

Sentencia T-446/17

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Procedencia excepcional de la acción de tutela

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Marco normativo y jurisprudencial

La regla actual frente a las incapacidades médicas temporales que superan los 540 días continuos, es que su reconocimiento y pago debe ser asumido por las Entidades Promotoras de Salud.

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Orden a EPS y a Colpensiones pagar subsidio por incapacidad

Referencia:

Demandantes:

Anilza Inés Quintero Escobar y Nancy Judith Arias Páez

Demandados:

Nueva EPS, Famisanar EPS, Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 Num. 9º de la Constitución Política

y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, dentro del expediente T-5.859.330; y el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá que, a su turno, revocó el dictado por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, dentro del expediente T-5.924.318.

I. ANTECEDENTES

1. Selección y acumulación de expedientes

De acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241 de la Carta Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional, mediante Auto del 27 de enero de 2017, resolvió escoger para revisión las sentencias de tutela correspondientes a los expedientes T-5.859.330 y T-5.924.318. Igualmente, en aquel proveído, la citada Sala dispuso acumularlos entre sí, por presentar unidad de materia, para que fueran tramitados y decididos en una misma providencia, de ser ello consentido por la respectiva Sala de Revisión.

Habiéndose verificado que los casos bajo estudio abordan, prima facie, una temática general semejante, cual es la relacionada con la definición de la entidad responsable y el procedimiento que debe surtir para el eventual reconocimiento y pago de incapacidades derivadas de enfermedades de origen común que superan los 540 días continuos, la Sala Segunda de Revisión suscribe en su integridad la sugerencia de acumulación antes anunciada y, por consiguiente, habrá de emitir una única decisión ajustada a los hechos y consideraciones que a continuación se exponen:

2. Hechos relevantes, consideraciones, pretensiones, intervención de las entidades demandadas y decisiones judiciales de instancia

2.1. Expediente T-5.859.330

El 15 de septiembre de 2016, la señora Anilza Inés Quintero Escobar, obrando en nombre propio, formuló acción de tutela contra la Nueva EPS y la Administradora Colombiana de

Pensiones -Colpensiones-, dada la presunta transgresión de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y a la igualdad, en la que estima han incurrido las mencionadas entidades por negarse a cancelar a su favor los respectivos auxilios en dinero producto de las incapacidades médicas temporales que le han sido prescritas y que ya sobrepasan los 540 días de forma ininterrumpida.

2.1.1. Como fundamento fáctico de la solicitud de amparo, se tiene que la actora nació el 20 de febrero de 1962¹ y que empezó su vida laboral el 25 de enero de 1990 a la edad de 27 años², efectuando desde entonces las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Seguridad Social con el fin de que le fueran amparados los riesgos de vejez, invalidez y muerte³.

Su idoneidad y suficiencia para trabajar, sin embargo, se vio menguada más de cuatro lustros después, principalmente a raíz de las secuelas del “cáncer de mama izquierdo estadio IIb”⁴ que se le diagnosticó en el año 2012 y que llevó a que fuera sometida de inmediato a una serie de procedimientos quirúrgicos de “resección de cuadrante de mama”, “reconstrucción de mama con colgajo” y “vaciamiento radical linfático axilar”⁵, generándose así, a principios del mes de febrero de 2013, un ciclo de incapacidades sucesivas cuyo pago tan solo se hizo efectivo por el término de 330 días aproximadamente, con corte al 5 de mayo de 2014⁶.

Esto último, debido a que tanto la Nueva EPS como la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, entidades del Sistema de Seguridad Social Integral a las que se encuentra afiliada, adujeron en su momento haber cumplido a cabalidad con las disposiciones normativas que regulan la materia, en la medida en que se sirvieron dispensar los respectivos subsidios por todo el tiempo de duración de la incapacidad hasta que finalmente se surtió, previo concepto de recuperación no favorable⁷, un primer proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral en desarrollo del cual se expidió un dictamen el 21 de abril de 2014 que le confirió un porcentaje inicial del 44,73%, siendo catalogada su contingencia como de origen común y fijándose la estructuración a partir del 25 de marzo de ese mismo año, fecha que concuerda con el día en que se llevó a cabo el último control de oncología⁸.

Inclusive, aunque con posterioridad las Juntas de Calificación de Invalidez del orden Regional y Nacional coincidieron en determinar no solo que su porcentaje de pérdida de la

capacidad laboral correspondía a un 45,13%, sino también que la declaratoria de aquel habría de configurarse desde el 15 de enero de 2015⁹, la accionante no volvió a verse beneficiada con el desembolso de ningún tipo de prestación por concepto de incapacidades temporales, pese a que las mismas todavía siguen emitiéndose por no existir evidencia de progresión alguna en su estado de salud¹⁰, exceden de sobra los 540 días continuos¹¹ y han sido objeto de reclamación oportuna¹².

Bajo esa situación contextual y tomando en consideración que en la actualidad cuenta con 55 años de edad, dejó hace algún tiempo de ejercer su oficio independiente como delineante de arquitectura a causa de la disminución de la fuerza de sus miembros superiores y no posee rentas o ingresos adicionales que le permitan garantizar su congrua subsistencia, la señora Anilza Inés Quintero Escobar hizo uso del recurso de amparo constitucional para que se protejan las prerrogativas iusfundamentales que devienen vulneradas¹³, de suerte que se le reconozcan y paguen las incapacidades médicas a las que tiene derecho después del día 330 y mientras subsiste su estado de incapacidad permanente parcial o bien se consolide su acceso material a la pensión de invalidez¹⁴, manteniéndose vigente su vinculación al sistema de seguridad social y realizándosele, en todo caso, las calificaciones técnicas a que haya lugar para establecer su porcentaje definitivo de pérdida de la capacidad laboral¹⁵.

2.1.2. Del asunto conoció en primera instancia el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que, a través de Auto del 19 de septiembre de 2016, admitió la acción de tutela y corrió traslado de la misma a la Nueva EPS y a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- para que se pronunciaran frente a la problemática jurídica suscitada, en el interés de conformar debidamente el contradictorio¹⁶.

Pues bien, antes de que se venciera el plazo de rigor, el Coordinador Jurídico para Tutelas de las Regionales Bogotá y Centro Oriente de la Nueva EPS intervino mediante escrito en el que propuso que se declarara la improcedencia del mecanismo tuitivo de los derechos fundamentales acometido en su contra, toda vez que, en su concepto, además de que se advierte la falta de legitimación en la causa por pasiva, afloran en el ordenamiento jurídico colombiano otras herramientas de defensa judicial que resultan idóneas para perseguir el reconocimiento económico de incapacidades médicas temporales¹⁷.

También compareció de manera oportuna al juicio el Vicepresidente de Financiamiento e Inversiones de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, asignado temporalmente al cargo de Vicepresidente Jurídico y Secretario General de la entidad, quien de entrada se opuso no solo a los argumentos justificativos de la demanda de tutela, sino en particular a las declaraciones efectuadas por la Nueva EPS, en el sentido de que no era de su competencia financiar los dineros reclamados, cuando, en realidad, los artículos 142 del Decreto 019 de 2012²¹ y 67 de la Ley 1753 de 2015²² así lo estipulan expresamente para aquellos eventos en que se requiere el pago de incapacidades por enfermedades de origen común que superen los 540 días, tal y como ocurre en el caso de la señora Anilza Inés Quintero Escobar.

De ahí que la única llamada a responder por las sumas dinerarias surgidas de incapacidades posteriores al día 540 es la Entidad Promotora de Salud respectiva que, a su turno, recibirá de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- la retribución correspondiente²³.

2.1.3. En providencia del 28 de septiembre de 2016, el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá denegó el amparo constitucional impetrado por reputarlo improcedente, tras haberse percatado del incumplimiento de la inmediatez y la subsidiariedad exigidos como presupuestos formales de procedibilidad de la acción de tutela.

Acerca del primero de los citados requisitos, la autoridad judicial arribó a la conclusión de que la gestora no interpuso el recurso dentro un plazo oportuno y razonable, ya que las incapacidades médicas temporales cuyo pago reivindica fueron prescritas, en su mayoría, en el año 2014, y aun cuando por su estado de salud se han ido extendiendo inclusive hasta el año 2016, “(...) no concurre explicación coherente para justificar una mora de más de dos años en acudir al mecanismo tutelar”, mucho menos atendiendo a la evidente negativa que, desde esa época, “(...) exhibieron las entidades del sistema de seguridad social encargadas de responder por ese tipo de prestaciones”. Por lo que atañe al segundo, le bastó con insinuar que la jurisdicción ordinaria laboral es el escenario propicio para ventilar la controversia sobre la responsabilidad en el pago de incapacidades médicas superiores a 540 días, “(...) máxime, cuando no es posible verificar la posible configuración de un daño irremediable, pues de los elementos allegados al proceso no se observa una afectación clara

al mínimo vital”²⁴.

2.1.4. La precedente decisión no fue impugnada por las partes.

2.2. Expediente T-5.924.318

Actuando en causa propia, la señora Nancy Judith Arias Páez presentó acción de tutela el 28 de septiembre de 2016 en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, presuntamente quebrantados por Famisanar EPS y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al haberle negado el reconocimiento y pago de las incapacidades que por enfermedad común se le han otorgado y que superan los 540 días continuos.

2.2.1. Entre los supuestos de hecho en que se funda la invocación del mecanismo estatuido en el artículo 86 Superior, importa destacar que la accionante se desempeñaba como ejecutiva de cuenta del call center Contacto Solutions Ltda., cuando en el mes de enero de 2015 fue diagnosticada con una “malformación vascular de miembros inferiores”²⁵, razón por la que ha venido siendo objeto de múltiples procedimientos quirúrgicos por virtud de los cuales se le han expedido sucesivas incapacidades que se han prolongado más allá de 540 días²⁶.

Al interpelar el reconocimiento de los subsidios económicos generados con posterioridad a dicho término, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la que se encuentra afiliada en pensiones, sostuvo que ya no tenía ninguna obligación legal de pago de incapacidades, en tanto la suya estaba comprendida desde el día 181 y hasta un plazo máximo de 540 días, de conformidad con la facultad prevista en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005²⁷.

Por su parte, Famisanar EPS rehusó tener la carga de pagar dichos auxilios dinerarios pues, a la fecha, el Gobierno Nacional no solamente no ha creado la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tal como se previó en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, sino que tampoco ha dado cumplimiento al artículo 67 del mismo cuerpo normativo, en definitiva porque aún no se ha reglamentado el proceso a través del cual pueda realizarse el reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras en Salud por concepto de incapacidades derivadas de enfermedades de origen común mayores a 540 días

continuos. En esa medida, concluyó que su deber era simplemente reconocer y pagar las incapacidades ininterrumpidas hasta el día 180, en función de la racionalización y correcta destinación de los recursos del sistema²⁸.

Así las cosas, y sin que haya sido calificado su porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, la actora insta al juez de tutela con el propósito de que se le ordene a la EPS demandada reconocer y pagar las incapacidades médicas emitidas con posterioridad al día 540, esto es, a partir del 19 de agosto de 2016. Ello, comoquiera que se halla todavía incapacitada para trabajar, sin posibilidades de mejoría en su estado de salud y con serias dificultades a sus 31 años²⁹ para generar recursos suplementarios que satisfagan tanto sus necesidades básicas como las de sus dos hijos menores de edad.

2.2.2. El Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, en Auto del 29 de septiembre de 2016, admitió la acción promovida y ordenó ponerla en conocimiento de Famisanar EPS, vinculando al mismo tiempo al Ministerio de Salud y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en calidad de terceros con interés legítimo en las resultas del proceso, para que ejercieran su derecho de réplica y, dicho sea de paso, precisaran el tema de la responsabilidad en el pago de incapacidades médicas posteriores a los 540 días³⁰.

Como respuesta al requerimiento judicial, el apoderado general de Famisanar EPS comenzó por dejar en claro que la señora Nancy Judith Arias Páez reportó afiliación al Régimen Contributivo en calidad de cotizante principal y su estado era activo, a quien, por lo demás, se le han pagado todas las incapacidades generadas entre el 15 de febrero y el 14 de agosto de 2015, para un total de 180 días.

Así mismo, puso de relieve que la usuaria contaba con 583 días de incapacidad y que su expediente técnico fue remitido al Fondo de Pensiones Porvenir al haberse emitido concepto de rehabilitación con pronóstico de recuperación favorable. Por manera que, es esta entidad, a partir del día 181 en adelante y hasta por 180 días más, la que debe cancelar las incapacidades mientras se realiza el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral³¹.

Por su parte, el representante legal de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. manifestó que dicha entidad había procedido a pagar a la accionante

las incapacidades a partir del día 181, es decir, el 25 de agosto de 2015 y hasta el 18 de agosto de 2016, esto es 360 días posteriores a los primeros 180, por lo que en este momento no le adeudaba suma alguna.

Hizo énfasis igualmente en que la Ley 1753 de 2015 asignó la obligación de pagar las incapacidades que superaran los 540 días continuos a las Entidades Promotoras de Salud, de forma que será Famisanar EPS la encargada de responder por los subsidios que, con posterioridad a ese día, sigan originándose. Al mismo tiempo, propuso que fuera el empleador de la señora Nancy Judith Arias Páez el que adelantara, previa indicación de medicina laboral, todas aquellas gestiones tendentes a lograr su reubicación en una labor acorde con su condición física actual, mientras esta logra recuperarse³².

De ahí que advierta que si bien, en principio, no existe ninguna directriz formal que consagre el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando se trate de eventos de pérdida de la capacidad laboral inferior al 50% de origen común y sin concepto favorable de rehabilitación, la previsión contenida en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, cuando quiera que sea efectivamente reglamentada, “(...) será necesaria como herramienta para lograr el pago de las incapacidades superiores a 540 días continuos por contingencias de origen común”.

2.2.3. A partir de la información acopiada, por medio de sentencia del 12 de octubre de 2016, el operador jurídico decidió conceder la protección de los derechos fundamentales invocados, corolario de lo cual le ordenó a Famisanar EPS que sufragara, en un plazo perentorio, las incapacidades médicas temporales superiores a 540 días, pudiendo posteriormente emprender todas las acciones pertinentes a fin de obtener el reembolso de lo pagado por dicho concepto, según las mismas voces del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Para la autoridad judicial, hasta antes de la expedición de la recién mencionada disposición normativa existía un vacío legal en materia de reconocimiento y pago de incapacidades prolongadas por más de 540 días que fue corregido por el legislador a través de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, quien resolvió fijar tal responsabilidad en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud, dejando a salvo la posibilidad de estas de perseguir las sumas canceladas ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.2.4. La decisión del a-quo fue recurrida oportunamente por parte del apoderado general de Famisanar EPS, quien se ratificó en todo lo apuntado en el escrito de contestación a la demanda e insistió en la necesidad de que se verificara que, con posterioridad al día 180 de incapacidad, no existe obligación legal para la entidad de reconocer ningún pago al haber emitido concepto de rehabilitación y quedar ese deber a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones o Administradoras de Riesgos Laborales, según fuere el caso.

2.2.5. En segunda instancia, interesa precisar que, a pesar de que en el expediente contentivo de la acción de tutela no obra en físico la decisión judicial adoptada, pudo conocerse su contenido a partir de una copia informal que, a juicio de la Sala de Revisión, permite avanzar en el estudio de fondo del asunto, motivo por el que procederá, con fines de claridad expositiva, a revelar la postura allí acogida³³.

2.2.6. Según puede advertirse, el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2016, revocó en su integridad el pronunciamiento objetado para, en su lugar, negar el amparo constitucional, al considerar que, en efecto, sí existe la obligación por parte de las Entidades Promotoras de Salud de asumir el valor de las incapacidades superiores a los 540 días, pero siempre y cuando se determine que la persona no tiene derecho a una pensión de invalidez. En consecuencia, al no haberse establecido el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que le corresponde a la tutelante, “mal podría el juzgado ratificar la orden de pago de las incapacidades superiores a 540 días, ya que necesario es determinar si perdió el 50% o más de su capacidad laboral”, para lo cual habrá de ordenarse a la vinculada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que inicie los trámites pertinentes con apoyo en el concepto de rehabilitación presentado por Famisanar EPS.

II. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Expediente T-5.859.330

1.1. Solicitud de insistencia presentada por el Defensor del Pueblo para la revisión del caso de la señora Anilza Inés Quintero Escobar

1.1.1. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 57 del Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015 “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”³⁴, el

Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, por delegación especial del artículo 40 de la Resolución No. 638 del 6 de junio de 2008³⁵, se sirvió insistir el 18 de enero de 2017 en la revisión del expediente de tutela de la referencia por suscitar una problemática constitucionalmente relevante “(...) vinculada con el reconocimiento y pago de una incapacidad médico-laboral superior a 540 días de una trabajadora independiente con concepto desfavorable de rehabilitación y sin opción de pensión de invalidez por tener una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%”³⁶.

1.1.2. Ciertamente, a juicio de dicho funcionario, se trata del caso de una mujer con más de 50 años de edad a quien se le diagnosticó un carcinoma que le impidió seguir trabajando como independiente y cuya pérdida de capacidad laboral del 45,13% no le permite acceder al reconocimiento de una pensión de invalidez, pese a que su incapacidad sigue vigente.

1.1.3. En tal virtud, después de aludir a la especial naturaleza de las incapacidades médico laborales y de repasar la normatividad sobre el régimen de responsabilidad en el pago de aquellas³⁷, concluyó que con la expedición de la Ley 1753 de 2015, las Empresas Promotoras de Salud tienen a su cargo la obligación de desembolsar las acreencias económicas respectivas por concepto de incapacidades superiores a 540 días, pudiendo interpelar, ulteriormente, a la entidad administradora de los recursos del Sistema, el reintegro de las sumas canceladas.

1.1.4. De suerte que, en el presente asunto, así como es claro que la Nueva EPS es la entidad del sistema de seguridad social integral que debe pagar las incapacidades continuas que sigan generándose después del día 540 en favor de la tutelante, también lo es que tal subsidio insoluto representa su único sustento, ya que el sueldo que percibía era el único ingreso comprobado para cubrir sus necesidades básicas³⁸.

1.2. Escrito de intervención allegado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-

1.2.1. En oficio del 17 de abril de 2017, la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho del Magistrado Ponente memorial suscrito por la Directora de Procesos Judiciales con funciones asignadas de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Legales de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-³⁹, en el que destacó principalmente la regla general de improcedencia de la acción de tutela para acceder al reconocimiento y

pago de prestaciones económicas, debido a la existencia de otros mecanismos jurisdiccionales para debatir tales pretensiones.

1.2.2. Con todo, resolvió dejar por sentado no solamente que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 son las Empresas Promotoras de Salud las que deberán pagar las incapacidades generadas por enfermedad común que superen los 540 días continuos, sino además, que cuando quiera que acontezca una interrupción en la emisión de aquellas por un lapso de más de 30 días, lo que se acostumbra es tomar ese hecho como un nuevo ciclo que dará lugar al reconocimiento y pago de los respectivos subsidios a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, aun cuando el origen sea la misma patología diagnosticada antes de producirse la aludida interrupción entre una y otra licencia.

1.2.3. Ahora bien, bajo el marco del Plan Estratégico de Defensa Jurídica Constitucional que se ha trazado la entidad que representa y una vez examinada de nuevo en sede administrativa la situación de la reclamante, encontró que esta no reúne los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, por las razones que se extraen a continuación:

a) Por obra de Resolución No. VPB 440 del 15 de mayo de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- resolvió reconocer y ordenar el pago a favor de la señora Anilza Inés Quintero Escobar del subsidio económico por incapacidad médica temporal a partir del día 181 de los períodos que van desde el 4 de noviembre de 2013 al 5 de mayo de 2014 equivalentes a 150 días, visto que se había expedido dictamen de pérdida de la capacidad laboral el 21 de abril de 2014:

Fecha inicial

Fecha Final

Días de incapacidad

Días acumulados

Resolución

4 de noviembre de 2013

3 de diciembre de 2013

30

30

440 de 2014

15 de mayo de 2014

4 de diciembre de 2013

2 de enero de 2014

30

60

440 de 2014

15 de mayo de 2014

5 de enero de 2014

3 de febrero de 2014

30

90

440 de 2014

15 de mayo de 2014

5 de febrero de 2014

6 de marzo de 2014

30

30

440 de 2014

15 de mayo de 2014

6 de abril de 2014

5 de mayo de 2014

30

60

440 de 2014

15 de mayo de 2014

b) La accionante cuenta con conceptos desfavorables de rehabilitación y dictámenes de pérdida de la capacidad laboral emitidos por todas las instancias, donde se determina que no se le ha asignado un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de 50% o más, fundamento por el cual no puede ser considerada persona inválida en los estrictos y precisos términos dispuestos en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, no hay incapacidades pendientes por pagar:

Fecha inicial

Fecha Final

Avalada

Motivo de no aceptación

6 de mayo de 2014

4 de junio de 2014

Concepto de Rehabilitación Desfavorable

6 de mayo de 2014

4 de junio de 2014

No

Se profirió calificación de la pérdida de capacidad laboral

6 de junio de 2014

5 de julio de 2014

No

Concepto de Rehabilitación Desfavorable

5 de septiembre de 2014

4 de octubre de 2014

No

Concepto de Rehabilitación Desfavorable

22 de mayo de 2015

10 de junio de 2015

No

Concepto de Rehabilitación Desfavorable

c) Agotado el trámite previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 por parte de la entidad respecto de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, la señora Anilza Inés Quintero Escobar presentó nuevamente solicitud para ser evaluada el 29 de septiembre de 2016, expidiéndose nuevo dictamen el 10 de octubre siguiente, en el que se le asignó un porcentaje del 36,92% de origen común y con fecha de estructuración del 28 de julio de 2016, merced al reciente concepto desfavorable de rehabilitación del 21 de septiembre de

2016 remitido por la Nueva EPS.

d) Conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a la actora no le asiste el derecho a la pensión de invalidez, puesto que, según se indica en los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, no se le ha fijado un porcentaje igual o superior al 50%.

e) En atención a que en materia de prórroga e interrupción de incapacidades no existe normativa que regule dicha noción, las entidades promotoras de salud aplican los criterios establecidos en el artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, expedida en su momento por el Instituto de los Seguros Sociales y estimada por la Superintendencia Nacional de Salud como una guía para establecer regulaciones razonables frente al tema. Por tal motivo, una vez cotejado el certificado de relación de incapacidades de la afiliada, se tiene que su estado se ha interrumpido por más de 30 días en cuatro oportunidades, “dándose inicio a nuevos ciclos en donde a la EPS le corresponde asumir desde el día 3 a 180 y al Fondo de Pensiones a partir del día 181 y hasta el 540”.

1.2.4. Con fundamento en las anteriores premisas, la interviniente pidió que se ratificara la decisión judicial adoptada en primera y única instancia, teniendo en cuenta que además de resultar improcedente el pago de las incapacidades médicas expedidas con posterioridad a los 180 días y hasta el término de los 540, la acción de tutela no tiene vocación alguna de prosperidad para el caso concreto, a fuerza de su carácter eminentemente supletivo y excepcional⁴⁰.

2. Expediente T-5.924.318

2.1. Auto del 12 de mayo de 2017

2.1.1. Tal y como se había apuntado inicialmente en este pronunciamiento, una vez remitidos los procesos de tutela T-5.859.330 y T-5.924.318 a la Corte Constitucional, mediante Auto del 27 de enero de 2017, la Sala Número Uno de Selección de Tutelas decidió escogerlos para su revisión y, al mismo tiempo, acumularlos por presentar unidad de materia, a fin de que fueran resueltos en una misma sentencia.

2.1.2. Es así como la Secretaría General de esta Corporación, en sendos oficios con fecha de

3 de febrero de 2017, procedió a enviar los aludidos expedientes al despacho del suscrito magistrado anexando los cuadernos correspondientes.

2.1.3. Empero, respecto del Expediente T-5.924.318 se anexaron dos cuadernos de 15 y 44 folios, sin que en ellos constara en físico la providencia expedida en segunda instancia por parte del Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, a propósito de la impugnación presentada por el apoderado general de Famisanar EPS, la cual fue admitida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá en auto del 20 de octubre de 2016⁴¹, autoridad judicial que conoció de la acción de tutela en primera instancia.

2.1.4. Frente a tal eventualidad, la Sala de Revisión, en Auto del 12 de mayo de 2017⁴², consideró necesario oficiar al Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá para que, en un plazo perentorio, remitiera, con destino a esta Corporación, el cuaderno contentivo de las actuaciones surtidas con posterioridad a la impugnación antes señalada, en las que se incluya la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso sub-exámene. De igual forma, dispuso la suspensión de los términos del mismo durante 20 días, contados a partir del preciso momento en que se allegue el reseñado cuaderno.

2.1.5. En respuesta al requerimiento, el Secretario del citado despacho judicial se sirvió remitir a esta Corte, a través de comunicación del 19 de mayo de 2017, una copia simple de la sentencia de segunda instancia⁴³, cuyo contenido fue especificado en acápite precedente, con la advertencia de no contar con el original de las actuaciones reclamadas, en la medida en que aquellas reposaban en el expediente enviado a la Corte Constitucional para su eventual revisión desde el 1º de diciembre de 2016.

2.2. Auto del 15 de junio de 2017

2.2.1. Dado el anterior contexto, la Sala de Revisión decidió solicitarle a la Secretaría General de la Corte Constitucional que activara los procedimientos internos necesarios para la búsqueda y ubicación del cuaderno contentivo de las actuaciones surtidas con posterioridad a la impugnación admitida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá en auto del 20 de octubre de 2016. En consecuencia, se mantuvo la suspensión de los términos para fallar el proceso hasta el 14 de julio de 2017, fecha razonable y prudencial para que se ubique el aludido cuaderno.

2.2.2. No obstante lo anterior, la Secretaria General (E) de la Corporación, en oficio del 27 de junio de 2017, aunque indicó que “se procedió por parte de esta Secretaría a realizar las gestiones pertinentes para dar con la ubicación del referido cuaderno contentivo, no hay un resultado positivo hasta la fecha”, dejando constancia de la colaboración infructuosa solicitada a los despachos que tuvieron a su cargo la Sala de Selección Número Uno de 201744.

2.2.3. En todo caso, a la luz de los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal consagrado en el artículo 228 Superior⁴⁵ y de informalidad previsto en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991⁴⁶, y sobre la base de que a través de copia simple pudo accederse al contenido de la providencia de segunda instancia proferida dentro del Expediente T-5.924.318, la Sala de Revisión habrá de proseguir con el estudio de fondo del asunto ya contextualizado a fin y efecto de delimitar el problema jurídico subyacente y, al mismo tiempo, perfilar una posible solución desde el punto de vista jurisprudencial y normativo.

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 27 de enero de 2017, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de esta Corporación.

2. Formulación del problema jurídico y aspectos relevantes por tratar

2.1. Efectuada una lectura integral del acápite de antecedentes, le corresponde en esta oportunidad a la Sala Segunda de Revisión determinar si las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral que fueron demandadas transgredieron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de las señoras Anilza Inés Quintero Escobar y Nancy Judith Arias Páez, como consecuencia de sus respectivas decisiones de no reconocer y pagar las incapacidades médicas expedidas con posterioridad al día 540, bajo la particular consideración de que no existe una obligación legal clara que les atribuya dicho gravamen.

2.2. Para tal cometido, sin embargo, conviene destacar que la problemática jurídica recién

aludida, desde la perspectiva constitucional, ya ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte de esta Corporación, a propósito de la frecuente revisión de acciones de tutela que incluyen supuestos fácticos sustancialmente análogos. De ahí que, en esta ocasión, la Sala reitere brevemente las sub-reglas que han ido decantándose para este tipo de casos en lo tiene que ver con (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico por concepto de incapacidades médicas y (ii) el marco normativo y jurisprudencial vigente sobre las incapacidades médicas de origen común y las entidades responsables de su pago cuando sean superiores a los 540 días ininterrumpidos, para luego, finalmente, puestas en contraste con los hechos materiales de los asuntos que se estudian, dar respuesta al cuestionamiento previamente enunciado⁴⁷.

3. Reglas jurisprudenciales que se reiteran

3.1. La procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico por concepto de incapacidades médicas.

3.1.1. Conforme se ha explicado ampliamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela fue concebida como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales al que la propia Carta Política atribuyó un carácter subsidiario y residual⁴⁸, nota distintiva al hilo de la cual no puede admitírsele como un mecanismo alternativo, adicional o complementario de los previstos en el ordenamiento para garantizar los derechos de las personas, pues con ella no se busca sustituir los procesos ordinarios o especiales y mucho menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales inherentes a los mismos para controvertir las eventuales decisiones que se profieran⁴⁹.

3.1.2. Y es que tal atributo, claramente expresado en el artículo 86 Superior, ha dicho la Corte, además de reconocer la naturaleza preferente de los diversos mecanismos judiciales establecidos por la ley⁵⁰, convirtiéndose en la regla general de resolución de los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales, permite interpretar que el ejercicio del recurso de amparo constitucional sólo es procedente de manera excepcional, cuando no existan otros medios de protección a los que se pueda acudir, o aun existiendo éstos, se compruebe su ineficacia en relación con el caso concreto o se promueva para precaver la

ocurrencia de un perjuicio irremediable⁵¹.

3.1.3. Partiendo de las precisiones que anteceden, es apenas lógico que, por ejemplo, tratándose de controversias relacionadas con el reconocimiento, liquidación y orden de pago de prestaciones sociales de tipo económico, como es el caso de incapacidades médicas por contingencias de origen común, esta Corte haya sido consistente en sostener la regla de improcedencia general de la acción de tutela, sobre la base de que el ordenamiento jurídico ha diseñado un sistema de control judicial mediante acciones y recursos ordinarios - vías jurisdiccionales y administrativas- que admiten el cuestionamiento concreto de esa clase de asuntos, cuya índole es eminentemente litigiosa⁵².

Así lo sugiere el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 712 de 2001 “Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo”⁵³, que habilita a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, para conocer toda suerte de “(...) controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

De manera que, como podrá advertirse, los procedimientos acabados de mencionar se erigen, a primera vista, en las herramientas legales cualificadas al que todas las personas - en su calidad de usuarios- deben acudir, preferentemente, para garantizar la protección de sus derechos constitucionales, incluyendo los de raigambre fundamental, cuando quiera que sean amenazados o vulnerados por alguna de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social Integral, en la medida en que son los cauces por los cuales puede debatirse más ampliamente los conflictos jurídicos que surjan alrededor del reconocimiento, liquidación y pago de auxilios económicos y subsidios de incapacidad provenientes de la emisión de incapacidades médicas temporales.

3.1.4. Ahora bien, no obstante lo anterior, conviene aclarar que tal paradigma argumentativo no está planteado en términos absolutos, pues en la misma jurisprudencia constitucional se ha atemperado el criterio formal de improcedencia atrás descrito siempre que logre comprobarse que los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para prodigar una protección inmediata a los derechos fundamentales que son objeto de amenaza o violación. Circunstancia en la que, de modo excepcional, la acción de

tutela se revela como el instrumento de defensa adecuado y oportuno para salvaguardar las garantías de raigambre fundamental⁵⁶.

Esta labor, por lo demás, le concierne directamente al juez constitucional, en cada caso en particular, con miras a determinar cuándo ese medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para prodigar una solución inmediata, eventos en los que el recurso de amparo se impone, indefectiblemente, como mecanismo directo de protección⁵⁷.

3.1.5. Para lo que interesa al presente juicio, no puede perderse de vista que la Corte se ha dado a la tarea de fijar en su jurisprudencia algunos criterios adicionales que le permiten al juez de tutela flexibilizar la evaluación de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez en este tipo de casos y, consecuentemente, establecer con mayor grado de certeza la idoneidad o no de los mecanismos ordinarios de defensa judicial dispuestos en el ordenamiento, al paso que la razonabilidad en el ejercicio de las solicitudes protectivas de garantías iusfundamentales frente a los supuestos transgresores de estas⁵⁸. Veamos:

a) Las condiciones objetivas de quien pretende el amparo constitucional (edad, estado actual de salud, situación económica, social y familiar) y cualquier otro elemento de juicio o circunstancia que pueda ponerlo en situación de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta⁵⁹.

b) La activación de la acción de tutela por parte de sujetos que requieren de especial protección constitucional, como ocurre en el caso de niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas cabeza de familia, desplazados, personas de la tercera edad o en situación de discapacidad. De ser así, el test de procedibilidad se torna menos estricto, justamente en atención al estado de debilidad manifiesta que afrontan y por virtud del trato especial que la propia Carta Política dispone en su favor. Esto significa que el análisis del caso concreto debe ser más amplio y comprehensivo, aunque sin dejar por ello de ser riguroso⁶⁰.

c) La existencia de una presunción de afectación grave de los derechos al mínimo vital, a la salud y a la vida digna con la ausencia o dilación injustificada en el pago de los auxilios o subsidios económicos por concepto de la expedición de incapacidades médicas por enfermedades o accidentes de origen común, siempre que se trate de la única fuente de ingresos para sufragar las necesidades básicas, personales y familiares del reclamante. Dicho

en otras palabras, debe analizarse si el usuario, afiliado o beneficiario deriva su sustento y el de su núcleo familiar de su salario, que es suspendido temporalmente en razón de su imposibilidad para desempeñar su profesión u oficio habitual⁶¹.

d) La interposición de la acción de tutela en un plazo razonable acorde con las especificidades ofrecidas en el caso concreto, para lo cual, además de valorarse la existencia de razones válidas que justifiquen la inactividad del interesado (caso fortuito o fuerza mayor), la permanencia en el tiempo de la amenaza o vulneración argüida o la desproporción respecto del ejercicio de la acción de la tutela en un término perentorio por cuenta de la propia condición objetiva de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, habrá de ser especialmente examinado el grado de diligencia del afiliado cotizante frente a la omisión o negativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, así como la eventual imposibilidad física para entablar la acción de tutela debido a la prolongación de su estado incapacitante⁶².

3.1.6. En este orden de ideas, si el juez verifica que quien pretende el reconocimiento y pago de incapacidades médicas se inscribe en algunas de las señaladas hipótesis, debe considerar la admisibilidad de la acción de tutela “para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales”⁶³.

3.2. El marco normativo y jurisprudencial vigente sobre las incapacidades por enfermedad de origen común y las entidades responsables de su pago cuando son superiores a los 540 días ininterrumpidos. Aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

3.2.1. De acuerdo con las disposiciones legales que regulan las incapacidades médicas por contingencias de origen común, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la prestación económica recibida durante ese lapso podrá ser denominada auxilio económico⁶⁴ si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o subsidio de incapacidad⁶⁵ si se trata del día 181 en adelante.

(i) Entre el día 1 y 2 le corresponde al empleador, según lo establecido en el artículo 1º del

Decreto 2943 de 201366.

(ii) Entre el día 3 y 180 está a cargo de la EPS con base en el mismo decreto.

(iii) Desde el día 181 y hasta el 540, tal gravamen se radica en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones, conforme a la facultad que les concede el artículo 142 del Decreto 019 de 201267 para postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, cuando esta última haya emitido concepto favorable de rehabilitación⁶⁸.

3.2.3. Pero si de lo que se trata es de incapacidades médicas prolongadas más allá de los 540 días, resulta indispensable puntualizar que, hasta antes del año 2015, en sede de cada una de las Salas de Revisión que integran la Corte Constitucional se venía alertando sobre la existencia de un déficit de protección legal en materia de seguridad social, acusado principalmente por la falta de regulación expresa que estipule la obligación de reconocimiento y pago de dicha contingencia⁶⁹. A título ilustrativo de todo lo precedente, bien vale la pena traer a colación la Sentencia T-468 de 2010⁷⁰, en la que este Tribunal identificó el aludido vacío normativo de la manera que a continuación se cita:

“De lo expuesto anteriormente, se puede establecer que en Colombia el Sistema Integral de Seguridad Social ampara al trabajador que se incapacita, con ocasión de un accidente laboral o enfermedad profesional, durante todo el tiempo necesario para su recuperación o hasta la calificación y pago de la indemnización por incapacidad parcial permanente o invalidez; cuando la patología surge como consecuencia de una enfermedad general o por accidente de origen común, el sistema reconoce el auxilio por incapacidad hasta por un término máximo de 540 días, de los cuales los primeros 3 días los asume directamente el empleador, desde el día cuarto y hasta los 180 días los paga la EPS, y los 360 restantes los asume la ARP o las AFP con autorización de la Aseguradora que ampara los riesgos de invalidez.

No obstante, aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que

obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir”.

Ciertamente, con ello la Corte quiso significar que un trabajador al que se le expide una incapacidad laboral, bien sea por enfermedad o accidente de cualquier género, puede verse enfrentado a un variado elenco de situaciones, entre las que sobresale de forma singular los estados de inhabilidad física o mental superiores a los 540 días, pues a diferencia de quienes son incapacitados por períodos inferiores, en este específico evento los trabajadores se hallan absolutamente desprotegidos por ausencia de regulación normativa, “(...) ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo”⁷¹.

Nótese aquí, entonces, cómo el trabajador no solo queda desprovisto del respectivo desembolso de las incapacidades cuando son emitidas por encima del tope amparado por la ley, esto es, 540 días, sino también del sustento económico para garantizar su congrua subsistencia.

3.2.4. Fue así como, con posterioridad, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, por medio de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el período comprendido entre 2014 y 2018, formuló una solución para superar el déficit de protección evidenciado, al asignar la responsabilidad de pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos a las Entidades Promotoras de Salud. El tenor literal de la citada preceptiva es el siguiente:

“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”.(Subrayas y negrillas no originales)

Como puede apreciarse, la disposición legal transcrita atribuyó la obligación de reconocer y pagar las prestaciones económicas derivadas de incapacidades médicas causadas por enfermedades de origen común que sobrepasen los 540 días continuos a las Entidades Promotoras de Salud⁷², quienes, a su vez, podrán perseguir las sumas dinerarias sufragadas por tal concepto ante la nueva entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-⁷³.

Siendo ello así, resulta claro que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 es aplicable por entero a las situaciones de hecho que involucren certificados de incapacidad expedidos a partir de su entrada en vigencia, esto es, desde el 9 de junio de ese mismo año⁷⁴.

3.2.5. Con todo y ser ese, en principio, el ámbito de aplicación temporal de la referida normativa, en los más recientes pronunciamientos adoptados por esta Corporación ha venido aceptándose la posibilidad de que esta sea empleada con efectos retroactivos, entre otras razones, por la elemental consideración de que el régimen jurídico que la contempla no estableció un esquema transicional que cobijara los casos de usuarios con incapacidades médicas emitidas de manera previa a la fecha de promulgación de la ley, desconociéndose de plano la prevalencia del principio de igualdad material.

3.2.5.1. Una primera aproximación válida a esa línea interpretativa se encuentra en la Sentencia T-144 de 2016⁷⁵, en donde la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional

asumió el conocimiento de una acción de tutela entablada en contra de Salud Total EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y a la salud de una de sus afiliadas, a quien se le negó el pago de las incapacidades que le fueron certificadas por sobrepasar los 540 días ininterrumpidos.

Frente a esa coyuntura, anticipó, sin embargo, que no se había delineado un régimen de transición que permitiera fijar un parámetro hermenéutico que diera solución a aquellas personas que se inscribían en la realidad que el artículo regulaba, pero que ostentaban incapacidades médicas causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015. En esa medida, concluyó que la aplicación del artículo 67 derivaba en un trato desigual que si bien tenía explicación lógica desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes, en últimas, terminaba generando una tensión constitucional a la luz del principio de igualdad material, pues no concurría razón alguna para diferenciar y beneficiar tan solo a un grupo específico de personas en gracia de una consideración temporal, aun a sabiendas de que tal escenario fáctico ya se ofrecía problemático de antemano. En otras palabras, no existía justificación constitucionalmente atendible para fijar una diferenciación en el otorgamiento de protección legal.

Por manera que, atendiendo al hecho de que en el caso concreto se reclamaban varios períodos de incapacidades temporales expedidas antes y después de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, decidió darse aplicación retroactiva al artículo 67 para imponerle la carga administrativa de pago general a la EPS accionada, en cuanto, a la postre, era el Estado, representado por la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, el que debía reembolsar tales sumas.

3.2.5.2. En idéntico parecer a lo expuesto en precedencia, la Sala Novena de Revisión, por obra de la Sentencia T-200 de 201776, se pronunció en torno a dos procesos acumulados en los que se demandaba a distintas entidades pertenecientes al Sistema de Seguridad Social Integral por no haber reconocido ni pagado las respectivas incapacidades médicas que sumaban más de 540 días continuos, pese a que los actores no acreditaban un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que los hiciera acreedores de una pensión de invalidez.

En esa oportunidad, la Sala, apoyándose en el antecedente jurisprudencial previamente reseñado, afirmó que la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 modificaba en su integridad el panorama de pago de incapacidades que superan los 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, pues, al haberse imputado tal responsabilidad a las Entidades Promotoras de Salud, debía entenderse superado el déficit de protección que se venía planteando por la propia Corte Constitucional desde hace años atrás, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

Basándose entonces, en las premisas anotadas, se sirvió reeditar la tesis de aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 como una metodología plausible para evitar el tratamiento desigual que, en la práctica, acababan recibiendo los casos suscitados antes de su fecha de promulgación, en tanto no emergía fundamento alguno que explicara que fuera favorecido solo un grupo determinado de personas con base en un simple parámetro temporal.

De ahí que entre las órdenes dictadas frente a los casos concretos se hubiere incluido el reconocimiento y pago, por parte de las Empresas Promotoras de Salud convocadas a juicio, de las incapacidades emitidas desde el día 541 hasta que cese su emisión por haberse comprobado la rehabilitación satisfactoria y reincorporación laboral de los tutelantes.

3.2.5.3. Por último, vale destacar la recién expedida Sentencia T-401 de 201777, mediante la cual la Sala Quinta de Revisión retomó el breve itinerario jurisprudencial hasta ahora trazado con motivo de una acción de tutela en la que se reclamaba a Sanitas EPS y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. por haber quebrantado los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de una afiliada diagnosticada con hipotiroidismo y trastorno afectivo bipolar a quien se le negó el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas causadas con posterioridad al día 540.

En ese fallo, el trámite de revisión tuvo como punto de partida el reconocimiento de la situación de desprotección que enfrentaban las personas que eran destinatarias de certificados médicos de incapacidad laboral superiores a los 540 días continuos, dada la inexistencia de obligación legal de pago de tales certificados a cargo de las entidades

que conforman el Sistema de Seguridad Social.

Así, tras efectuar un repaso del acervo jurisprudencial existente en la materia en el que se llamó la atención, al unísono, sobre la falta de reglamentación en torno a la entidad que está a cargo de reconocer dicho auxilio económico, la Sala se permitió recordar nuevamente la promulgación de la Ley 1753 de 2015 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, cuyo artículo 67 no solo atribuyó el pago de incapacidades superiores a 540 días a las Entidades Promotoras de Salud, sino que fijó en el Gobierno Nacional la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de las mismas.

Con esa hoja de ruta en evidencia, dio por sentado que en todos los casos futuros, esto es, los surgidos a partir del 9 de junio de 2015, fecha de entrada en vigor de la citada preceptiva, los jueces de tutela tenían el deber de acatar lo allí expresamente dispuesto, dejando a salvo, en todo caso, la posibilidad de que su aplicación se haga retroactivamente para cubrir períodos anteriores carentes de regulación formal, en función de privilegiar el derecho a la igualdad de quienes no han conseguido reintegrarse a sus oficios o trabajos pero tampoco son calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva.

En consecuencia, resolvió acceder a la protección constitucional de los derechos invocados y, por lo tanto, previno a Sanitas EPS para que sufragara las incapacidades médicas superiores a los 540 días que se produjeran en el caso de la accionante, no sin antes indicarle que podía perseguir el reembolso de las correspondientes sumas de dinero que llegase a cancelar en los estrictos y precisos términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

3.2.6. Siguiendo el anterior hilo conductor, es menester concluir que, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección en materia de incapacidades médicas prolongadas más allá de los 540 días continuos para personas que no han acreditado una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, esa específica circunstancia fue claramente satisfecha con la expedición de la Ley 1753 de 2015, ya que en su artículo 67 se asignó la responsabilidad de reconocer y pagar dicho evento a las Entidades Promotoras de Salud.

Así las cosas, a partir de la entrada en vigencia del citado mandato legal, la Corte Constitucional ha resuelto darle plena aplicación para responder a los más variados escenarios de reclamación de prestaciones económicas derivadas de incapacidades por

enfermedad de origen común superiores a 540 días, incluso, de manera retroactiva, esto es, respecto de períodos previos a su fecha de promulgación, para efectos de garantizar el cabal respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, como es el caso del derecho a la igualdad de quienes cuentan con certificados de incapacidad emitidos antes de la expedición de la Ley 1753 de 2015, la especial protección que el Estado debe brindar a ciertos sujetos en contextos de vulnerabilidad acentuada y el goce efectivo de los beneficios del aseguramiento por parte de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.2.7. De acuerdo con lo hasta aquí consignado, el régimen de reconocimiento y pago respectivo cuenta, hoy por hoy, con los siguientes períodos y encargados:

Entidad obligada

Fuente Normativa

Día 1 a 2

Empleador

Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013

Día 3 a 180

Entidad Promotora de Salud

Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013

Día 181 hasta 540

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Artículo 142 del Decreto 019 de 2012

Día 541 en adelante

Entidad Promotora de Salud

Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

3.2.8. Sobre esa base, no cabe duda de que la regla actual frente a las incapacidades médicas temporales que superan los 540 días continuos, es que su reconocimiento y pago debe ser asumido por las Entidades Promotoras de Salud.

4. Solución de los casos concretos

4.1. Análisis sobre la procedibilidad formal de las acciones de tutela

4.1.1. Aplicadas las reglas jurisprudenciales atrás anotadas a los casos concretos, y tomando en consideración las decisiones proferidas por los jueces de instancia, lo primero que debe resolver la Sala de Revisión es si, en estos eventos, la acción de tutela resulta ser el instrumento de defensa judicial idóneo para resolver la controversia jurídica que se ha generado en relación con el eventual reconocimiento y pago de incapacidades médicas por enfermedad general expedidas con posterioridad al día 540. Esto último, frente a la posibilidad que les asiste a las actoras de acudir, o bien ante la jurisdicción ordinal laboral y de seguridad social para exigir el pago de las acreencias a las que estiman tener derecho, o bien ante la Superintendencia Nacional de Salud con la finalidad de que esta entidad decida, con carácter definitivo, sobre el reconocimiento a su favor de prestaciones económicas a cargo de las Entidades Promotoras de Salud que fueron vinculadas al trámite del presente juicio.

4.1.2. Pues bien, de un lado, en relación con el expediente T-5.859.330, se tiene que la señora Anilza Inés Quintero Escobar, de 55 años de edad, fue diagnosticada en el año 2012 con “cáncer de mama izquierdo estadio IIb”, lo que provocó su sometimiento inmediato a una serie de cirugías que derivaron en un ciclo de incapacidades médicas sucesivas que fueron reconocidas desde principios de 2013 y hasta el 5 de mayo de 2014, para un total de 330 días aproximadamente. Sin embargo, en pleno proceso de rehabilitación y a raíz de una primera calificación de su pérdida de la capacidad laboral el 21 de abril de 2014, su pago se suspendió de manera indefinida por haberse activado el trámite previsto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 (Calificación del Estado de Invalidez), lo que, a su turno, dio paso al trámite de evaluación ante las Juntas de Calificación de Invalidez del orden Regional y Nacional, las cuales, ulteriormente, coincidieron en fijarle un porcentaje del 45,13% de incapacidad permanente parcial.

Y aunque con posterioridad se calificó nuevamente su estado de invalidez, arrojando en esta

ocasión un porcentaje del 36,92%, tanto la Nueva EPS como la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- reafirmaron su postura de no continuar desembolsando los auxilios y subsidios económicos correspondientes, comoquiera que ya se había valorado el origen y grado de su pérdida de capacidad laboral.

De suerte que, encontrándose imposibilitada desde hace más de 4 años para trabajar en calidad de independiente como delineante de arquitectura y, por ende, para cotizar al sistema de seguridad social en salud y pensiones y generar los recursos económicos suficientes para solventar sus necesidades básicas, la actora acudió a la acción de tutela el 15 de septiembre de 2016 con el objetivo de que se le paguen las incapacidades médicas adeudadas y aquellas que continúan emitiéndose por cuenta de la disminución de su capacidad laboral y/o hasta que se le reconozca la pensión de invalidez.

4.1.3. Por otro lado, en el expediente T-5.924.318, la señora Nancy Judith Arias Páez, de 31 años de edad, presenta desde enero de 2015 un cuadro de “malformación vascular de miembros inferiores”, patología por virtud de la cual ha sido sometida a distintas intervenciones quirúrgicas que le han causado incapacidades que a la fecha de presentación de la acción de tutela, esto es, el 28 de septiembre de 2016, ya han rebasado los 540 días continuos.

Durante ese interregno, su empleador, Famisanar EPS y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. desembolsaron los auxilios y subsidios económicos respectivos. Sin embargo, las incapacidades emitidas desde el día 541 en adelante no fueron reconocidas por las dos últimas entidades mencionadas sobre la base de estimar que no tenían la obligación legal de asumirlas, ya que se trataba de una exigencia que no se desprendía con claridad de ningún contenido normativo concreto. Inclusive, además de alegar que no se había creado como tal la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sostuvieron que el procedimiento de reclamación dispuesto en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 aún no podía aplicarse por no haber sido objeto de reglamentación alguna por parte del Gobierno Nacional.

En ese contexto, sin haber sido valorada su pérdida de capacidad laboral, sin indicios de mejoría en su estado de salud y sin ingresos o recursos adicionales para mantenerse a sí

misma y a sus dos hijos menores de edad, la actora impetró el amparo constitucional de sus derechos al mínimo vital y a la vida digna, en orden a que le fueran reconocidas y pagadas las incapacidades médicas expedidas con posterioridad al día 540, esto es, a partir del 19 de agosto de 2016.

4.1.4. Como puede observarse, en los dos casos están demostradas condiciones objetivas que ponen en estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta a las señoras Anilza Inés Quintero Escobar y Nancy Judith Arias Páez, pues (i) sus precarios estados de salud han llevado a que se les expida incapacidades médicas que ya han superado los 540 días ininterrumpidos. En efecto, en el caso de Anilza Inés Quintero Escobar, no solo presenta un grado de pérdida de la capacidad laboral considerable en virtud de las secuelas del cáncer de mama izquierdo que se le diagnosticó, sino que también padece de linfedemas, disminución de la fuerza en miembros superiores, hipertensión y síndrome de túnel del carpo en ambas manos. Entre tanto, la señora Nancy Judith Arias sufre de una malformación vascular de la pierna izquierda que ha ido mermando paulatinamente su función motora.

Sumado a ello, (ii) la situación económica y social que atraviesan es bastante regular, toda vez que ninguna de las tutelantes consiguió volver a trabajar en sus oficios después de sus respectivos diagnósticos y carecen, por completo, de una fuente de ingresos adicional para valerse por sí mismas y responder por la manutención de su núcleo familiar. Específicamente, en el caso de la señora Anilza Inés Quintero Escobar, hace más de 4 años que no volvió a emplearse como delineante de arquitectura y, por lo mismo, no cuenta con recursos para garantizar sus necesidades básicas más elementales. Por lo que hace a la señora Nancy Judith Arias Páez, esta lleva cerca de 2 años sin poder laborar como ejecutiva de cuenta en el call center y se encuentra a la espera del pago de las incapacidades para asegurar el sostenimiento de sus dos hijos menores de edad.

En las apuntadas condiciones, es dable, entonces, (iii) presumir que el pago del subsidio de incapacidad funge como único sustituto de los salarios o ingresos que percibían las tutelantes con anterioridad a sus respectivos diagnósticos de salud y a partir de los cuales podían garantizar su mínimo vital y el de sus familias. Supuesto fáctico no fue controvertido por ninguna de las partes involucradas en el trámite del presente juicio.

4.1.5. En virtud de tales circunstancias, y por tratarse de sujetos que requieren de especial

protección constitucional por parte del Estado al encontrarse en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, la Sala de Revisión arriba a la conclusión conforme con la cual los mecanismos ordinarios de defensa judicial no son idóneos para conjurar los escenarios de vulneración de derechos y garantías iusfundamentales que padecen las accionantes.

En primer término, aun cuando el dispositivo legal preferente dispuesto en el ordenamiento jurídico para dirimir las controversias relativas al pago de incapacidades médicas es el proceso ordinario laboral, lo cierto es que la propia Corte Constitucional ha admitido que, aun existiendo esa posibilidad para exigir su reclamo, procede excepcionalmente la acción de tutela cuando del análisis del caso concreto se constate que el afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad y que la omisión o dilación en el pago de las mencionadas incapacidades amenacen seriamente los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna⁸¹.

Y en segundo lugar, en los eventos en que la reclamación se dirija contra una Entidad Promotora de Salud o el empleador, existe la posibilidad de iniciar un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud⁸². No obstante, esta Corporación también ha considerado que tal mecanismo no tiene la virtualidad de desplazar a la acción de tutela cuando se advierta su falta de idoneidad para garantizar integralmente los derechos del afectado o se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁸³.

En resumidas cuentas, la acción de tutela procede en forma excepcional para reclamar la entrega del auxilio económico por las incapacidades médicas prescritas, cuando por el no pago, se encuentren amenazados los derechos constitucionales al mínimo vital y a la salud, o se advierta que obligar al afectado a acudir a la vía ordinaria constituye una medida excesiva que podría ocasionarle un perjuicio irremediable.

4.1.6. En ese orden de ideas, como ya tuvo la oportunidad de verificarse, la Sala observa que los asuntos sometidos a revisión reúnen los elementos identificados en la jurisprudencia constitucional para que la acción de tutela proceda, en forma excepcional y supletiva, aun cuando existen otras herramientas de defensa judicial para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades médicas superiores a los 540 días continuos. Ello, por cuanto, se insiste: (i) las señoras Anilza Inés Quintero Escobar y Nancy Judith Arias Páez presentan un precario estado de salud que las ha llevado a estar incapacitadas por un término superior a

los 540 días ininterrumpidos. Así mismo, y no menos importante, (ii) ha de recordarse que la falta de reconocimiento y pago de las incapacidades médicas afecta ostensiblemente su mínimo vital, ya que no cuentan con otros ingresos económicos que les permita subsistir dignamente.

Dicho de otro modo, en caso de verse compelidas a activar la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social o el trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud⁸⁴, se estaría coadyuvando en el reforzamiento y profundización de la situación de vulnerabilidad actual de las actoras, que es la que torna imperioso tomar una decisión de fondo sobre los asuntos.

4.1.7. Pero además de la evaluación sobre la caracterización de la eficacia e idoneidad de los medios ordinarios preferentes, conviene pronunciarse acerca de la inmediatez que la propia jurisprudencia constitucional ha elaborado como pauta para determinar la procedibilidad de la acción de tutela⁸⁵, en atención, principalmente, a que la solicitud de la señora Anilza Inés Quintero Escobar, tendente a que se le reconocieran y pagaran las incapacidades médicas expedidas con posterioridad al día 330 y mientras subsiste su estado de incapacidad permanente parcial o bien se consolide su acceso a la pensión de invalidez, se promovió un poco más de 2 años después de la suspensión del pago por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- de los respectivos certificados de incapacidad superiores a 180 días continuos.

A este respecto, la Sala se permite plasmar, cuando menos, cuatro criterios de justificación que modulan dicho presupuesto en el marco de las especificidades del caso concreto y que resultan admisibles para explicar el prolongado espacio de tiempo entre el supuesto de hecho que presumiblemente generó la vulneración y la petitoria de amparo. En primer lugar, cabe señalar el carácter irrenunciable de los beneficios laborales mínimos y su vinculación estrecha con los derechos pensionales que, así mismo, son imprescriptibles y constituyen parte iusfundamental de la protección constitucional del derecho al trabajo. En segundo término, y como derivación natural del planteamiento recién aducido, se advierte que la acción de amparo se sustenta en la afectación actual de los derechos fundamentales de la accionante, pues está claro que subsiste una oposición objetiva entre las respuestas de la Nueva EPS y la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y la Constitución Política, producto del no reconocimiento de las prestaciones económicas originadas en

incapacidades médicas prolongadas más allá de los 540 días, con base en interpretaciones que no se avienen a los derroteros legales ni jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional en la materia.

En tercer lugar, es indiscutible que la actora fue diligente en reclamar el reconocimiento de las incapacidades médicas que le fueron negadas, ya que pese a que su pago fue suspendido desde el mes de mayo de 2014 y su condición de salud es precaria, radicó por lo menos cuatro peticiones durante los años 2015 y 2016 en las que solicitó que se le reconociera y pagara las incapacidades médicas que seguían prescribiéndosele, así como también información sobre los motivos por los cuales no se había continuado desembolsando las sumas de dinero correspondientes para garantizar sus necesidades básicas⁸⁶.

Por último, ha de insistirse en las especiales circunstancias de indefensión⁸⁷, vulnerabilidad⁸⁸ y de debilidad manifiesta⁸⁹ que confluyen en la señora Anilza Inés Quintero Escobar, por cuanto se encuentra a merced de la Nueva EPS y de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- en lo referido a la satisfacción de los requerimientos básicos indispensables para asegurar una digna subsistencia y preservar determinada calidad de vida mediante una de las prestaciones que las normas legales le asignan para su administración. No sobra agregar que la negativa frente al reconocimiento y pago de incapacidades médicas se proyecta indefinida y gravemente sobre la posibilidad de realización de otros de sus derechos como la igualdad, la salud, la alimentación y el vestuario, todo lo cual, aunado a sus actuales padecimientos, desvela en el proceder de la entidad convocada a juicio la ausencia de un tratamiento diferencial positivo con fundamento en los artículos 13 y 46 Superiores.

Entre tanto, en el caso de la señora Nancy Judith Arias Páez, se cumple en su integridad con el requisito de inmediatez, en la medida en que el recurso de amparo constitucional fue invocado en un plazo que se estima próximo al suceso que se reprocha, en tanto el escrito demandatorio se entabló el 28 de septiembre de 2016, esto es, casi un mes después de que Famisanar EPS y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. resolvieran no continuar desembolsando las sumas dinerarias correspondientes a los periodos de incapacidad superiores a los 540 días continuos, lo cual aconteció a partir del 19 de agosto de 2016.

4.1.8. Evaluada así tanto la eficacia e idoneidad de los mecanismos ordinarios preferentes como la razonabilidad en el ejercicio de las acciones de tutela, la Sala concluye que el recurso tuitivo de los derechos fundamentales es procedente como mecanismo definitivo de protección, motivo por el cual resta identificar, como se había anunciado previamente, las sub-reglas construidas en la jurisprudencia de esta Corte frente al marco normativo y jurisprudencial vigente sobre las incapacidades por enfermedad de origen común y las entidades responsables de su pago cuando son superiores a los 540 días ininterrumpidos, para efectos de contrastarlas con los hechos materiales de los casos y así dar respuesta a la problemática esbozada en el acápite de formulación del problema jurídico.

4.2. Evaluación material de la afectación de los derechos al mínimo vital y a la vida digna de las accionantes

4.2.1. Precisado lo anterior, corresponde determinar si, en efecto, las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral que fueron demandadas en los procesos acumulados que aquí se revisan vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de las señoras Anilza Inés Quintero Escobar y Nancy Judith Arias Páez.

4.2.2. A este respecto, la Sala advierte que entre las razones principales aducidas por tales entidades para negarse a reconocer y pagar las incapacidades médicas temporales expedidas con posterioridad a los 540 días, se encuentran: (i) la expedición de conceptos desfavorables de rehabilitación y de dictámenes de calificación de la pérdida de capacidad laboral que arrojan un específico grado de incapacidad permanente parcial, así como también, (ii) la inexistencia de obligación legal expresa de pago al no poderse dar cumplimiento a los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015, dado que aún no se ha reglamentado el proceso por vía del cual puede efectuarse el reembolso a las Entidades Promotoras de Salud de las sumas canceladas por concepto de incapacidades derivadas de contingencias de origen común superiores a los 540 días.

4.2.3. Para empezar, conviene poner de presente que la existencia de un concepto previo favorable o no de rehabilitación o la propia iniciación de los trámites de pérdida de la capacidad laboral ante las Juntas de Calificación de Invalidez, no pueden suponer obstáculo o barrera alguna para que las Administradoras de Fondos de Pensiones o Entidades Promotoras de Salud, en su calidad de agentes del Sistema de General de Seguridad Social,

dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador, paguen los auxilios económicos o subsidios de incapacidad que son de su competencia.

Y es que ciertamente, como surge con claridad de las disposiciones legales que regulan el tema de las incapacidades médicas por contingencias de origen común, no se prevé en ellas ningún tipo de condicionamiento o restricción, expresa o tácita, que se encuentre íntimamente ligada a su reconocimiento y orden de pago. Con lo cual, basta con que se expida o emita la incapacidad médica por parte de la entidad competente para que se genere el derecho al pago de la misma.

Sobre esa base, como ya fue expuesto, es claro que el lapso que hay entre el primer y el segundo día de incapacidad, compete económicamente al empleador, de acuerdo con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 al párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición “[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente” 90.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendente a su reconocimiento debe adelantarlos el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente⁹¹.

A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

Por último, frente a las incapacidades que superan los 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, deben asumirlas las Entidades Promotoras de Salud, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

4.2.4. Ahora bien, teniendo en cuenta dicha disposición, la Sala observa que la postura planteada por las entidades del Sistema General de Seguridad Social Integral que fueron vinculadas en calidad de demandadas, consistente en poner en duda la vigencia y aplicación

del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, desatiende por entero lo expresamente dispuesto por ella en el artículo 26792, según el cual, aquella rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Inclusive, si bien es cierto que dicha preceptiva legal entró en vigencia hasta el 9 de junio de 2015, tal y como se anotó en el aparte considerativo respectivo, las distintas Salas de Revisión que conforman la Corte Constitucional han dispuesto su aplicación incluso con efectos retroactivos con fundamento en las siguientes premisas: (i) la materialización del principio de igualdad, (ii) la especial protección de la cual son titulares las personas con incapacidades prolongadas y que, en consecuencia, no han podido integrarse nuevamente a la actividad laboral, y (iii) la facultad que, en todo caso, como agentes del sistema, les asiste a las Empresas Promotoras de Salud de repetir lo pagado ante el Estado⁹³.

Además, en lo que atañe a la supuesta imposibilidad práctica de aplicar la norma anteriormente referida, debido a que la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- no ha sido creada y no se ha reglamentado el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS⁹⁴, la Sala estima que dicha interpretación no se corresponde con su propio contenido normativo, pues, precisamente, lo que es objeto de reglamentación es el procedimiento mismo de revisión periódica de la incapacidad por parte de estas entidades, el momento de calificación definitiva y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de auxilios y subsidios económicos, sin que tales aspectos tengan incidencia alguna en la obligación legal atribuida directamente a las Empresas Promotoras de Salud de pagar las incapacidades médicas temporales mayores a 540 días continuos.

En efecto, el último inciso del literal a) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, dispone lo siguiente:

“(…) 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 (…)”.

Siendo así las cosas, queda claro que la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno Nacional no habrá de ser ejercida para modificar, alterar, restringir, contrariar o suprimir la

atribución hecha a las Entidades Promotoras de Salud de realizar los respectivos desembolsos por incapacidades de origen común que superen los 540 días.

Con todo, no sobra agregar que a partir del 1º de agosto próximo, la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General Seguridad Social en Salud -ADRES- iniciará operaciones con el objeto de administrar los recursos a que hace referencia el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y los demás ingresos que determine la ley, así como adoptar y desarrollar los procesos y acciones para el adecuado uso, flujo y control de los recursos del sistema, en total correspondencia con las políticas y regulaciones que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.

Finalmente, la Sala estima que admitir una lectura diferente de la citada disposición a la luz de los contenidos constitucionales sería abiertamente contrario a la vigencia y garantía de los derechos fundamentales de aquellas personas a quienes se les expide incapacidades médicas temporales superiores a los 540 días continuos, al menos por las siguientes tres razones:

(i) La primera de ellas hace alusión a que el Legislador atribuyó expresamente a las EPS la responsabilidad de reconocer y pagar las “incapacidades de origen común que superen los 540 días continuos”. Dicha asignación, además de ser explícita, no está sometida a ningún condicionamiento. Por lo tanto, de la lectura de la norma no se infiere que el Congreso de la República haya diferido su aplicación a la reglamentación del Gobierno Nacional. Por el contrario, según como quedó visto, el mandato según el cual “[e]l Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS” es por completo independiente del enunciado normativo que radica en cabeza de las EPS el pago de las incapacidades que superen los 540 días⁹⁵.

(iii) La tercera y última hace relación a que aceptar como plausible la tesis planteada sobre la imposibilidad de aplicar el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, termina desconociendo, al rompe, el principio de accesibilidad del derecho fundamental a la salud⁹⁶, por cuanto supone la imposición de una barrera administrativa que no se encuentra prevista ni en la ley ni en el reglamento y que surge simplemente de las diferencias conceptuales que existen entre los agentes del sistema general de seguridad social en salud en materia de reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas de incapacidades por enfermedad general.

Sobre el particular, no sobra agregar que el auxilio económico de incapacidad tiene la virtualidad de afectar positiva o negativamente la garantía del derecho a la salud, en definitiva, no solo en cuanto permite la recuperación satisfactoria del paciente, sino porque suple el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas se encuentre inhabilitado para desempeñar sus labores. Por tanto, debe evitarse la negación del trámite de las incapacidades posteriores a 540 días sin el debido fundamento legal.

(iv) Finalmente, a partir de los razonamientos hechos en precedencia, las Salas de Revisión de esta Corporación se han pronunciado expresamente en torno a la aplicabilidad del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y han ordenado a las EPS, con fundamento en dicha norma, sufragar las incapacidades médicas temporales que superen los 540 días continuos. Postura que, vale apuntar, ha sido acogida en su integridad en las Sentencias T-144 de 2016 (Sala Quinta de Revisión), T-200 de 2017 (Sala Novena de Revisión) y T-401 de 2017 (Sala Quinta de Revisión), las cuales fueron objeto de reseña previa en esta providencia.

4.2.5. Así pues, de acuerdo con lo hasta aquí consignado, interesa recordar que la señora Anilza Inés Quintero Escobar solicitó, por vía de tutela, el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas temporales que se expidieron después del día 330 y aquellas que se siguen surtiendo con ocasión de su estado de incapacidad que han superado los 540 días.

En este punto, la Sala arriba a la conclusión de que habrá de revocar el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y, en su lugar, procederá a conceder el amparo deprecado, en el sentido de ordenarle a la Nueva EPS que reconozca y pague las incapacidades médicas temporales emitidas con posterioridad a los 540 días ininterrumpidos y que sigan generándose, en los términos de la obligación impuesta en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Dicho reconocimiento y pago se efectuará hasta que cese la emisión de las incapacidades en favor de la accionante por constatarse su rehabilitación y la posibilidad de reincorporarse a la vida laboral, o en el evento en que realizado un nuevo dictamen de pérdida de la capacidad laboral se determine que tiene derecho a acceder a la pensión de invalidez.

Igualmente, le ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones- que proceda a pagar las incapacidades médicas temporales expedidas a la actora dentro del término de los días 330 a 540 de incapacidad, que no se hayan cancelado hasta el momento.

Esto último, teniendo en cuenta la Resolución 440 del 15 de mayo de 2014, en la que dicha entidad reconoció inicialmente el subsidio de incapacidad por un periodo de 150 días (dentro del término de los días 180 a 540), aun cuando las incapacidades siguieron expidiéndose sucesivamente, por lo menos, hasta el mes de julio de 2014, tal y como se advierte del escrito de intervención allegado en sede de revisión por la propia entidad demandada.

Así mismo, se prevendrá tanto a la Nueva EPS como a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- para que reconozcan y paguen a la señora Anilza Inés Quintero Escobar, conforme a las expresas responsabilidades asignadas por la ley, las incapacidades médicas temporales a que haya lugar bajo nuevos ciclos de pago, los cuales habrán de tener en cuenta la existencia de eventuales prórrogas o interrupciones.

4.2.6. Entre tanto, frente al caso de la señora Nancy Judith Arias Páez, no cabe duda de que lo que persigue es el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas expedidas con posterioridad al día 540, las cuales, de conformidad con lo previamente señalado en este acápite, serán asumidas, en principio, por Famisanar EPS, teniendo en cuenta lo expresamente dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Ello, comoquiera que se sirvió enviar dentro del término legal al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., concepto de rehabilitación con pronóstico de recuperación favorable para la actora, conforme con lo previsto en el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

En esa medida, la Sala revocará el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá y, en su lugar, confirmará el dictado en primera instancia por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, toda vez que concedió la protección de los derechos fundamentales de la actora y le ordenó a Famisanar EPS que pagara, en un plazo perentorio, las incapacidades médicas superiores a 540 días, pudiendo emprender todas las acciones pertinentes a fin de obtener el reembolso de lo pagado por dicho concepto, en cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Dicho reconocimiento y pago se efectuará hasta que cese la emisión de las incapacidades en favor de la accionante por constatarse su rehabilitación y la posibilidad de reincorporarse a la vida laboral, o en el evento en que finiquitado el trámite de calificación de su pérdida de capacidad laboral, se determine que tiene derecho a acceder a la pensión de invalidez.

Así mismo, en atención a que este dictamen puede establecer, o bien que se trata de una enfermedad de origen laboral, o bien que se trata de una enfermedad de origen común cuya pérdida de capacidad laboral es igual o superior al 50%, la EPS mantendrá intacta la posibilidad de repetir contra cualquier entidad obligada bajo esas circunstancias, para obtener el reembolso de las incapacidades en los términos señalados en la Sentencia T-786 de 200997.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Dentro del Expediente T-5.859.330, REVOCAR la sentencia del 28 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y, en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de la señora Anilza Inés Quintero Escobar, por las razones expuestas en este fallo.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Entidad Promotora de Salud Nueva EPS S.A., por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice el pago de los subsidios por concepto de incapacidades médicas emitidas en favor de la señora Anilza Inés Quintero Escobar, desde el día 541 y hasta que cese dicha emisión por haberse comprobado su rehabilitación satisfactoria o se le reconozca la pensión de invalidez como consecuencia de una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%.

TERCERO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice el pago de las incapacidades médicas temporales expedidas a la señora Anilza Inés Quintero Escobar dentro del término de los días 330 a 540 de incapacidad, que no se hayan cancelado hasta el momento. Esto último, teniendo en cuenta la Resolución 440 del 15 de mayo de 2014, en la que dicha entidad reconoció inicialmente el subsidio de incapacidad por un periodo de 150

días (dentro del término de los días 180 a 540).

CUARTO.- PREVENIR a la Nueva EPS y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- para que, por intermedio de sus representantes legales o quien haga sus veces, reconozcan y paguen a la señora Anilza Inés Quintero Escobar, conforme a las expresas responsabilidades asignadas por la ley, las incapacidades médicas temporales que se causen bajo nuevos ciclos de pago, cuyo conteo habrá de tener en cuenta la existencia de eventuales prórrogas o interrupciones.

QUINTO.- Dentro del Expediente T-5.924.318, REVOCAR la sentencia del 17 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá y, en su lugar, CONFIRMAR la decisión dictada el 12 de octubre de 2016 por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, en la que se concedió la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de la señora Nancy Judith Arias Páez, por las razones expuestas en este fallo.

SEXTO.- ORDENAR a la Entidad Promotora de Salud Famisanar EPS S.A., por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice el pago de los subsidios por concepto de incapacidades médicas emitidas en favor de la señora Nancy Judith Arias Páez, desde el día 541 y hasta que cese dicha emisión por haberse comprobado su rehabilitación satisfactoria o se le reconozca la pensión de invalidez como consecuencia de una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%.

SÉPTIMO.- INSTAR a la Nueva EPS, a Famisanar EPS, a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. para que acojan la interpretación acerca de la vigencia y aplicabilidad del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 que han establecido las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional y que se encuentra suficientemente desarrollada en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí indicados.

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

cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (E)

1 Pese a que la gestora del recurso de amparo constitucional no se sirvió anexar a la demanda copia simple de la Cédula de Ciudadanía, tanto su fecha de nacimiento como su edad actual aparecen registradas en los certificados de incapacidad, informes quirúrgicos, dictámenes para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez e historia clínica que sirven de soporte a las pretensiones. Consultar folios 10 a 12, 14 a 22, 24 a 32, 34 a 39, 42 y 43, 45, 47 a 57, 59 a 105 y 107 a 132 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

2 Según la Historia Laboral aportada en sede de revisión por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, la señora Anilza Inés Quintero Escobar se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 3 de febrero de 1989 y en la actualidad acredita un total de 1,328,71 semanas efectivamente cotizadas. Consultar folio 44 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

3 Consultar copia simple del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones por parte de la tutelante en folios 44 a 47 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

4 Además de la reseñada patología, la señora Anilza Inés Quintero Escobar fue diagnosticada con “linfedema en el miembro superior derecho”, “disminución de la fuerza en el miembro superior izquierdo”, “hipertensión” y “síndrome de túnel del carpo severo en ambas manos”. Consultar folios 114 a 132 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

5 La prescripción médica específica y la realización de las apuntadas cirugías son descritas con mayor detalle en la Historia Clínica y en los Informes Quirúrgicos allegados por la actora en folios 14 y 15, 18 a 20, 24 a 27, 30 a 32, 36 a 39, 42 y 43, 47 a 50, 53 a 57, 61 a 64, 68, 71 a 74, 77 a 79, 82 a 84, 87 a 90 y 93 a 108 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

6 Ello, presumiendo que la Nueva EPS canceló las incapacidades temporales surtidas desde el día 3 hasta el 180, acorde con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2493 de 2013, pues la actora centra sus reparos particularmente en la falta de pago efectivo de las incapacidades proferidas a partir del día 181 por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, entidad que, por medio de Resolución 440 del 15 de mayo de 2014, se sirvió reconocerla como beneficiaria del subsidio de incapacidad por un periodo de 150 días y un monto de \$616.000 mensuales. Consultar folio 2 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

7 La Empresa Promotora de Salud Nueva EPS, en memorial del 25 de julio de 2013, le solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- que procediera a valorar la pérdida de capacidad laboral de la señora Anilza Inés Quintero Escobar y la posibilidad de que tuviera derecho a la pensión de invalidez en los términos de los artículos 142 del Decreto 019 de 2012 y 29 del Decreto 1352 de 2013, debido a que “Asalud Ltda., en calidad de proveedor de medicina laboral de Colpensiones, había expedido concepto de rehabilitación no favorable”. Consultar folios 35, 41 y 78 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

8 Consultar copia simple del dictamen expedido conforme a lo previsto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y en relación con el cual se fija en una primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral de la señora Anilza Inés Quintero Escobar en folios 122 a 124 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

9 Consultar copias simples de los referidos dictámenes sobre la determinación de la pérdida de la capacidad laboral de la señora Anilza Inés Quintero Escobar en folios 114 a 117 y 128 a 132 del Cuaderno No. 1 del Expediente. En ellos, valga resaltar, se dejó en claro que el origen

y la fecha de estructuración no serían modificados al no haber sido aspectos recurridos por ninguna de las partes.

10 En cumplimiento del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, la Nueva EPS remitió a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- un nuevo concepto de rehabilitación y pronóstico desfavorable de la actora con fecha 21 de septiembre de 2016, en el que se revelaron secuelas definitivas del “linfedema miembro superior derecho, dolor mano derecha, parestesia mano derecha y disminución de la fuerza muscular”. Lo anterior, llevó a que se calificara otra vez su grado de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en un porcentaje equivalente al 36.92%, a través de dictamen pericial del 10 de octubre de 2016 en el que se fijó como fecha de estructuración el 28 de julio de esa anualidad. Consultar folios 100 y 106 a 108 del Cuaderno No. 2 del Expediente. Adicionalmente, a fin de demostrar que su estado de incapacidad es actual, la actora se sirve anexar copias simples de dos certificados de incapacidad de los meses de febrero y agosto de 2016 por el término de 51 días. Consultar folios 95 a 101 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

11 Según relata la señora Anilza Inés Quintero Escobar en el libelo demandatorio, las incapacidades temporales empezaron a reconocérsele formalmente desde principios del año 2013 y a la fecha de interposición de la acción de tutela aún se siguen expidiendo por haberse disminuido definitivamente su capacidad laboral pero en un porcentaje menor al 50%, es decir, ostentar una incapacidad permanente parcial. Consultar folio 2 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

12 Consultar las respuestas que la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- brindó a las solicitudes de información “sobre el pago de subsidio económico por incapacidad” presentadas por la actora en folios 75 a 88 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

13 A manera de fundamento central para promover la acción de tutela, la actora adujo ostentar la condición de sujeto de especial protección constitucional por presentar una considerable disminución física y encontrarse en estado de debilidad manifiesta a quien, por lo demás, debe prodigársele apoyo estatal para asegurar el goce pleno de sus derechos fundamentales, coadyuvar en su realización personal y reforzar su integración a la sociedad. Consultar folios 3 a 7 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

14 La reclamación principal efectuada por la actora ha sido delimitada por el juez

constitucional con motivo del supuesto fáctico recién expuesto y para efectos de salvaguardar efectivamente los derechos fundamentales quebrantados. Esta facultad, que se desprende del propio carácter informal que distingue a la acción de tutela, obliga a que sean atendidas las diversas cuestiones sustanciales que surjan de la solicitud y a subsanar durante el proceso los aspectos formales de la petición. Consultar, entre otras, las Sentencias T-501 de 1992, T-464A de 2006, T-137 de 2008, C-483 de 2008 y T-317 de 2009.

15 Consultar la totalidad de pretensiones invocadas en folio 1 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

16 Consultar folios 134 a 140 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

17 Consultar folios 146 a 149 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

18 “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 (...)”.

19 Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

20 Artículos 1º y 2º de la Ley 712 de 2001 “Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo”.

21 “ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así: Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. 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. Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad. Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite 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 reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento

cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

22 “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, 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 esa incapacidades (...).”.

23 Consultar folios 141 a 144 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

24 En relación con la pretensión de que se mantuviera afiliada a la Nueva EPS y a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, el Juzgado indicó que la accionante podía seguir cotizando en calidad de independiente y, en todo caso, de no contar con los recursos económicos suficientes para seguirlo haciendo, bien podía afiliarse al régimen subsidiado en salud con el objetivo de tener garantía de atención médica básica. Finalmente, sobre la realización de una nueva calificación de la pérdida de la capacidad laboral, estimó que resultaría impertinente impartir una orden de ese tipo, dado que tal requerimiento puede hacerse directamente por la señora Anilza Inés Quintero Escobar, “sin que repose elemento en la demanda que persuada al despacho a considerar que ello ya se pidió sin que fuese atendido, motivo por el que habrá de rechazarse el pedimento”. Consultar folios 150 a 155 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

25 Según se ilustra en la Historia Clínica de la señora Nancy Judith Arias Páez, se trata de una “malformación vascular de la pierna izquierda” que fue tratada en el mes de julio de 2016

con un procedimiento quirúrgico de embolización, sin que se haya evidenciado mejoría alguna. Consultar folios 14 a 20 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

26 La actora se sirve anexar a la demanda de tutela copias simples de varios certificados de incapacidad expedidos por Famisanar EPS cuyo estado aparece negado y que corresponden a 47 días de los meses de agosto y septiembre de 2016. Consultar folios 10 a 13 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

27 Por virtud del cual se modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

28 Consultar derecho de petición elevado por la accionante y la respectiva respuesta de Famisanar EPS en folios 8 y 9 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

29 Consultar copia simple de la Cédula de Ciudadanía de la señora Nancy Judith Arias Páez en folio 7 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

30 Consultar folio 65 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

31 Consultar folios 84 a 96 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

32 Consultar folios 79 a 83 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

33 Consultar folios 23 a 25 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

34 “Artículo 57. Insistencia. Además de los treinta (30) días de que dispone la Sala de Selección y en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, cualquier Magistrado titular o directamente el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrá insistir en la selección de una o más tutelas para su revisión, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de notificación por estado del auto de la Sala de Selección (...)”.

35 “Por medio de la cual se precisan y complementan los Lineamientos Generales para el Litigio Defensorial en aplicación de los Mecanismos de Protección de los Derechos Constitucionales y se dictan otras disposiciones”.

36 Consultar folios 2 a 19 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

37 Se citan apartes de las Sentencias T-920 de 2009, T-138 de 2014 y T-144 de 2016 de la Corte Constitucional.

39 Radicado BZ_2017_3288772 del 6 de abril de 2017. Consultar folios 35 a 43 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

40 Entre los documentos que la entidad demandada aportó para esclarecer la problemática jurídica expuesta en la acción de tutela, se destacan: i) Copia simple del reporte de semanas cotizadas por la señora Anilza Inés Quintero Escobar; ii) Copia simple de la Resolución No. VPB 440 del 15 de mayo de 2014; iii) Copia simple de respuesta a derecho de petición presentado por la actora (BZ 2015_9115631) en el que se relacionan las incapacidades temporales avaladas y no avaladas desde el 4 de noviembre de 2013 hasta el 10 de junio de 2015. Consultar folios 44 a 88 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

41 Consultar folio 144 del Cuaderno No. 1 del Expediente. Dicho auto fue notificado por medio de estado número 285 del 17 de mayo de 2017.

42 Consultar folios 17 y 18 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

43 Consultar folios 23 a 25 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

44 Consultar folios 30 a 32 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

45 “ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

46 “Artículo 14. Contenido de la solicitud. Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante. No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin

ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno”.

47 Según lo ha definido la Corte Constitucional, “la reiteración de jurisprudencia es un método de adjudicación apropiado para resolver problemas jurídicos de frecuente aparición en determinados escenarios constitucionales. La técnica citada consiste en recordar y aplicar las subreglas definidas por la jurisprudencia en supuestos fácticos análogos a los que presenta el caso de estudio. El método comporta celeridad a la administración de justicia y cumple otros fines constitucionalmente valiosos, como se explica a continuación: En primer término, la reiteración de jurisprudencia contribuye a la unificación de la interpretación consolidando las subreglas jurisprudenciales en el tiempo, aspecto imprescindible para una aplicación adecuada de los derechos fundamentales, contenidos en cláusulas de notoria apertura semántica; en segundo lugar, propende por la consolidación de una cultura de respeto al precedente lo que, a su vez, dota de eficacia al principio de igualdad, pues permite que se corrijan aquellos fallos en que los jueces, bajo escenarios fácticos similares, llegan a consecuencias diversas por la inaplicación de subreglas decantadas por vía jurisprudencial; finalmente, beneficia la confianza ciudadana en la administración de justicia, dado que los jueces adoptarán sus decisiones bajo reglas claras y derroteros señalados por los órganos de cierre del sistema jurídico”. Sentencia T-589 de 2011. Sobre el tema de reiteración de jurisprudencia también pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-505 de 2008 y T-662 de 2013.

48 En relación con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-287 de 1995, T-384 de 1998, T-554 de 1998, SU-086 de 1999, T-716 de 1999, T-156 de 2000, T-418 de 2000, T-815 de 2000, SU-1052 de 2000, T-482 de 2001, T-1062 de 2001, T-1062 de 2001, T-135 de 2002, T-500 de 2002, T-179 de 2003, T-723 de 2010, T-063 de 2013, T-230 de 2013 y T-491 de 2013.

49 Consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009, T-212 de 2009, T-136 de 2010, T-778 de 2010, T-114 de 2014, T-563 de 2014, T-708 de 2014, T-822 de 2014, T-190 de 2015, T-441 de 2015, T-080 de 2016, T-399 de 2016 y T-691 de 2016.

50 La Carta Política le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades -C.P. art. 2º-, por lo que debe entenderse que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley, han sido estatuidos como instrumentos de carácter preferente a los que deben acudir las personas en búsqueda de la efectiva garantía de protección de sus derechos. De ahí que se justifique el carácter subsidiario de la acción de tutela. Sobre la temática, consultar, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993, SU-544 de 2001, T-983 de 2001, T-514 de 2003, T-1017 de 2006, SU-037 de 2009 y T-715 de 2009.

51 Esta aproximación encuentra pleno respaldo en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, el cual, al referirse a las causales de improcedencia de la acción de tutela, puntualiza claramente que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada en concreto, atendiendo al grado de eficiencia y efectividad material -y no meramente formal- del mecanismo judicial para encarar las específicas circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente conculcado. Esta disposición normativa fue declarada exequible por medio de la Sentencia C-018 de 1993.

52 Consultar, entre otras, las Sentencias T-273 de 1997, T-616 de 1998, SU-667 de 1998, T-660 de 1999, T-514 de 2000, T-940 de 2001, T-567 de 2004, T-789 de 2005, T-549 de 2006, T-772 de 2007, T-1242 de 2008, T-920 de 2009, T-212 de 2010, T-684 de 2010, T-585 de 2011, T-727 de 2011, T-333 de 2013, T-723 de 2014, T-156 de 2015, T-245 de 2015, T-372 de 2015, T-490 de 2015, T-140 de 2016, T-144 de 2016, T-200 de 2017, T-401 de 2017 y T-403 de 2017.

53 Modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

54 Artículo 41 de la citada disposición normativa.

55 Literal adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se

reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

56 Por ejemplo, en la Sentencia T-333 de 2013, la Sala Novena de Revisión de este Tribunal expuso que “(...) La existencia de unos mecanismos judiciales específicamente diseñados para resolver las controversias relativas al pago de las acreencias laborales y a la cobertura de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI) impide, en principio, que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del juez de tutela. (...) La posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable. La necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que, en últimas, hace procedente la acción de tutela (...)”.

57 Consultar, entre otras, la Sentencia T-083 de 2004.

58 Consultar, entre otras, las Sentencias T-311 de 1996, T-404 de 2010, T-271 de 2012 y T-333 de 2013.

59 Consultar, entre otras, las Sentencias T-1206 de 2005, T-614 de 2007, T-093 de 2011, T-144 de 2016 y T-200 de 2017.

60 Consultar, entre otras, las Sentencias T-789 de 2003, T-456 de 2004, T-515A de 2006, T-059 de 2011 y T-799 de 2013.

61 En múltiples ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia del pago de incapacidades laborales, “en tanto (i) sustituyen el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar; (ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues gracias a su pago éste se recupera satisfactoriamente, sin tener que

preocuparse por reincorporarse anticipadamente a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia y (iii) además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta”. Sentencia T-984 de 2012.

62 Consultar, entre otras, las Sentencias T-299 de 2009, T-182 de 2011, T-410 de 2013, T-431 de 2013, T-788 de 2013, T-207 de 2015, T-246 de 2015, T-144 de 2016, SU-391 de 2016, T-380 de 2017 y T-401 de 2017.

63 Sentencia T-333 de 2013.

65 Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

66 El Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

67 Modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

68 Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando ello no ocurra, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

69 Por citar un ejemplo, en la Sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional arribó a la conclusión conforme a la cual “Más allá del día 541 de incapacidad, (...) no existe disposición legal que obligue a alguna de las entidades de seguridad social a reconocer prestaciones económicas derivadas de este evento. De tal manera, que los únicos derechos reconocidos al trabajador legalmente -una vez culminado dicho período prolongado de incapacidad- consisten en la obligación que tiene el empleador, una vez superado el estado de incapacidad, de reintegrar al trabajador a su puesto habitual de trabajo o a uno similar según

sus aptitudes y capacidades; así mismo, le asiste el derecho a que el empleador siga realizando en su favor los aportes a la seguridad social; por último, le asiste la protección especial a que su relación laboral no sea terminada sin que medie el procedimiento adecuado y previo concepto del Ministerio de la Protección social”.

70 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Las Sentencias T-684 de 2010, T-876 de 2013 y T-004 de 2014 también aludieron en su parte considerativa a la existencia de un déficit de protección legal en el ámbito de casos en los que se presentaron incapacidades médicas superiores a 540 días ininterrumpidos.

71 Sentencia T-468 de 2010.

72 Por medio de la Sentencia C-453 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte Constitucional declaró exequibles, por los cargos allí analizados, los artículos 65, 66, 67 y 68 de la Ley 1753 de 2015. En efecto, el pleno de la Corporación arribó a la conclusión de conformidad con la cual no cabía que se alegase la existencia de un vicio formal por haberse tramitado el contenido de los referidos artículos en comisiones permanentes, toda vez que la temática en ellos comprendida hace parte del marco de competencias atribuidas a las Comisiones de Asuntos Económicos, sin que se observen motivos que den lugar a calificar de irrazonable dicha asignación competencial o que comporten el quebrantamiento del principio de especialidad que rige la actividad legislativa. Tampoco devenía fundada la acusación sobre el supuesto quebrantamiento del principio de unidad de materia, pues todos y cada uno de los preceptos censurados presentan conexidad teleológica con la estrategia de la movilidad social y se acompasan con las bases del Plan Nacional de Desarrollo.

73 A partir del 1º de agosto próximo, la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General Seguridad Social en Salud -ADRES- iniciará operaciones con el objeto de administrar los recursos a que hace referencia el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y los demás ingresos que determine la ley, así como adoptar y desarrollar los procesos y acciones para el adecuado uso, flujo y control de los recursos del sistema, en total correspondencia con las políticas y regulaciones que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social. Consultar los Decretos 1429 del 1º de septiembre de 2016 y 546 del 30 de marzo de 2017.

74 “ARTÍCULO 267. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias (...)”. La Ley 1753 de

2015 fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

75 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

76 M.P. José Antonio Cepeda Amarís (e).

77 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

78 Artículo 1. Modificar el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así: “Párrafo 1º. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente (...)”.

79 Artículo 142. Calificación del Estado de Invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así: “Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. 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. (...) Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite 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 reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador (...).”.

80 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 (...).”.

81 Consultar, entre otras, las Sentencias T-137 de 2012, T-333 de 2013 y T-138 de 2014.

82 Este procedimiento se encuentra regulado en la Ley 1122 de 2007, modificada por la ley 1438 de 2011.

83 En la Sentencia T-862 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos, se dijo lo siguiente: “En este punto, es acertado recordar lo dicho por la Corte al revisar la constitucionalidad de dicho mecanismo, allí se dijo que cuando la Superintendencia Nacional de Salud, conozca de los asuntos relacionados “con la cobertura, actividades e intervenciones del plan Obligatorio de Salud, y falle en derecho, en modo alguno se estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente”. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder como “mecanismo transitorio”, en caso de inminencia consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente.”, también señaló que no basta con garantizar la existencia de un mecanismo judicial idóneo para proteger la defensa de los derechos fundamentales afectados, pues en cada caso concreto se hace imperioso evaluar la eficacia del mismo frente a los hechos que se presentan” (Subrayas fuera de texto original).

84 Acerca de su configuración como mecanismo de protección, consultar, entre otras, las Sentencias T-728 de 2014, T-121 de 2015, T-403 de 2017.

85 Sobre el criterio de la inmediatez pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-425 de 2009, T-342 de 2012, T-599 de 2012, T-194 de 2014, T-210 de 2014, T-344 de 2014 y T-040 de 2015.

86 Consultar folios 75 a 88 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

87 Sobre la indefensión, consultar, entre otras, las Sentencias T-771 de 2003, T-655 de 2008 y T-337 de 2012. Adicionalmente, es del caso precisar que existen algunas circunstancias en las que la indefensión no alude a la insuficiencia de mecanismos jurídicos de defensa. Se trata de eventos en los cuales las circunstancias de hecho demuestran la existencia de una relación intersubjetiva, de tal jerarquía, que es necesario dotar a la parte sometida de un mecanismo eficaz de defensa de sus derechos, so pena de que sucumban ante el poder de la parte dominante. En este sentido, consultar las Sentencias T-338 de 1993 y T-125 de 1994.

88 Sobre el estado de vulnerabilidad, consultar, entre otras, las Sentencias T-702 de 2008, T-1151 de 2008 y T-331 de 2014.

89 Sobre el estado de debilidad manifiesta, consultar, entre otras, las Sentencias T-577 de 2010, T-947 de 2010, T-337 de 2012, T-348 de 2012, T-354 de 2012, T-597 de 2013 y T-077 de 2014.

90 En el caso de enfermedad laboral o accidentes de trabajo, será la ARL quien reconocerá las incapacidades temporales desde el día siguiente al accidente. La norma citada aplica tanto para el sector público como el privado (parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999).

91 Sentencia T-419 de 2015.

92 Artículo sobre vigencia y derogatorias.

93 La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el propio artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. A este respecto, consultar, entre otras, las Sentencias T-144 de

2016, T-200 de 2017 y T-401 de 2017.

94 Con el fin de ilustrar los fundamentos de dicha postura, se transcriben los artículo 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015, en sus apartes pertinentes:

“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)

(...)

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. (...).”

95 Consultar, entre otras, la Sentencia T-401 de 2017.

96 Artículo 6, literal c) de la Ley 1751 de 2015.

97 “Es cierto que las incapacidades laborales del trabajador desde el catorce (14) de agosto de dos mil ocho, se causaron por incapacidades médicas superiores a los ciento ochenta

(180) días, pero la ley sólo faculta al trabajador para solicitar incapacidades hasta por ese número de días (art. 227, C.S.T.). Con todo, la EPS quedará facultada para iniciar el trámite encaminado a definir el origen real y verdadero de la enfermedad que ocasionó esas incapacidades en particular. Si, tras conocer el resultado definitivo sobre el origen de la enfermedad, Saludcoop concluye que ha debido ser otro el responsable por el pago de las referidas incapacidades, estará habilitado para repetir contra él”.