, que en el artículo 67 quedó expresamente señalado que los recursos administrados por la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se destinarán, entre otros, al “reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”

1. Famisanar EPS al rehusarse a dar aplicación al pago de las incapacidades argumentando la falta de un procedimiento para el efecto, niega el alcance del que el legislador dotó a dicho precepto legal, cual es conjurar la situación de vulnerabilidad de las personas, como la aquí accionante, que en razón a la disminución de su fuerza de trabajo no han logrado estabilizar su vida laboral.

1. En este sentido, también debe ser claro que por ningún motivo puede ser el ciudadano quien tenga que soportar la falta de diligencia del Estado, cuando este se constituye en mora en la reglamentación o puesta en marcha de los procedimientos o instituciones a través de las cuales desarrolla sus políticas públicas.

1. Sumado a lo anterior, Famisanar EPS tiene plenamente garantizados los dineros que entregue a la tutelante por concepto del pago de las incapacidades que reclama. Se infiere de la norma en cuestión, que a través de la facultad de recobro tendrá la garantía de que los mismos retornen a su peculio. La única condición que le asiste, es la espera de la entrada en funcionamiento de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual, como se consignó en precedencia, ocurrirá el 1º de agosto de 2017.

1. Así las cosas, el comportamiento de Famisanar EPS resulta contrario e injustificado frente a los principios que orientan el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Negar a sus usuarios el acceso ágil, oportuno y eficaz a las prestaciones a las cuales tienen derecho, puede poner, como en este caso, en inminente riesgo la salud y la vida en condiciones dignas de los mismos. Adicionalmente, su proceder contribuye a la congestión judicial, primordialmente en el ámbito de las acciones de tutela.

7. Síntesis de la decisión

1. En el asunto sub examine, la Sala Primera de Revisión otorgará de manera transitoria el amparo constitucional de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Carmenza Granados Hostos, debido a que la decisión de la EPS Famisanar de negarle el pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que le fueron expedidas con posterioridad al día 540, desconoce lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por cuanto, en primer lugar, se encuentra legalmente comprometida a reconocerlas y pagarlas y, en segundo lugar, el argumento de no encontrarse en funcionamiento la entidad encargada de reintegrarle dichos pagos, no es una razón constitucionalmente válida, ya que cuenta con la garantía de recobro.

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

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la providencia del 15 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que a su vez revocó la providencia del 6 de enero de 2017 del Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER transitoriamente el amparo solicitado por la señora Carmenza Granados Hostos, de sus derechos al mínimo vital, a la salud y a la vida en condiciones dignas. En consecuencia, la

accionante deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, para obtener de manera definitiva el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que le fueron expedidas con posterioridad al día quinientos cuarenta (540) de incapacidad, referidas en la presente sentencia.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Famisanar a que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague a la señora Carmenza Granados Hostos las incapacidades generadas con posterioridad al día quinientos cuarenta (540) de incapacidad, excepto las efectivamente reconocidas y pagadas en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia. La precitada EPS se encuentra facultada para ejercer su derecho de recobro una vez entre en operación la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Tercero.- DISPONER que las órdenes impuestas en esta sentencia, producirán efectos jurídicos hasta que la Superintendencia Nacional de Salud profiera fallo ejecutoriado, siempre y cuando la señora Carmenza Granados Hostos acuda ante esta dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, conforme a lo ordenado en el numeral primero de la parte resolutive.

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

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

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Folios 1-9 del cuaderno 1.

2 Folios 172-173 del cuaderno 1.

3 Folio 34 del cuaderno 2.

4 Folios 176-177 del cuaderno 1.

5 Folios 34-35 del cuaderno 1.

6 Folios 27-28 del cuaderno 1.

7 Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

8 Folios 37-41 del cuaderno 1.

9 Folio 154 del cuaderno 1.

10 Folios 157-183 del cuaderno 1.

11 “Artículo 23. Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez. (...). Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista

concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. (...)”.

12 “Artículo 126. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: (...) g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

13 Folios 184-191 del cuaderno 1.

14 Folios 192-200 del cuaderno 1.

15 Folios 202-204 del cuaderno 1.

16 Folios 19-32 del cuaderno 2.

17 Folio 53 del cuaderno 2.

18 Corte Constitucional, sentencia T-020 de 2016.

19 Corte Constitucional, sentencia T-531 de 2002.

20 Corte Constitucional, sentencia T-150 de 2016.

21 Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011.

22 Corte Constitucional, sentencia T-150 de 2016.

23 Corte Constitucional, sentencia T-246 de 2015.

25 Fin establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

26 Ministerio de la Protección Social, concepto 295689 de 2010.

27 Corte Constitucional, sentencia T-419 de 2015.

28 Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

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

30 Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2010.

31 “Artículo 66. Del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

(...).

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

(...)”.

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

33 Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

34 Corte Constitucional, sentencia T-643 de 2014.

35 Folio 34 del cuaderno 2.

36 Folios 34-35 del cuaderno 1.

37 Folio 152 del cuaderno 1.