

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Caso en que se negó pago de subsidio de incapacidad a persona que padece enfermedad catastrófica

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Procedencia excepcional de la acción de tutela/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

Teniendo en cuenta que el accionante solicita en el amparo interpuesto que las incapacidades médicas, debidamente acreditadas, que le impidieron desempeñar sus funciones laborales por casi seis meses, le sean desembolsadas cuanto antes, ya que no ha podido trabajar desde el 27 de abril de 2016 hasta la actualidad, es posible que la Sala infiera que su mínimo vital se pudo ver afectado como consecuencia del no pago de las incapacidades adeudadas, toda vez que no existe ninguna evidencia de otras fuentes de ingreso distintas a su trabajo; hecho que no fue desvirtuado por las entidades accionadas. Por lo anterior, la acción de tutela para la reclamación del pago de incapacidades médicas, si bien constituiría en principio una pretensión meramente económica, resulta ser un medio idóneo para proteger el mínimo vital si resulta afectado, ya que hacer caso omiso a las condiciones socioeconómicas y de saludes particulares del accionante, podría desembocar en un detrimento mayor a sus derechos fundamentales. En el caso que es objeto de revisión la acción de tutela acredita el requisito de subsidiariedad, pues si bien existe un proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud al cual el actor podría acudir para que le diriman sus pretensiones, este es ineficaz para la protección del derecho fundamental al mínimo vital del actor, más aún cuando esta Corte ha reconocido anteriormente que “la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social”.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de

jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

DERECHO A LA SALUD-Elementos esenciales para su satisfacción

INCAPACIDADES LABORALES-Importancia constitucional

INCAPACIDADES LABORALES-Normatividad aplicable

INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD COMUN-Empleadores asumirán los dos primeros días, y EPS cubrirán los que se causen desde entonces y hasta el día 180, según Decreto 2943/13

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Definición

INSUFICIENCIA RENAL CRONICA-Referentes normativos que la identifican como una enfermedad catastrófica

PERSONA QUE PADECE ENFERMEDAD CATASTROFICA O RUINOSA-Sujeto de especial protección constitucional

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

Referencia: Expediente T-6.105.892

Acción de tutela interpuesta por Jefferson Ariel López Cabrera contra Cafesalud E.P.S., Temposervicios S.A.S. y Sindy Dayana Real Garzón.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

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

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha

proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El 11 de octubre de 2016 el señor Jefferson Ariel López Cabrera interpuso en la ciudad de Villavicencio (Meta) acción de tutela en contra de Cafesalud EPS, la sociedad anónima simplificada Temposervicios S.A.S. y la señora Sindy Dayana Real Garzón, al considerar que debido a la falta de pago de una serie de incapacidades médicas, que por una patología renal le impidieron trabajar por casi seis (6) meses, se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas, al trabajo (al no respetársele una supuesta condición de estabilidad laboral reforzada), al mínimo vital y por último a la seguridad social. Por lo anteriormente expuesto solicita que el juez de tutela le ordene a su empleador desembolsar de manera inmediata el pago de las incapacidades referidas, así como continuar efectuando los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud para seguir recibiendo su tratamiento nefrítico.

B. HECHOS RELEVANTES

1. El señor Jefferson Ariel López Cabrera tiene 25 años y fue diagnosticado con nefropatía de etiología no clara, enfermedad que se deriva de una insuficiencia renal terminal¹, razón por la cual se practica tres (3) sesiones de hemodiálisis semanales, con una duración de 240 minutos cada una². El anterior tratamiento es practicado en las instalaciones de la compañía DaVita, en la ciudad de Villavicencio (Meta).

1. El señor López Cabrera afirma que el 11 de septiembre de 2015 empezó a laborar mediante un contrato laboral, de carácter verbal, en el establecimiento de comercio

Districarnes El Alcarvan JR, propiedad de la señora Sindy Dayana Real Garzón, ubicado en el municipio de Guamal (Meta). Su empleadora lo afilió al Sistema General de Seguridad Social a través de la empresa Temposervicios S.A.S domiciliada en la ciudad de Villavicencio (Meta), que empezó a pagar los respectivos aportes a partir del mes de mayo de 2016. Así mismo, se encuentra afiliado a la Entidad Prestadora de Salud Cafesalud EPS desde el 01 de diciembre de 2015.

1. El día 24 de abril de 2016 fue diagnosticado con insuficiencia renal terminal, hipertensión esencial y síndrome nefrítico agudo, por lo que se le recomendó continuar con el tratamiento de diálisis que venía recibiendo. En virtud de esta patología, el médico tratante le otorgó una incapacidad a partir del día 27 de abril de la misma anualidad, que continuó de manera ininterrumpida hasta el día 17 de octubre de 2016, es decir, por casi 6 meses⁴.

1. A pesar de ello, ni su empleadora directa, ni Temposervicios S.A.S., le han desembolsado el auxilio por incapacidad médica al que tiene derecho por este tiempo en que por expresa orden del terapeuta especializado no ha podido laborar ni percibir ingreso alguno, alegándole en el primero de los casos que esta no es una responsabilidad que tenga que ver con Districarnes el Alcarvan JR, y en el segundo que no hay recursos⁵.

1. Por lo anterior, acudió a interponer la acción de tutela que en esta oportunidad revisa la Sala, donde solicita expresamente el pago de esta indemnización/auxilio por incapacidad a la que considera tener derecho, por todo el tiempo en que estuvo inhabilitado físicamente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES Y PARTES ACCIONADAS

7. A pesar de que el Juez Cuarto Civil Municipal de Villavicencio (Meta), con posterioridad a la admisión de la acción de tutela presentada por el señor Jefferson López Cabrera, notificó del amparo a: Cafesalud E.P.S., Sindy Dayana Real Garzón y Temposervicios S.A.S., mediante oficios No. 2033, 2035 y 2034 del 12 de octubre de 2016 respectivamente. Todos guardaron

silencio y no se pronunciaron frente a las acusaciones del escrito ni dieron contestación alguna a este.

D. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Única instancia: Sentencia del 24 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Villavicencio (Meta)

8. El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Villavicencio (Meta) concluyó que la acción de tutela interpuesta por el señor López Cabrera era improcedente al encontrar que no se encontraba acreditado ningún perjuicio irremediable, por lo que no era el amparo constitucional el mecanismo idóneo para reclamar acreencias de carácter laboral o prestaciones económicas (como serían las incapacidades medicas solicitadas por el actor), ni referir quién está obligado a su reconocimiento o pago, pretensiones todas que deben ser dirimidas por el juez ordinario laboral. Agregó, que el accionante no es un sujeto de especial protección constitucional, por lo que al tampoco verificarse que haya algún tipo de afectación al mínimo vital o algún tipo de riesgo de configuración perjuicio de carácter irremediable, la acción interpuesta no estaba llamada a prosperar, ni siquiera de manera transitoria. Finalmente, hizo alusión a la sentencia T-175 de 2011 para reforzar con un argumento jurisprudencial la decisión a la que en dicha oportunidad se arribó.

9. La anterior decisión no fue objeto de impugnación por parte del accionante, a quién el fallo le fue notificado vía telefónica el 26 de octubre de 2016 a las 14:32 PM6, ni tampoco por parte de los accionados en el amparo constitucional, razón por la cual, no existe segunda instancia en el asunto que revisa la Sala en esta oportunidad.

E. ACTUACIONES ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

10. Mediante Auto de fecha veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017), el Magistrado sustanciador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, decretó pruebas en sede de revisión, con el fin de allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes para éste. En consecuencia, en dicha resolución se resolvió lo siguiente:

“(…) PRIMERO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corte al señor Jefferson Ariel López Cabrera, accionante en el litigio que ocupa a este tribunal, para que dentro del término de setenta y dos (72) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

i. ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, cuál es la fuente de sus recursos económicos que le permiten su subsistencia actual y de qué manera sufragan los gastos familiares?

ii. ¿Es propietario de bienes inmuebles o muebles o, tiene alguna participación en sociedades? En caso positivo ¿cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?

iii. Explique generosamente cómo empezó su relación laboral con la señora Sindy Dayana Real Garzón. Para ello, se requiere que informe a la Corte cuando empezó a trabajar para ella, cuál era el monto acordado como salario y si este era pagado por jornales, quincenal o mensualmente, qué horario cumplía (especificando horas y días de la semana), cuáles eran sus funciones, que detalle quién era su superior jerárquico, o su jefe, y de qué manera impartía las ordenes, o si por el contrario ejercía sus labores autónomamente.

iv. Clarifique si usted trabajó para Disticarnes El Alcarvan JR o para Temposervicios FA S.A.S.

v. ¿Continúa actualmente trabajando para la señora Sindy Dayana Real Garzón?

vi. ¿Es actualmente beneficiario o cotizante del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud?, y ¿En qué momento se enteró de que no había sido afiliado por su empleadora al Sistema General de Seguridad Social en Salud?

vii. Detalle su situación económica actual, y en caso de ser cotizante activo del sistema contributivo de salud, indique el porqué.

SEGUNDO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corte a la señora Sindy Dayana Real Garzón, dueña de la empresa Disticarnes El Alcarvan JR., para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe

al despacho:

(i) Sobre la relación laboral que sostuvo como empleadora del señor Jefferson Ariel López Cabrera: Su fecha de inicio, y en caso de ser así, de terminación, indicando el motivo para terminar el contrato de trabajo. El monto de la remuneración pactada con el accionante, así como las funciones que éste debía desempeñar en la empresa, el horario que debía cumplir, e igualmente indicar quién le impartía las órdenes en el ejercicio de sus funciones.

(ii) Cuándo afilió al señor López Cabrera al Sistema General de Seguridad Social, específicamente en Salud. En este orden de ideas, si efectivamente esto ocurrió en mayo de 2016 como se afirma en el escrito de tutela⁷, que explique por qué no se hizo desde el inicio de la relación laboral, que según indica el accionante fue el 11 de septiembre de 2015.

(iii) Dado que el señor López Cabrera fue diagnosticado de su patología renal el día 24 de abril de 2016, indique si la presunta vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, presuntamente en mayo de 2016, obedeció a la valoración médica referida.

(iv) Sus consideraciones acerca de las manifestaciones y hechos planteados en el escrito de tutela, toda vez que omitió esta actuación en el trámite de instancia.

TERCERO.-OFICIAR por Secretaría General de esta Corte al señor Gabriel Alexander García Bernal, representante legal de la empresa Temposervicios F.A. S.A., o quien haga sus veces, para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho si ha tenido o no una relación laboral, o al menos contractual, con el señor Jefferson Ariel López Cabrera, aclarando si se encuentra terciarizando empleos en beneficio de la empresa Disticarnes El Alcarvan JR e igualmente, en caso de ser la respuesta afirmativa que detalle con suficiencia todas las condiciones del contrato que tiene con el referido sujeto”.

11. La Secretaría General de la Corte Constitucional, remitió al Magistrado sustanciador una constancia, fechada el día 12 de junio de 2017, donde se informaba que, el auto al que se hizo alusión fue notificado a las partes mediante oficios de pruebas OPTB-1717/17 al OPTB 1719/17 del 26 de mayo de 2017, pero que vencido el término probatorio no se recibió comunicación alguna, por lo que resultaba imposible poner a disposición de las partes, o los terceros interesados, las pruebas recibidas para que se pronunciaran frente a ellas, en los

términos del Acuerdo 02 de 2015, dado que el material probatorio era inexistente.

12. En virtud de lo anterior, estimando que la recepción de la información solicitada resultaba trascendental para contar con documentación suficiente y completa para adoptar una decisión de fondo en el asunto objeto de revisión, el Magistrado sustanciador dispuso efectuar nuevamente el envío del cuestionario anteriormente transcrito, para completar el material probatorio necesario para esclarecer la situación fáctica del accionante. Por ende, mediante Auto del 13 de junio de 2017 se ordenó la nueva remisión de la solicitud del material probatorio requerido, no sin antes advertir que el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 dispone entre otras cosas que la omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad, e igualmente que el artículo 78 del Código General del Proceso dispone que serán deberes de las partes en el proceso acatar las órdenes impartidas por el Juez en audiencias o diligencias, así como prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas.

13. La Secretaría General de la Corte Constitucional, informó y remitió al Magistrado sustanciador los oficios recibidos, en respuesta a las pruebas solicitadas mediante el oficio OPTB-1927/17 del 13 de junio de 2017 (Auto de fecha trece (13) de junio de 2017), así:

Escrito, firmado por Gabriel Alexander García Bernal, representante legal de la sociedad Temposervicios S.A.S., de fecha 22 de junio de 2017

14. En primer lugar, afirmó que la empresa no tuvo oportunidad de controvertir la acción de tutela interpuesta por el señor López Cabrera, razón por la cual desconoce el proceso en el cual fue adoptado el fallo en sede de instancia, así como el trámite que se siguió para proferirlo. En segundo lugar, aduce que su representado “no tiene ni ha tenido ningún vínculo laboral” con el accionante, sino que lo que llevó a cabo fue “la vinculación de buena fe al sistema de salud, pensión y riesgos profesionales”. En tercer lugar, agrega que “el 21 de febrero del año en curso, seguros de vida Alfa determinó que la pérdida de capacidad laboral del señor Jefferson Ariel López era del 73.30%”, por lo que “esta pensión (de invalidez) es reconocida por el Sistema General de Pensiones, ya que es de origen común”, y así concluye que lo que le corresponde al actor es solicitar la pensión por invalidez ante el fondo de pensiones y cesantías. Finalmente, expresa que la EPS Cafesalud le envió a Temposervicios S.A.S. una comunicación en la que le informaba que “corre traslado al fondo de pensión, la

cual sigue el proceso correspondiente directamente en esa entidad”.

15. En contraste con lo anterior, ni el accionante, Jefferson López Cabrera, ni la empleadora de este, accionada mediante la acción de tutela objeto de revisión, Sindy Dayana Real Garzón, dieron respuesta oportuna dentro del término establecido a ninguno de los Oficios enviados por el Magistrado sustanciador⁸. En el mismo sentido, se insistió en poder establecer una conversación telefónica con ambos al teléfono: i) presentado en el escrito de tutela como número para efectos de notificaciones, y mismo número al que fue comunicado el fallo de única instancia) y ii) al que consta en el Registro Mercantil de Districarnes el Alcarvan expedido por la Cámara de Comercio de Villavicencio. Sin embargo en todas las oportunidades la intención tuvo resultados infructuosos. Por esta razón, la información solicitada a ambas partes, mediante el cuestionario antes transcrito, nunca pudo ser recepcionada ni esclarecida.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

16. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 27 de abril de 2017, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de esta Corte, compuesta por los Magistrados Alberto Rojas Ríos y Hernán Correa Cardozo (e), que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el presente asunto.

17. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia⁹, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo,

ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario¹⁰.

Procedencia de la acción de tutela interpuesta por el señor Jefferson Ariel López Cabrera

18. Legitimación por activa: El señor Jefferson Ariel López Cabrera, actúa en nombre propio como titular de los derechos invocados como presuntamente vulnerados, al ser el quien estuvo médicamente incapacitado para laborar durante el periodo comprendido entre el 27/04/2016 y el 17/10/2016, y por ser igualmente el titular de las indemnizaciones económicas correspondientes a esas fechas dejadas de trabajar que alega no le han sido pagadas, razón por la cual, se encuentra legitimado para promover la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º), al reclamar unas prestaciones económicas que por decisión de la EPS a la que se encuentra afiliado y de sus empleadores, indica le afectan su mínimo vital.

19. Legitimación por pasiva: El numeral 4º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de los particulares, en los casos en que el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con la organización. En este caso, como consecuencia del contrato verbal de trabajo celebrado entre el señor Jefferson López Cabrera y la señora Sindy Dayana Real Garzón, propietaria del negocio Disticarnes El Alcarvan, surge el derecho para el trabajador de buscar la protección los derechos fundamentales que considera vulnerados mediante este amparo constitucional; lo propio debe decirse frente a Temposervicios S.A.S. ya que al ser una compañía que terciariza, al menos en parte, la relación laboral indicada, al encargarse de la afiliación plena del accionante al Sistema General de Seguridad Social, debe predicarse la acreditación del requisito en virtud del mismo numeral 4º señalado. Adicionalmente, el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de un particular, cuando aquel contra quien se hubiere interpuesto esté encargado de la prestación del servicio público de salud, como es el caso de Cafesalud EPS, entidad accionada dentro del presente trámite de tutela. En conclusión, se encuentra acreditado el

requisito de legitimación por pasiva en los tres extremos de la relación jurídico procesal objeto de revisión.

20. Inmediatez: Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales¹¹. En el caso concreto, la Sala observa que los hechos que el accionante considera vulneran sus derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, ocurrieron de manera continua por casi seis meses, desde el 27 de abril de 2016 hasta el 17 de octubre del mismo año, es decir, el periodo que se encontró médicamente incapacitado para laborar, incapacidades que según aduce no le han sido pagadas, mientras que la acción de tutela fue interpuesta el 11 de octubre de la misma anualidad; término que, la Sala considera prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos vulnerados, toda vez que la acción fue interpuesta cuando la supuesta vulneración estaba todavía en curso.

21. Subsidiariedad: El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. En virtud de su naturaleza subsidiaria, la jurisprudencia ha descartado “la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos”¹² y ha reconocido que tal calidad “obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección”¹³. En cualquier caso, deberá verificarse si los mecanismos judiciales ordinarios resultan eficaces e idóneos para la protección del derecho, pues en caso de que no sea así, la acción de tutela será procedente.

Al respecto, la sentencia T-222 de 2014 manifestó: “este requisito de subsidiariedad implica, en otros términos, que el amparo constitucional procede siempre y cuando, en principio, no exista en el ordenamiento jurídico otro mecanismo judicial para defender el derecho que se discute. La idea es que la tutela no se convierta en un sustituto ni en una vía paralela a otras instancias. Precisamente, todos los procesos judiciales deberían, como en efecto tiene que suceder, ser los principales guardianes y defensores de los derechos fundamentales de las

personas. Los primeros llamados a protegerlos son los jueces ordinarios (Artículo 4 CN)".

Acto seguido, la sentencia T-222 de 2014 al realizar el examen de subsidiariedad afirmó que dicho análisis no finaliza con corroborar la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sino que además, implica verificar que dicho medio de defensa sea eficaz e idóneo, puesto que en caso de no serlo, la acción de tutela será el mecanismo indicado para proteger los derechos fundamentales y en consecuencia evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La eficacia consiste en que el mecanismo judicial esté "diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho"¹⁴. Es decir, que una vez resuelto por la autoridad judicial competente, tenga la virtualidad de garantizarle al solicitante oportunamente el derecho. A su vez, se entiende que una acción judicial carece de idoneidad, cuando "no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido"¹⁵.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual se puede dar "cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible."¹⁶ Para la configuración de un riesgo de perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez de tutela es necesario que concurren los siguientes elementos del mismo: "(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad"¹⁷.

22. No debe olvidarse que la tutela tiene un carácter informal que no debe ser desnaturalizado, por lo que no es dable al juez constitucional establecer trámites o estándares argumentativos para la interposición de este tipo de amparos, ya que si bien el demandante debe, en cierta medida, aportar información suficiente para que se pueda establecer que esta es procedente, la justificación cualificada frente a este último asunto es una labor que le corresponde desarrollar al operador jurídico. Así, no puede este último entrar a establecer presunciones de idoneidad o eficacia general de los mecanismos

judiciales ordinarios, ni tampoco a imponer parámetros argumentativos para la presentación de la tutela, toda vez que ambos escenarios constituirían una limitación al acceso a la administración de justicia, y a las facultades de los jueces de tutela de fallar ultra y extra petita. Lo anterior, teniendo en cuenta que pretender trasladar al demandante toda la carga de demostrar la vulneración de sus derechos fundamentales desvirtuaría por completo el rol activo que el Constituyente quiso que el juez constitucional adoptara. En consonancia con esto último, la Corte Constitucional ha señalado que:

“Los hechos relatados por el demandante pueden ser incompletos, parcialmente falsos o tergiversados, y el fallador tiene la obligación de verificarlos, mediante la práctica de las pruebas enderezadas a establecerlos con suficiente certeza, dentro del carácter sumario y especial del procedimiento de tutela. En cuanto a los derechos invocados, la informalidad de la tutela y la necesidad de pronta resolución son características, suficientemente escudriñadas por la doctrina constitucional, que impiden exigir al solicitante un mínimo de conocimientos jurídicos, menos todavía si se pretende que haga encajar sus circunstancias, con absoluta precisión, en el articulado de la Carta Política. Por ello, si el juez encuentra afectados derechos no invocados por el petente, no sólo puede sino que debe referirse a ellos en su sentencia y decidir lo pertinente, impartiendo las órdenes necesarias para su cabal y plena defensa. De tal empeño depende la eficacia de la acción y el consiguiente imperio de los mandatos constitucionales. El juez, especialmente en materia de tutela, tiene a su cargo un papel activo, independiente, que implica la búsqueda de la verdad y de la razón, y que riñe con la estática e indolente posición de quien se limita a encontrar cualquier defecto en la forma de la demanda para negar el amparo que de él se impetra. No se olvide que los jueces son agentes del Estado Social de Derecho y que, como tales, están obligados a actuar según sus postulados. La demanda de tutela es, entonces, apenas el aviso, la alerta dada al juez acerca de que los derechos fundamentales de alguien están siendo desconocidos o amenazados, por lo cual, a partir de ella, tiene la responsabilidad de esclarecer los hechos y de adoptar las providencias oportunas que los preceptos constitucionales exigen”¹⁸.

23. En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el señor López Cabrera solicita en el amparo interpuesto que las incapacidades médicas, debidamente acreditadas, que le impidieron desempeñar sus funciones laborales por casi seis meses, le sean desembolsadas cuanto antes, ya que no ha podido trabajar desde el 27 de abril de 2016 hasta la actualidad,

es posible que la Sala infiera que su mínimo vital se pudo ver afectado como consecuencia del no pago de las incapacidades adeudadas, toda vez que no existe ninguna evidencia de otras fuentes de ingreso distintas a su trabajo; hecho que no fue desvirtuado por las entidades accionadas. Por lo anterior, la acción de tutela para la reclamación del pago de incapacidades médicas, si bien constituiría en principio una pretensión meramente económica, resulta ser un medio idóneo para proteger el mínimo vital si resulta afectado, ya que hacer caso omiso a las condiciones socioeconómicas y de salud particulares del accionante, podría desembocar en un detrimento mayor a sus derechos fundamentales.

En el caso concreto es importante tener en cuenta, para el análisis de procedencia que ocupa la atención de la Sala, que ante la existencia de dos mecanismos ordinarios de defensa judicial, los dictámenes médicos evidencian que el accionante enfrenta graves diagnósticos que limitan física y psicológicamente su capacidad para trabajar, pues su patología de insuficiencia renal ha sido calificada como enfermedad terminal. De idéntica forma, la unicidad de su fuente de ingresos y el monto devengado, implican que la ausencia y la demora de los pagos que el accionante reclama lo sitúan en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud física. Por lo cual, esta Sala estima que la idoneidad y la eficacia de los medios judiciales ordinarios es, en este caso particular, inocua, especialmente cuando de ello también se deriva que existe una amenaza inminente y grave sobre su mínimo vital, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes e inaplazables.

Por lo tanto, en el caso que es objeto de revisión la acción de tutela acredita el requisito de subsidiariedad, pues si bien existe un proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud al cual el actor podría acudir para que le diriman sus pretensiones¹⁹, este es ineficaz para la protección del derecho fundamental al mínimo vital del actor, más aún cuando esta Corte ha reconocido anteriormente que “la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social”²⁰.

En el mismo sentido, a pesar de que el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social²¹ disponga que le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala y, en principio, las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador deberían ser ventiladas por estas vía ordinaria, las consideraciones precedentes obligan a concluir que en el caso del señor López Cabrera estos no son eficaces ni idóneos.

Debe agregarse que, además de las consideraciones antecedentes, la Sala advierte que el accionante reside en Guamal (Meta), municipio que queda a más de 40 kilómetros de Villavicencio (Meta), por lo que considerando el deterioro progresivo de su estado de salud es altamente probable que, hoy por hoy, no pueda transportarse con facilidad a la capital departamental a presentar la respectiva queja, en contra de Cafesalud EPS, ante la Superintendencia Nacional de Salud. De igual forma, se evidencia que el actor afirma necesitar el pago de las incapacidades médicas de manera urgente, dadas sus críticas condiciones de salud, al no poder seguir laborando por expresa recomendación médica, encontrándose probado que debe asistir al tratamiento de diálisis varias veces por semana y que su enfermedad es terminal. En definitiva, se debe partir de la buena fe en favor del señor López Cabrera, en cuanto a la veracidad de los hechos narrados en el escrito de tutela, razón por la cual, no es dable al juez constitucional invertir la carga de la prueba (en el sentido de exigirle al interesado acreditar probatoriamente una afectación en su vida y mínimo vital), pues no puede supeditarse la procedencia de la acción de tutela a la demostración previa de una cantidad de elementos; por el contrario, es el operador jurídico, en cada uno de los casos, quien debe determinar, fruto de la valoración concreta si los procesos ordinarios son idóneos y eficaces, o por el contrario, si el amparo constitucional debe ser analizado de fondo, como ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, teniendo en cuenta que el actor, por su delicado estado de salud es un sujeto de especial protección constitucional, que justifica desplazar los competencias ordinarias de los jueces comunes.

24. En virtud de lo anterior, se concluye que la acción de tutela interpuesta por Jefferson Ariel López Cabrera en contra de Cafesalud E.P.S., Temposervicios S.A.S. y Sindy Dayana Real Garzón es procedente al acreditar todos los requisitos que el Decreto 2591 de 1991 ha dispuesto para ello, razón por la cual el amparo interpuesto será estudiado y resuelto de

fondo por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

25. En atención a los fundamentos fácticos expuestos, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulneraron Cafesalud E.P.S., Temposervicios S.A.S. y la señora Sindy Dayana Real Garzón los derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social del señor Jefferson Ariel López Cabrera, al negarle el reconocimiento y pago de una serie de incapacidades médicas, producto de patologías renales, que le impidieron laborar por casi seis meses, teniendo en cuenta la complejidad de su cuadro clínico y sus precarias condiciones económicas?

26. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, en primer lugar, la Sala procederá a: (i) exponer brevemente el concepto del derecho fundamental a la salud y la idoneidad de la acción de tutela cuando sea interpuesta con el propósito de obtener el pago de incapacidades médicas, (ii) reseñar las normas que regulan el pago de este tipo de prestaciones, para que exista claridad frente a quién tiene a cargo este tipo de obligaciones en casos como el que ocupa la atención de la Sala; (iii) precisar el concepto de enfermedades catastróficas, y lo que ha señalado la jurisprudencia de esta corporación frente a la insuficiencia renal; para así (iv) determinar si en el caso concreto del señor Jefferson Ariel López Cabrera, efectivamente se evidenció o no una violación iusfundamental, y en últimas si la omisión en el pago de las incapacidades, por parte de la entidad y los particulares accionados, prolongó injustificadamente la afectación de derechos alegada.

D. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS

El derecho fundamental a la salud

27. La salud se entiende como “(...) un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”²². No es una condición de la persona que se tiene o no se tiene, ni tampoco consiste solamente en la ausencia de afecciones y enfermedades en una persona, sino que es “un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona”²³. La

Ley Estatutaria 1751 de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, señala en su artículo 2º la naturaleza del referido derecho consagrandolo expresamente que será: “autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”; de igual forma, hace referencia a su alcance y naturaleza, exponiendo que: “Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

La trascendencia del derecho fundamental a la salud no ha sido una preocupación exclusiva del legislador, sino que ha ocupado un lugar destacado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que si bien la Constitución de 1991 en su artículo 49 lo concibió como un servicio²⁴, esta corporación desde sus inicios empezó a reconocer y permitir, caso por caso, que las afectaciones en este bien jurídico fueran reclamadas vía acción de tutela, cuando su vulneración pusiera en riesgo la vida, como una protección por conexidad. Así la sentencia T-597 de 1993 señaló que: “La Constitución Política no reconoce directamente el derecho a la salud, bien natural que escapa a las posibilidades de un estado, sino el derecho a la tutela de la salud, esto es, a su protección y recuperación (...) En principio, los derechos de prestación no pueden ser protegidos a través de la acción de tutela. Sin embargo, la Corte ha sostenido que su vulneración puede ser tutelable en ciertos casos en los cuales se viola igualmente un derecho fundamental de aplicación inmediata. Los derechos constitucionales de prestación le otorgan un amplio margen de discrecionalidad a la ley para que los desarrolle, lo que debe interpretarse sin desmedro del carácter normativo de tales preceptos”.

Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial en el asunto fue más allá, llegando a consagrar la salud como un derecho fundamental autónomo²⁵ que no requería de conexidad alguna con otra prerrogativa de esta especialidad, sino que podía ser protegido de manera directa mediante el ejercicio de la acción de tutela²⁶. Lo anterior, se puede evidenciar en la sentencia T-016 de 2007, en donde se expuso que “La fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los

valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin”, razón por la cual, el derecho a la salud debía ser considerado fundamental per se, y podría tutelarse autónomamente en tres casos, en los cuales se pudiera demostrar que la falta de reconocimiento del anotado derecho: “ (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregonaba de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho”.

Puesto lo anterior de presente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho fundamental a la salud tiene cuatro dimensiones o elementos: i) disponibilidad, que hace referencia a la existencia de servicios y tecnologías e instituciones y programas de salud, así como personal médico competente que el Estado deberá garantizar; ii) accesibilidad, que consiste en hacer los servicios y las tecnologías de la salud accesibles a todas las personas, en condiciones de igualdad, sin discriminación, por lo que deberá ser garantizado en un ámbito físico, económico e informativo, respetando las condiciones de diversos grupos vulnerables y el pluralismo cultural que impera en nuestro ordenamiento jurídico; iii) aceptabilidad, según el cual todos los agentes del sistema de salud deben ser respetuosos de las diversas culturas o identidades socioculturales de las personas, así como las cosmovisiones de minorías étnicas, pueblos o comunidades, permitiendo que participen en las decisiones que los afecten; y finalmente iv) la calidad y la idoneidad profesional, que implica centrar en el usuario todos los estándares de funcionamiento de establecimientos y servicios del sector salud, por lo que deberán prestar la atención de manera apropiada desde el punto de vista médico/técnico, con personal competente y sujeción a los parámetros de calidad fijados por las comunidades científicas de cada rama de la medicina.

28. Sin embargo, el derecho a la salud, a pesar de ser fundamental de manera autónoma, depende para su efectiva realización“(…) como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto”²⁷, lo que no implica que pierda su carácter fundamental, teniendo en cuenta que “la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica, la salud es

un derecho fundamental cuyo contenido es acentuadamente prestacional”²⁸. De manera que, cuando este derecho esté siendo trasgredido, las personas afectadas podrán reclamar su protección mediante la interposición del mecanismo, excepcional y expedito, de la acción de tutela.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar los beneficios de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (incapacidades laborales)

29. Así las cosas, no cabe duda de que hoy en día la salud no solo es un derecho fundamental autónomo que puede ser reclamado a través del ejercicio de la acción de tutela, gracias no solo a un amplio desarrollo jurisprudencial sino a una expresa consagración legislativa. Por ende, si bien el componente principal de esta prerrogativa comprende el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para que las personas afectadas en su salud puedan reestablecer esta última y recuperarse, recibiendo los medicamentos, tratamientos y acompañamientos necesarios para este propósito, no es el único, ya que los afiliados al Sistema General de Salud tienen, entre otras, la garantía a ser atendidos en urgencias en todo el País, escoger libremente la EPS, las IPS adscritas a su respectiva EPS e incluso los profesionales médicos que los atenderán (entre las opciones que cada EPS ofrezca dentro de su red de servicios), así como el pago de las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad, debidamente acreditadas, que les impidieron trabajar por periodos inferiores a 180 días.

30. Esta corporación, en reiterada jurisprudencia²⁹, ha dicho que el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales adeudadas procede por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos de los respectivos accionantes, toda vez que existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada.

La sentencia T-684 de 2010 compiló una serie de subreglas en materia de idoneidad de la acción de tutela para el reconocimiento de incapacidades médicas laborales por parte de las

E.P.S, que se pueden sintetizar en: i) “las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar”, por lo que efectivamente sustituyen el salario de los trabajadores durante todo el tiempo que no pudieron desarrollar sus funciones; ii) “el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia”; y iii) los trabajadores incapacitados médicamente se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, por lo que merecen un cuidado y una atención especial que garanticen la dignidad humana.

En este sentido, la sentencia T-490 de 201530, sostuvo que “(...) cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento”, razón por la cual “se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar” (negrillas y subrayado fuera del texto original).

De idéntica forma, la sentencia T-140 de 201631 reiteró que “la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social” (negrillas y subrayado fuera del texto original). A la anterior conclusión se arribó considerando que si las incapacidades debidamente certificadas al trabajador no son desembolsadas, de manera oportuna, ello puede generar vulneraciones iusfundamentales, en derechos tan especiales como el mínimo vital y la vida digna, razón por la cual el juez de tutela se ve legitimado para

pronunciarse sobre el fondo del asunto con el propósito de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el trabajador, y en algunos casos su núcleo familiar.

En definitiva, cuando se interponga una acción de tutela que pretenda meramente el pago de incapacidades médicas, si bien los accionantes podrían acudir a un proceso laboral ordinario o un proceso abreviado ante la Superintendencia Nacional de Salud, el juez de tutela no puede dejar de lado que “la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna”³², razón por la cual son pretensiones que jurisprudencialmente han sido protegidas por esta corporación como fue expuesto con suficiencia.

E. EL PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS DE ORIGEN COMÚN: OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADORES Y E.P.S.

Importancia constitucional de las incapacidades médicas laborales

31. El pago de las incapacidades médicas, debidamente reconocidas, a los trabajadores tiene por objeto sustituir el salario durante todo el tiempo en el cual las personas no pudieron desempeñar sus labores, constituyen una garantía para que su recuperación “(...) transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas, (artículo 53 de la Carta Política)”³³. De esta forma, al hacer las veces del salario estos reconocimientos dinerarios “(...) no solamente se constituyen en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”³⁴.

Por lo anterior tienen especial importancia en el ordenamiento jurídico, revistiendo de verdadera relevancia constitucional, pues reconocer el pago de incapacidades por enfermedades no laborales se convierte en una herramienta idónea y sustancial para lograr una verdadera tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los cuales se

encuentran: “(...) (i) La salud, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación (...) (ii) El mínimo vital, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar”³⁵. De igual forma, la Sala considera que este tipo de amortizaciones permiten salvaguardar la dignidad humana como derecho fundamental, teniendo en cuenta que en muchos casos el pago de estos recursos se convierten en el único ingreso que permite a los trabajadores satisfacer sus necesidades básicas³⁶, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, entre otros que en últimas son prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional.

Normativa vigente frente al reconocimiento y pago de incapacidades médicas de origen común

32. Las incapacidades médicas pueden tener origen en una enfermedad o en un accidente, que a su vez pueden tener origen común o profesional. En uno u otro caso el sistema integral de seguridad social prevé el pago de las respectivas incapacidades. Sin embargo, dependiendo de cuál sea el origen varía la entidad encargada de cancelar las respectivas incapacidades. Entonces, teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, así como las particularidades del caso objeto de revisión, tan solo se indicarán las normas vigentes para el pago de incapacidades de origen común.

En primer lugar, las incapacidades menores, esto es, que tengan una duración máxima de dos (2) días, serán asumidas directamente por el empleador conforme a lo dispuesto en el Decreto 2943 de 2013³⁷, que modificó lo que originalmente se disponía en la materia, en el Decreto 1406 de 1999³⁸. De igual forma, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día tres, siempre y cuando la misma no sea prórroga de otra³⁹, y no supere los ciento ochenta (180) días, lo anterior de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993⁴⁰. Sin embargo, si se advierte que el empleador no ha afiliado a sus

trabajadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá este responder con un auxilio monetario por los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad, según lo dispuesto en el Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo⁴¹.

En el mismo sentido, para poder acceder al reconocimiento y pago de enfermedades de origen común, el empleador debió haber realizado como mínimo, y de forma completa, sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999⁴². Por su parte, los trabajadores deberán haber cotizado como mínimo cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completas antes de la estructuración o diagnóstico de la incapacidad consecuencia de una enfermedad de origen común, según lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 783 de 2000. Debe anotarse que, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012⁴³ establece que son los empleadores quienes deben tramitar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general ante las Empresas Promotoras de Salud, el propósito de la referida norma es no transferirle al trabajador la carga administrativa que supone la obtención de dicho reconocimiento prestacional. Para la determinación del valor del subsidio en dinero, se tendrá en cuenta el salario de base del trabajador asegurado a una respectiva EPS, correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad⁴⁴.

Finalmente, es importante resaltar que si la enfermedad genera una limitación o pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, habrá lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, caso en el cual la EPS, la Aseguradora o la respectiva Junta de calificación de invalidez tendrán la tarea de emitir la correspondiente calificación de la pérdida laboral⁴⁵, según sea el caso. No obstante lo anterior, mientras se surte el trámite respectivo, el trabajador encontrará cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más, según lo dispone el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001: “(...) 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”. Así mismo, los trabajadores que estuvieron incapacitados medicamente para desempeñar sus labores tendrán garantizado el reintegro al mismo cargo que venían desempeñando en la empresa, o en una actividad similar, dependiendo en todo caso de las aptitudes con las que cuente en el caso particular después de superar la coyuntura médica y la respectiva incapacidad.

F. LA INSUFICIENCIA RENAL COMO ENFERMEDAD CATASTRÓFICA

33. Las enfermedades catastróficas son las afecciones graves, por lo general incurables, que ponen en peligro constantemente la vida de los pacientes, de igual forma, configuran diagnósticos clínicos cuyos tratamientos son costosos, que necesitan de muchos cuidados para su control, alteran totalmente la vida de los pacientes y de sus familias; afectando directamente sus rutinas domésticas, su trabajo, y las actividades que desempeñan en el quehacer diario. Por ende, los pacientes a quienes se les diagnostique una enfermedad de este tipo, tienden a pasar a depender, total o parcialmente, de medicamentos, sesiones de rehabilitación, cirugías paliativas o curativas, el suministro de insumos (sillas de ruedas o prótesis por ejemplo), tratamientos ininterrumpidos como las diálisis o trasplantes; lo cual hace necesario que cuenten con ayuda física, emocional y muchas veces económica para el manejo de las respectivas enfermedades.

Este tipo de enfermedades pueden ser catalogadas en dos categorías, a saber: i) agudas, que serán aquellas patologías que requieren de terapia intensiva, como son las quemaduras, los infartos cerebrales o cardiacos, las lesiones inmediatas producto de accidentes graves, derrames cerebrales, cáncer, traumatismos craneoencefálicos, entre otras; ii) crónicas, en donde los pacientes requieren de tratamiento continuo para poder vivir, pues en caso de interrumpirlo o no recibirlo, fallecerán como consecuencia de la enfermedad, en este grupo se encuentran diagnósticos como: la insuficiencia renal crónica (que requiere de diálisis permanente), la diabetes mellitus, la hipertensión arterial, los tumores cerebrales, las malformaciones congénitas, la fibrosis quística, el lupus eritematoso sistémico, las secuelas de quemaduras graves, la esclerosis múltiple, entre otras.

35. La Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio Nacional de Salud, fue la primera normativa que, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, reconoció

la insuficiencia renal crónica como una enfermedad catastrófica o ruinosa (aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo y/o baja ocurrencia), calificando en su artículo 17 “como tratamientos para enfermedades ruinosas o catastróficas los siguientes: “a) Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer; b) Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de córnea (...)” entre otras seis (6) patologías. En el mismo sentido “el Acuerdo 217 de 2001, menciona a la hemodiálisis renal por insuficiencia renal crónica como uno de los procedimientos que deben valorarse al definir la participación de las entidades promotoras de salud en la composición de la unidad de pago por capitación, y en el Acuerdo 245 de 2003, que advirtió que, según la información reportada por las EPS, la atención en salud de las patologías de alto costo con mayor impacto financiero y epidemiológico dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud es la del VIH-SIDA y la que requiere la Insuficiencia Renal Crónica”⁴⁶.

Dicha connotación ha sido replicada en normas posteriores, como por ejemplo el Acuerdo 217 de 2001⁴⁷, el Acuerdo 245 de 2003⁴⁸ o la Ley 972 de 2005, que comprometió al Estado con la atención integral de la población que padece enfermedades ruinosas o catastróficas, e igualmente estableció las previsiones a partir de las cuales el Ministerio de la Protección Social expidió, la Resolución 3442 de 2006, a través de la cual adoptó las “Guías de Práctica Clínica para la prevención, diagnóstico y tratamiento de pacientes con VIH/SIDA y Enfermedad Renal Crónica”⁴⁹ así como las recomendaciones de los “Modelos de Gestión Programática en VIH/SIDA y de Prevención y Control de la Enfermedad Renal Crónica”, las cuales son de obligatoria referencia para las EPS, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las IPS y, en lo que sea competencia, las Administradoras de Riesgos Profesionales. Finalmente, la Resolución 2565 de 2007, expedida por Ministerio de la Protección Social caracterizó a la enfermedad renal crónica con necesidad de terapia de sustitución o reemplazo renal como enfermedad de alto costo, reiterando su calificación de catastrófica.

36. En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de esta corporación ha establecido que los pacientes que padezcan enfermedades catastróficas serán sujetos de especial protección constitucional puesto que por su situación física, mental y económica se encuentran en situación de vulnerabilidad, razón por la cual tendrán derecho a que se les brinde la asistencia que requieran para mejorar su calidad de vida. Por ende, la protección

constitucional que este tipo de pacientes merecen “(...) cobra una especial relevancia en la medida que al encontrarse estas personas en un estado de debilidad manifiesta merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad, y por supuesto, por parte del Juez constitucional quien al momento de sopesar las circunstancias de un caso en el que vislumbre la posible vulneración de los derechos fundamentales del enfermo, debe valorar cada elemento tomando siempre en consideración la protección constitucional reforzada que se ha dispuesto a los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas”⁵⁰.

Se puede concluir que por la complejidad, el difícil manejo de la insuficiencia renal, y los altos costos que implica su tratamiento integral, esta es considerada una enfermedad catastrófica y ruinoso, tal y como lo señalan las diferentes normas referidas. Por lo anterior, el juez de tutela está en el deber de proteger a aquellas personas que sufren esta delicada enfermedad nefrítica, razón por la cual esta corporación ha ordenado a las EPS autorizar todos los medicamentos y procedimientos, debidamente autorizados en el plan de beneficios, que requieren estos pacientes para el tratamiento específico, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente a quienes padezcan esta enfermedad. En este sentido, haciendo referencia al derecho a un tratamiento integral para pacientes con enfermedad renal crónica, se ha señalado que: “(...) toda persona que sea diagnosticada con insuficiencia renal se le debe garantizar el tratamiento que sea necesario de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente. Bajo esta concepción las personas tienen derecho a que se les garantice el procedimiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad catastrófica o si está comprometida la vida o la integridad personal, es por ello que los distintos actores del sistema tienen la obligación de garantizar los servicios de salud requeridos por las personas”⁵¹ (negritas y subrayado por fuera del texto original).

G. LA VULNERACIÓN IUSFUNDAMENTAL QUE SUFRIÓ JEFFERSON ARIEL LÓPEZ CABRERA POR LA OMISIÓN EN EL PAGO DE LAS INCAPACIDADES MÉDICAS QUE LE FUERON RECONOCIDAS EN RAZÓN DE SU ENFERMEDAD CATASTRÓFICA

37. Reiterando que la Sala concluyó que la acción de tutela interpuesta por el señor Jefferson Ariel López Cabrera es procedente para obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades pretendidas por dos motivos principales a saber: (i) el accionante es sujeto de

especial protección por estar en estado de invalidez, dada su delicada condición de salud al estar diagnosticado con una enfermedad catastrófica; (ii) la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela se torna procedente cuando la ausencia de reconocimiento y pago de las incapacidades afecta los derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna. De manera que, al encontrarse impedido el accionante para desempeñar alguna actividad que le permita obtener ingresos, el pago de las incapacidades haría sus veces de salario por un periodo extenso de tiempo, que se prolongó por casi seis meses, y permitiría no menoscabar sus derechos y los de su núcleo familiar.

Puesto esto de presente, le corresponde a la Sala analizar si el actor cumple con los requisitos exigidos por la normatividad vigente para acceder al reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas mediante la acción de tutela que es objeto de decisión.

38. Previo a dicho análisis, este tribunal debe recordar que el accionante fue afiliado a la entidad promotora de salud Cafesalud EPS el 01 de diciembre de 2015, conforme a lo expuesto en el escrito de tutela, afirmación no desmentida por la entidad accionada. Entonces, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993⁵² establece que los afiliados del régimen contributivo se benefician del pago de incapacidades por enfermedad general cuyo reconocimiento está a cargo de las Empresas Promotoras de Salud. Así las cosas, se advierte que el accionante se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante al régimen contributivo como dependiente a Cafesalud EPS, al momento en que médicos tratantes de dicha EPS lo incapacitaron medicamente para desempeñar sus labores, por lo que es esta entidad, en principio y según la norma reseñada, la responsable de asumir dichos pagos.

39. De otro lado, el Decreto 2353 de 2015 en su artículo 81 señala que para que proceda el pago de incapacidades por enfermedad general, se requiere que “los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas”, advirtiendo en la misma norma que “no habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad

por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones”.

Analizada la norma, esta corporación encuentra que para el caso concreto, el hecho que originó la primera incapacidad ocurrió el 24 de abril de 2016, es decir, el accionante llevaba más de siete (7) meses de estar vinculado laboralmente a la sociedad empleadora (Districarnes el Alcarvan JR), del 11 de septiembre de 2015 que empezó a trabajar depostando carne al 24 de abril de 2016 que fue el diagnóstico médico. Así mismo, se constató que llevaba más de cuatro (4) meses de afiliado al régimen contributivo como trabajador dependiente a Cafesalud EPS (desde el 01 de diciembre de 2015). En esa medida, observa la Sala que el trabajador, estuvo afiliado y realizó los aportes al sistema que requiere la norma transcrita, encontrándose al día en los pagos para el momento de la ocurrencia de los hechos. De manera similar, el artículo 9 del Decreto 783 de 200053 exige al trabajador un mínimo de cuatro (4) semanas cotizadas al sistema en forma ininterrumpida y completa. Del análisis de este precepto, en relación con el caso concreto, la Sala debe indicar que el accionante efectivamente cumple con el requisito establecido en dicha norma, en la medida en que, como se mencionó, llevaba más de siete (7) meses vinculado laboralmente a la sociedad comercializadora de carnes y casi cinco (5) meses afiliado al sistema de salud.

Así las cosas, esta corporación encuentra no solo que la situación expuesta por el accionante se torna relevante constitucionalmente, sino que la decisión adoptada, en única instancia, por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Villavicencio, omitió proteger derechos fundamentales del accionante, de tal importancia como la dignidad humana, la igualdad y la seguridad social, lo que implicaba no solo que el asunto ameritaba un pronunciamiento de fondo, sino que este debió haber considerado el régimen jurídico hasta ahora señalado. Más aun, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, toda vez que estaba suficientemente probada su invalidez a raíz del diagnóstico de insuficiencia renal crónica.

Teniendo en cuenta que los artículos 206 de la Ley 100 de 1993, 21 del Decreto 1804 de 1999 y 9 del Decreto 783 de 2000 avalan el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general en favor de los trabajadores, y que el accionante cumple todos los supuestos de hecho para que se proceda al desembolso de estas sumas de dinero la Sala está en la obligación de ordenar dicho pago, si es que este no ha sido efectuado aún.

40. En el caso objeto de revisión, la Sala advierte un déficit de protección a los derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital del señor Jefferson Ariel López Cabrera, puesto que como se indicó, inició labores el 11 de septiembre de 2015, posteriormente (el 24 de abril de 2016) fue diagnosticado con una enfermedad catastrófica (insuficiencia renal terminal) que lo dejó prácticamente en estado de invalidez y total incapacidad para seguir trabajando. Su afiliación al sistema se produjo casi tres meses después al inicio de labores, el 1 de diciembre de 2015, pero en todo caso fue anterior a la ocurrencia de los hechos (24 de abril de 2016), lo cual si bien es reprochable por la demora del empleador en la afiliación, no afecta en absoluto el reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas por el accionante.

De esta manera, al cumplir con el número mínimo de semanas mínimas a cotizar y exigidas para acceder al reconocimiento económico de las prestaciones por enfermedad general, habiéndose establecido que los dos mecanismos jurisdiccionales ordinarios que dispone el ordenamiento jurídico para pretensiones como las del actor no son idóneos ni eficaces por la situación fáctica descrita, implican que se hace necesario que la Corte Constitucional haga cesar la vulneración a los derechos fundamentales del peticionario, en especial su vida digna, igualdad, mínimo vital y seguridad social.

41. De otro lado, el desconocimiento de los derechos del señor López Cabrera no radica simplemente omisión del juez de instancia en darle aplicación a los artículos 81 del Decreto 2353 de 2015 y 9 del Decreto 783 de 2000. Sino que, no puede dejar de considerarse el hecho de que el accionante, en el estado actual en que se encuentra, ve afectado su derecho

al mínimo vital, teniendo en cuenta que por su condición de salud está no solo imposibilitado físicamente para acceder al mercado laboral, sino que tiene una restricción médica que le advierte contra una decisión en otro sentido. En esa medida, sus ingresos se ven gravemente afectados ya que no percibe salario, lo cual indudablemente afecta su subsistencia, más aún cuando por su corta edad (26 años) puede no tener muchos ahorros o fuentes de rentas que le permitan satisfacer las necesidades más elementales, para una persona con tan delicado estado de salud. En el mismo sentido, debe reiterarse que el principio de solidaridad constitucional no solamente obliga al Estado, la sociedad y la familia a proteger las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta (C.P Arts. 1,13 y 95), sino que además les fija el deber de prestar colaboración a aquellas personas que se encuentran en riesgo de poner en juego su vida y salud, en situaciones como la del actor, que podría tener que verse obligado a buscar algún tipo de trabajo que le garantice un salario, dejando a un lado recomendaciones médicas contrarias, al no contar con alternativa alguna para obtener los recursos que le garantizarían una vida en condiciones dignas.

Por los argumentos expuestos, la Sala aplicando en este caso los artículos 81 del Decreto 2353 de 2015 y 9 del Decreto 783 de 2000 en cuanto a los tiempos requeridos de cotización que corresponden al trabajador para acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por enfermedad general, con el fin de materializar la protección real y efectiva de los derechos fundamentales a la vida digna (art. 11), a la igualdad (art. 13), a la seguridad social (art. 48), a la salud (art.49) y al mínimo vital (art. 53) del accionante, quien es sujeto de especial protección constitucional por encontrarse en situación de debilidad manifiesta, ordenará a Cafesalud EPS que en un término de no más de ocho (8) días hábiles posteriores a la notificación de la presente sentencia proceda a reconocer el pago de las incapacidades médicas que se relacionarán a continuación, si es que aún no se han hecho; no sin antes advertir que existe constancia de que, en cada una de las referidas incapacidades, se reconoce al señor Jefferson Ariel López Cabrera como COTIZANTE al sistema de Salud, y se indica que su empleador es la Sociedad Temposervicios S.A.S.

Fecha inicial

Días otorgados

Origen

Tipo

2016-04-27

2016-05-11

15

Enfermedad general

Nueva

2016-05-13

2016-05-20

8

Enfermedad general

Nueva

2016-05-21

2016-06-19

30

Enfermedad general

Prorroga

2016-06-20

2016-07-19

30

Nueva

2016-07-20

2016-08-18

30

Enfermedad general

Prorroga

42. Ahora bien, en cuanto al posible incumplimiento de la obligación por parte del empleador por realizar extemporáneamente los aportes al sistema de salud, teniendo en cuenta que el accionante afirma que su empleadora directa (Temposervicios S.A.S.) tan solo lo afilió a la E.P.S. Cafesalud en diciembre de 2015, casi tres (3) meses después de empezar a trabajar, la Sala debe recordar que la jurisprudencia constitucional ha advertido que cuando los empleadores efectúan los aportes a salud de manera extemporánea, las empresas promotoras de salud (EPS) no pueden negarse al reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general, salvo que logren demostrar que fueron diligentes y actuaron de manera activa a fin de obtener el pago correspondiente, buscando el cobro de los empleadores morosos, o simplemente lo rechazó por realizarse fuera del termino previsto para ello⁵⁴.

Así las cosas, la Sala advierte del expediente, que Cafesalud EPS no inició las acciones contempladas por la Ley 100 de 1993 en su artículo 2455 a fin de obtener el pago de los aportes adeudados, teniendo en cuenta que no dieron contestación alguna a la acción de tutela interpuesta en su contra, razón por la cual se infiere que no hubo rechazo por parte de dicha entidad al pago, puesto que no se evidencia prueba que permita inferir negativa alguna a las cancelaciones llevadas a cabo por Temposervicios S.A.S. De igual forma, teniendo en cuenta que el representante legal de la sociedad empleadora afirmó que al señor López Cabrera lo afiliaron “de buena fe al sistema de salud, pensión y riesgos profesionales”, según consta en el escrito recibido que hace referencia el numeral 14 de la presente providencia, la Sala presume la veracidad de esta afirmación y concluye que el empleador ha efectuado el pago de los aportes al sistema de salud dentro de los meses correspondientes, por tanto a la

asunción del reconocimiento y pago de las incapacidades le corresponde a la EPS Cafesalud, si es que aún no los ha efectuado.

Además, la Sala estima que Cafesalud EPS al continuar con la prestación de los servicios de salud en favor de Jefferson Ariel López Cabrera, entre diciembre de 2015 y octubre de 2016⁵⁶, no iniciar las acciones comprendidas en la Ley 100 de 1993 y no rechazar los pagos efectuados por el empleador, se allanó a una eventual mora de este. Por lo expuesto, la Sala considera que existen suficientes motivos para ordenarle a la EPS Cafesalud efectuar el pago de las prestaciones económicas pretendidas por el accionante, máxime cuando se constató que al momento del diagnóstico de la enfermedad había cotizado al Sistema más de 4 meses, realizando el correspondiente pago de los aportes.

43. En definitiva, teniendo en cuenta que las incapacidades laborales fueron diagnosticadas en razón de la insuficiencia renal terminal que padece el accionante, enfermedad catastrófica, y estas constituían, y pueden seguir constituyendo, la única fuente de ingreso con que cuenta el actor para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar, al no poder desempeñar labor alguna que podría suponer una renta diferente, por la connotación terminal de su patología; concluye la Sala que el pago de estas sumas de dinero constituye una garantía trascendental en la protección a los afectados derechos fundamentales a la Salud y al mínimo vital del accionante. Lo anterior, para evitar que tenga que buscar algún tipo de trabajo que agrave, aún más, su cuadro clínico, que ya lo ha dejado en un estado de debilidad manifiesta, que amerita el amparo de este tribunal a sus derechos fundamentales a: la salud, la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social. Razón por la cual, se revocará la decisión que en única instancia determinó que la acción de tutela objeto de revisión era improcedente, y se dispondrá el pago de las incapacidades médicas en los términos precedentes.

I. DECISIÓN

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

Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Villavicencio (Meta) del 24 de octubre de 2016, en la que se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor JEFFERSON ARIEL LÓPEZ CABRERA en contra de Cafesalud E.P.S., TEMPOSERVICIOS S.A.S. y SINDY DAYANA REAL GARZÓN. En su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social del actor, trasgredidos por la falta de pago de las incapacidades médicas transcurridas, de manera ininterrumpida, entre el 27 de abril de 2016 y el 17 de octubre de la misma anualidad.

SEGUNDO.- ORDENAR a CAFESALUD EPS, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, pague dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, al señor JEFFERSON ARIEL LÓPEZ CABRERA identificado con cédula de ciudadanía 1.123.085.918 de Villavicencio, el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos comprendidos entre el 27/04/2016 y el 11/05/2016 (15 días), el 13/05/2016 y el 20/05/2016 (8 días), el 21/05/2016 y el 19/06/2016 (30 días), el 20/06/2016 y el 19/07/2016 (30 días), el 20/07/2016 y el 18/08/2016 (30 días), y el 19/08/2016 y el 17/09/2016 (30 días), según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (e)

1 Folios 1-3, Cuaderno N°2.

2 Folio 1, Informe fechado el 26/09/2016.

3 Folio 17, Cuaderno N°2 (Tan solo se afirma en los hechos del escrito, pero no hay constancia probatoria alguna).

4 Folios-9, Cuaderno N°2.

5 Folio 17, Cuaderno N°2 (Tan solo se afirma en los hechos del escrito, pero no hay constancia probatoria alguna).

6 Folio 42, Cuaderno N°2.

7 Folio 17, Cuaderno No. 2.

8 Sin embargo, la Sala deja constancia de que vencido el término establecido para allegar las pruebas solicitadas, a través del Auto del 13 de junio de 2017, la señora Sindy Dayana Real Garzón presentó escrito extemporáneo fechado el 21 de julio 2017, recibido en la Secretaría de la Corte Constitucional el mismo día, en el cual manifestaba, entre otras, que: i) Nunca sostuvo una relación laboral con el accionante, sino que llegó a su negocio para que le enseñaran “el oficio de depostar las reses”, por lo que el señor López Cabrera “de vez en cuando” les ayudaba a depostar (cortar la carne) por lo que le pagaban “según la ayuda recibida”; ii) “un día más o menos en marzo de 2016, nos pidió trabajar el señor Ariel, pues ya sabía bien el oficio de depostar, el exigía un salario de un millón de pesos (...) a lo que nos negamos con mi esposo”; iii) que a través de la empresa TEMPOSERVICIOS S.A.S. “se pactó pagarle ,como salario, el mínimo legal vigente más la seguridad social (...) la señora que

trabaja con la empresa TEMPOSERVICIOS S.A.S. como asesora comercial, me dijo que ellos se asegurarían la seguridad social al señor Ariel y serían sus empleadores, que cualquier duda o malestar con el trabajador me dirigiera a las oficinas de la empresa en Villavicencio”; iii) Que en el mes de abril de 2016 el accionante empezó a trabajar en su empresa pero a los pocos días empezó a verse “desmejorado y con aspecto de enfermo” por lo que acudió a su E.P.S. siendo incapacitado ese mismo día y no ha vuelto a trabajar; iv) que ella junto a su esposo han “tenido que pagar el excedente de las incapacidades pues la EPS solo respondió por 66% de las incapacidades. Todas las incapacidades han sido pagadas, no se le adeuda nada al señor Jefferson Ariel López Cabrera”; v) que el fondo de pensiones PORVENIR S.A. pensionó al accionante en el mes de abril de 2017 y un retroactivo de ocho millones ciento setenta y nueve mil quinientos veintisiete pesos (\$8.179.527); vi) que ella junto a su esposo le dan una mensualidad de doscientos quince mil pesos mensuales (\$215.000), que él solicita para que lo atiendan en la EPS.

9 Ver, entre otras, sentencias T-119/15, T-250/15, T-446/15 y T-548/15, y T-317/15.

11 Sentencia SU-961/99.

12 Sentencia T-603/15.

13 Ibidem.

14 Cfr. Sentencia T-113/13.

15 Cfr. Sentencia T-471/14.

16 Ibid.

17 Cfr. Sentencia T-326/13.

18 Sentencia T-463/93.

19 Desarrollado en la Ley 1122 de 2007, en virtud de la cual se llevaron a cabo algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictaron otras disposiciones, donde se consagró expresamente que la Superintendencia Nacional de Salud además de ejercer su cometido genérico de inspección, vigilancia y control en el sector,

tendrá la competencia para ejercer una función jurisdiccional, como lo señala su artículo 41º “con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política”. Entonces, en el ejercicio de dicha labor podrá “conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez” distintos asuntos, entre ellos: “b) (el) reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios” (negrillas y subrayado fuera del texto). Finalmente, dicha disposición agrega que esta autoridad sólo podrá conocer y fallar tales asuntos a petición de parte y, no podrá conocer de ningún caso que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido a un proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal, agregando que el trámite a seguir en este tipo de procedimientos será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

20 Sentencia T-140/16.

21 “Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”.

22 Sentencia T-597/93.

23 Ibidem.

24 “ARTÍCULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los

particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

25 Puede verse la sentencia T-859 de 2003 en donde la Corte señaló que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.

26 “Esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela”: Sentencia T-648/15.

27 Sentencia T-307/06.

28 Sentencia T-016/07.

29 Ver sentencias: T-684/10, T-490/15, T-593/15, T-140/16, T-144/16 y T-199/17, entre otras.

30 La Sala Sexta de Revisión de tutelas estudió el caso de un accionante de 26 años que laboraba para una empresa privada, y como consecuencia de una herida por una bala perdida, perdió parte de la movilidad en su cuerpo al quedar parapléjico. De igual forma estuvo incapacitado medicamente por un total de 82 días, los cuales no fueron pagados por EPS (Coomeva), lo que a su juicio constituía una vulneración a su mínimo vital, ya que afirmaba no contar con recursos económicos para sufragar sus gastos personales y lo que acarrearía su enfermedad.

31 La Sala Sexta de Revisión de tutelas estudió el caso de un accionante que prestó sus

servicios como guardia de seguridad a una cooperativa de trabajo asociado desde junio de 2012, a quien polineuropatía desmielinizante crónica, enfermedad común en marzo de 2015. En virtud de lo anterior, el actor recibió diferentes incapacidades médicas que le fueron extendidas de forma continua e ininterrumpidas desde el 14 de junio de 2014 hasta el 19 de diciembre del mismo año, fecha después de la cual Cruz Blanca EPS no le expidió más incapacidades por haber superado el límite máximo de 180 días. Así las cosas, considerando vulnerados sus derechos fundamentales la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, por el no pago de estas sumas de dinero, interpuso la acción de tutela que culminó con la promulgación de la sentencia referida.

32 Sentencia T-140/16.

33 Sentencia T-490/15

34 Sentencia T-311/96

35 Sentencia T-772/07

36 Toda vez que, en gran parte de los casos, las personas en Colombia no perciben rentas diferentes a lo que les represente su salario o su pensión (cuando esta les ha sido reconocida).

37 “Artículo 1. Modificar el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:

Parágrafo 1°. 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. En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral. Lo anterior tanto en el sector público como en el privado”.

38 “Art. 40, Parágrafo 1º: “Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada

por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las entidades promotoras de salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

39 Las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre la que se va a liquidar y la anterior no existe un lapso mayor de 30 días y corresponda a la misma enfermedad.

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

41 “ARTÍCULO. 227. VALOR DEL AUXILIO. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante”.

42 “(...) en forma completa sus cotizaciones como empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho”.

43 “ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos

laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

44 Artículo 9 del Decreto 770 de 1.975.

45 Decreto Ley 019 de 2012, 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”.

46 Sentencia T-421/15.

47 Ministerio de Salud y Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

48 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

49 A través de las cuales se pretendía: i) mejorar la calidad de vida del paciente con enfermedad renal, ii) retardar la velocidad de progresión de la enfermedad renal crónica, iii) reducir la proporción de hospitalizaciones de los pacientes con enfermedad renal crónica, iv) lograr una contención de costos, especialmente al inicio de la terapia de remplazo renal y v) prevenir complicaciones de la terapia de remplazo renal, proporcionando una atención oportuna y eficiente.

50 Sentencia T-066/12.

51 Sentencia T-736/16.

52 “ARTICULO. 206.-INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras.

Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

53 “1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.”

54 La sentencia T-490 de 2015 señaló que: “(...) las EPS no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes a cargo del empleador o del cotizante independiente, rehusarse a cancelar y reconocer una incapacidad laboral por enfermedad general, si obraron de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplieron el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo”. En idéntico sentido, la regla según la cual las EPS no pueden excusarse en la falta de pago oportuno para negarse a pagar el valor de las incapacidades médicas, cuando no efectuaron las actuaciones que con ocasión a la mora debían realizar se encuentra reiterada, entre otras, en las sentencias: T-413/04, T-956/08, T-862/13, T-138/14 y T-025/17.

55 ARTICULO. 24.-Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

56 Según consta en el Folio 31 del Expediente, donde se evidencia que dichos periodos fueron efectivamente compensados.