

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

La Corte Constitucional ha señalado de manera constante que el no pago de una incapacidad médica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino que supone la vulneración de otros derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia, pues “no sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”. En esa medida, el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente. Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que “los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.

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

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Marco normativo y jurisprudencial

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Reglas jurisprudenciales

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

Referencia: Expediente T-6.299.260

Acción de tutela instaurada por Luis Eduardo Rubio Barragán contra Nueva EPS y la

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Alberto Rojas Ríos y por las Magistradas Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones judiciales proferidas, en primera instancia, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, el siete (7) de marzo de dos mil diecisiete (2017) y, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo del Tolima, el veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017), en el proceso de tutela iniciado por Luis Eduardo Rubio Barragán contra la Nueva EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho de la Corte Constitucional, mediante Auto proferido el veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

I. ANTECEDENTES

Luis Eduardo Rubio Barragán formuló acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social e igualdad¹.

1. El accionante funda su solicitud de tutela en los siguientes hechos

1.1. El actor es una persona de 56 años de edad², diagnosticado con “G473 APNEA DEL SUEÑO”, quien adicionalmente, padece de obesidad tipo 2 e hipertensión, afiliado a la Nueva EPS en calidad de trabajador dependiente mediante vínculo laboral con la empresa

COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA3.

1.2. Debido a su cuadro clínico, se le prescribieron incapacidades médicas desde el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), las cuales, según afirma el actor, se tornaron ininterrumpidas hasta la fecha de la presentación de la acción de tutela de la referencia (22 de febrero de 2017).

1.3. Aclara el accionante que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. asumió el pago de sus incapacidades desde el día 181 (30 de mayo de 2013) hasta el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Sin embargo, a partir de la última fecha referida ni la Nueva EPS ni la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. han accedido al pago de las incapacidades proferidas por su médico tratante, las cuales se han prolongado de forma continua hasta la fecha de interposición de la acción de tutela (22 de febrero de 2017). Lo anterior, afectando gravemente su mínimo vital al ser su única fuente de ingresos.

1.4. El trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. le comunicó al accionante que, conforme a lo establecido en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la Nueva EPS era la competente para realizar el pago de las incapacidades generadas a partir del día 541; razón por la cual, debía iniciar el trámite administrativo ante esa entidad para lograr el pago de la referida prestación.

1.5. El diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el peticionario solicitó a la Nueva EPS el pago de las incapacidades del periodo comprendido entre el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) y el veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017); sin embargo, no obtuvo respuesta positiva a su requerimiento. Por lo anterior, el veinticuatro (24) enero de dos mil diecisiete (2017), nuevamente elevó derecho de petición ante las entidades accionadas requiriendo se le aclarara cuál era la obligada a cancelar lo adeudado y se realizara el correspondiente pago por incapacidad continua luego de los 540 días.

1.6. El veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), la Nueva EPS dio respuesta a la solicitud formulada por el actor el 24 de enero de la misma anualidad, informando que “hasta tanto no se expida la reglamentación al respecto no es posible evaluar la procedencia ni Del

(sic) reconocimiento de las incapacidades”. Asimismo, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. en oficio del veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017), reiteró que “las incapacidades con posterioridad al día 540 continuas deben ser asumidas por la EPS en virtud de los (sic) establecido en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 por la cual se expide el Plan nacional (sic) de Desarrollo 2014-2018)”.

1.7. El señor Luis Eduardo Rubio Barragán presentó el veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017) acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social e igualdad. Aseguró que desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) no recibe salario ni el pago de sus incapacidades, que no cuenta con un ingreso estable que le permita subsistir dignamente y que actualmente su mínimo vital se encuentra gravemente afectado. Solicitó se ordene a quien corresponda (i) realizar el pago de las incapacidades proferidas por su médico tratante adscrito a la Nueva EPS desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) a la fecha de interposición de la acción de tutela de la referencia (22 de febrero de 2017) y (ii) calificar su pérdida de capacidad laboral por padecer “APNEA DEL SUEÑO”.

2.1. Respuesta de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

La apoderada judicial de la parte accionada, mediante escrito del primero (1) de marzo de dos mil diecisiete (2017)⁴, se refirió a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, en los siguientes términos:

Informó que el señor Luis Eduardo Rubio Barragán se encuentra afiliado a esa entidad desde el primero (1°) de noviembre de dos mil cinco (2005); que Protección S.A. ha reconocido y cancelado al accionante las incapacidades que legalmente le corresponden, superando los 1.273 días en cumplimiento de una orden judicial anterior al proceso de tutela de la referencia. Resaltó que a partir del día 541 quien debe asumir el pago de esa prestación, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, es la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliado el usuario, que en el presente caso es la Nueva EPS.

Sostuvo que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que debe ser utilizado sólo cuando los procedimientos legales resulten ineficaces o no existan otros medios de defensa judicial y en forma transitoria, para evitar un perjuicio irremediable.

Finalmente, indicó que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. no ha vulnerado derecho alguno en cabeza del accionante; sin embargo, aclaró que “llegado el caso de condenar a esta administradora a cancelar alguna prestación económica por invalidez a favor del tutelante, solicita que se conceda con efectos transitorios por el termino (sic) de 4 meses, para que el accionante presente demanda ordinaria laboral, con el fin de definir si tiene derecho o no al pago de las incapacidades”⁵.

2.2. Respuesta de la Nueva EPS S.A.

El Gerente Zonal para el Tolima de la entidad promotora de salud accionada, mediante escrito del veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017)⁶, se opuso a la prosperidad de la acción de tutela al señalar que: (i) el señor Luis Eduardo Barragán se encuentra afiliado a la entidad en calidad de cotizante activo, categoría A; (ii) la acción de amparo no puede ser utilizada para lograr el pago de una prestación económica; (iii) el derecho a la salud del actor se encuentra plenamente garantizado por la Nueva EPS; y, (iv) la presente acción de tutela no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política, al existir otros medios de defensa judicial. Por lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la tutela.

3. Sentencias objeto de revisión

3.1. Primera Instancia

Mediante providencia del siete (7) de marzo de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, declaró improcedente la acción de tutela promovida por Luis Eduardo Rubio Barragán contra Nueva EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Consideró que al tratarse de una pretensión dirigida al pago de prestaciones laborales (incapacidades), el actor debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o ante la Superintendencia Nacional de Salud no siendo la tutela el mecanismo judicial apropiado para ello, dada su naturaleza subsidiaria y residual. Advirtió que una orden de pago de acreencias laborales como lo pretendido por el actor debe estar precedida por la certeza del derecho que lo origina; sin embargo en el caso particular se encuentra en discusión.

3.2. Impugnación

El accionante presentó escrito de impugnación dentro del término legalmente concedido⁷. Sostuvo que resultaba necesario revisar la sentencia proferida el siete (7) de marzo de dos mil diecisiete (2017) al exponer que: “a) No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen de consideración de mi petición; b) Se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, como lo establece la ley; c) Se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas; d) Incurre el fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta insignificante a las pretensiones como actora, por errónea interpretación de sus principios⁸”.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela de la referencia y en su lugar, se conceda el amparo deprecado.

3.3. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017), resolvió confirmar el fallo recurrido. Consideró que no existe un perjuicio irremediable que justifique legalmente la procedencia de la acción de tutela en el asunto de la referencia. Concluyó que la inconformidad del accionante se enmarca en una controversia de tipo legal con las entidades accionadas, razón por la cual, debe acudir a la vía ordinaria para satisfacer las pretensiones planteadas en el escrito tutelar.

4. Pruebas aportadas por el accionante y valoradas por los jueces de instancias

Se aportaron como pruebas a la acción de tutela los siguientes documentos: (i) copia de la historia clínica del accionante en CD11; (ii) copia de incapacidades médicas proferidas por la Nueva EPS (No. 3231718, No. 3241196, No. 3314640, No. 3322996 y No. 600127423;¹² (iii) copia de respuesta emitida el trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) por Protección S.A;¹³ (iv) copia de derecho de petición formulado por el actor ante la Nueva EPS del diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)¹⁴; (v) copia de respuesta emitida el veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017) por la Nueva EPS en relación

con el derecho de petición mediante el cual se solicitó pago de incapacidad o licencia -520929, en donde se le informó al accionante que “la EPS asumirá el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de incapacidad por origen común, una vez se expida la reglamentación que permita desarrollar y ejecutar las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015”¹⁵; (vi) copia de respuesta del derecho de petición mediante el cual se solicitó el pago de incapacidad No. 534476, proferida por la Nueva EPS del veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), en donde se le reiteró al actor que “la EPS asumirá el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de incapacidad por origen común, una vez se expida la reglamentación que permita desarrollar y ejecutar las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015”¹⁶; (vii) copia de petición elevada ante la Nueva EPS de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil diecisiete (2017)¹⁷; y, (viii) copia de la respuesta al derecho de petición emitida por Protección S.A. del veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017)¹⁸.

5. Actuaciones surtidas en sede de revisión

5.1. Mediante auto del seis (6) de octubre de dos mil diecisiete (2017)¹⁹, se decretó una prueba con el fin de obtener información adicional sobre los medios de subsistencia del señor Luis Eduardo Rubio Barragán, entre otros datos, se le ordenó al accionante informar al Despacho sustanciador: (i) ¿Cuáles han sido los medios de subsistencia con los que ha contado desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) hasta la fecha de recepción del presente auto?; (ii) ¿Cuáles son los ingresos, gastos personales, alimentación, transporte, pago de servicios públicos, pago de créditos o deudas a su nombre y demás necesidades que debe atender en la actualidad?; y, (iii) ¿Cuáles han sido las gestiones y actividades administrativas o judiciales que ha llevado a cabo para reclamar el pago de las incapacidades adeudadas a partir del seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). En particular, refiera si ha presentado peticiones o solicitudes ante las entidades accionadas, luego de la interposición de la acción de tutela de la referencia (22 de febrero de 2017)?. Asimismo, indicara “si solicitó calificación de pérdida de capacidad laboral a través de alguna de las entidades accionadas o ante alguna Junta de Calificación de Invalidez competente. En caso de que la respuesta sea afirmativa, remita copia del dictamen. Ahora bien, si la respuesta a la pregunta es negativa explique las razones por las que no ha solicitado la calificación de pérdida de capacidad laboral”.

5.1.1. El diez (10) de octubre de dos mil diecisiete (2017), la Secretaría General de esta Corporación, mediante oficio No. OPTB-2653/17, remitió copia del Auto del seis (6) de octubre de la misma anualidad al señor Luis Eduardo Rubio Barragán para que, en los dos (2) días siguientes a su notificación, se pronunciara sobre lo ordenado en la referida providencia. Sin embargo, vencido el término probatorio, se informó al Despacho sustanciador que no se recibió comunicación alguna por parte del accionante. Lo anterior, en atención a que “el oficio No. OPTB-2653/17 dirigido al señor LUIS EDUARDO BARRAGÁN fue devuelto por la Oficina de Correo 472, con anotación No existe”. Al respecto, es necesario aclarar que las respectivas comunicaciones dirigidas a la parte accionante fueron remitidas a la dirección de notificación, aportada en el escrito de tutela²⁰.

5.2. Asimismo, en la providencia del seis (6) de octubre de dos mil diecisiete (2017), se ordenó a la Nueva EPS y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que allegaran al proceso de revisión todas las constancias de incapacidad médica que tuvieran en su poder, relacionadas con los hechos expuestos por el actor, expedidas a partir del seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), así como su relación de pagos.

5.2.1. Mediante oficio del dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017)²¹, la Administradora de Fondos y Pensiones y Cesantías Protección S.A. informó a este Despacho que:

(i) En la base de datos de esa entidad obran copias de las incapacidades proferidas a nombre de Luis Eduardo Rubio Barragán, las cuales datan desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) hasta el veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017), que las mismas fueron remitidas a la Nueva EPS por ser la entidad responsable del pago por cuanto se profirieron luego del día 540 del periodo de incapacidad continuo al que ha estado sometido el accionante, según lo establece el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

(ii) En cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Control de Garantías de Ibagué²², la AFP Protección S.A. asumió el pago de las incapacidades desde el día 181, correspondientes al periodo entre el treinta (30) de mayo de dos mil trece (2013) y el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), completando un total de 1.273 días cancelados por esa entidad.

(iii) Aportó relación de los pagos de incapacidad temporal efectuados a nombre de Luis

Eduardo Rubio Barragán a partir del treinta (30) de mayo de dos mil trece (2013) (día 181) hasta el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

5.2.2. En oficio del nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), la Secretaría General de esta Corporación informó al Despacho sustanciador que, vencido el término probatorio, no se recibió comunicación alguna de la parte accionada Nueva EPS, en respuesta del oficio No. OPTB-2654/17 del diez (10) de octubre de diecisiete (2017), mediante el cual se solicitó remitir a esta Corporación las pruebas decretadas en Auto del 6 de octubre de la misma anualidad.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso

2.1. El señor Luis Eduardo Rubio Barragán formuló acción de tutela contra Nueva EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social e igualdad. Sostuvo que la afectación de las garantías invocadas se produjo como consecuencia de la negativa de las accionadas a reconocer y pagar las incapacidades médicas generadas a partir el día 540.

2.2. La AFP Protección S.A. sostuvo que la obligación de reconocer y pagar el subsidio por incapacidad pretendido por el accionante se encuentra a cargo de la EPS, en virtud de lo señalado en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 que, en su criterio, impone tal deber. También recordó que, debido a su carácter subsidiario, la tutela no es un mecanismo idóneo para reclamar el pago de incapacidades. De otro lado, la Nueva EPS, sostiene que el pago de las incapacidades posteriores al seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) solicitadas

por el actor, está condicionado a que “se expida la reglamentación que permita desarrollar y ejecutar las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015 con relación a los nuevos parámetros para el reconocimiento y pago de incapacidades”²³, por superar los 540 días continuos.

3. Estudio de procedencia de la acción de tutela de la referencia

3.1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la procedencia de la acción de tutela está condicionada a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales comprometidos.²⁴ En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo²⁵.

3.2. En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que el ciudadano Luis Eduardo Rubio Barragán tiene legitimación por activa para formular la acción de tutela de la referencia, en la medida en que es titular de los derechos fundamentales cuya defensa inmediata invoca.

3.3. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso²⁶.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que la acción amparo es procedente contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros²⁷.

En el asunto de la referencia, las entidades que fungen como demandadas son particulares que forman parte del Sistema General de Seguridad Social y prestan los servicios públicos de

salud y de seguridad social, por lo que contra ellas procede la tutela.

3.4. El artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”. Por lo anterior, la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades, pues el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de amparo²⁸.

No obstante, la jurisprudencia constitucional señala que el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse de manera sustancial y no simplemente formal en cada caso concreto cuando se verifique la existencia de otros medios de defensa judicial, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. De lo contrario, en sede de revisión se podrá aplicar una de las dos excepciones que justifican su procedibilidad²⁹, a saber:

(i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

3.5. La Corte Constitucional ha señalado de manera constante que el no pago de una incapacidad médica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino que supone la vulneración de otros derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia, pues “no sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para

suministrar el necesario sustento a los suyos”³⁰. En esa medida, el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente³¹.

Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que “los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”³².

3.6. En el caso concreto, es indispensable destacar que el accionante: (i) no desarrolla ninguna actividad laboral formal o informal; (ii) su única fuente de ingresos económicos es el pago que recibía por concepto de subsidio de incapacidad desde el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011) hasta el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), fecha en la cual la AFP Protección S.A. manifestó su negativa para continuar realizando el pago por haber superado ampliamente los 540 días incapacitado; y (iii) la Nueva EPS condicionó el reconcomiendo y pago de incapacidades al accionante hasta que se expida alguna reglamentación que permita desarrollar y ejecutar las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015.

Así las cosas, la Sala observa que el mínimo vital del señor Luis Eduardo Rubio Barragán se encuentra ante una amenaza inminente, pues no cuenta con los recursos económicos necesarios para soportar los quebrantos de salud con ocasión del diagnóstico por apnea del sueño, aunado a otras enfermedades como la hipertensión y obesidad tipo 2 que padece, circunstancias que agravan aún más su situación. De las pruebas obrantes en el expediente se verifica que desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) no recibe el pago del subsidio por incapacidad por enfermedad de origen común pues la EPS a la que se encuentra afiliado se niega a realizar el desembolso hasta que “se expida la reglamentación que permita desarrollar y ejecutar las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015”³³.

Lo anterior evidencia que el accionante se encuentra en condiciones de extrema necesidad y si bien en estos casos la asistencia derivada de la solidaridad familiar juega un papel

importante para aliviar las consecuencias económicas que el actor y su núcleo familiar soporten con ocasión a su diagnóstico médico, tal ayuda no debe entenderse como suficiente para suplir las necesidades básicas y mínimas del accionante. Máxime, si se tiene en cuenta que el peticionario informó que su único sustento económico es el pago que recibe por sus incapacidades y que no cuenta con ninguna ayuda adicional, afirmación que no fue desvirtuada por ninguna de las partes accionadas; es decir, que en el presente caso, la posibilidad de contar con otras fuentes de ingresos es indeterminada e incierta. Razón por la cual su mínimo vital se encuentra ante una amenaza inminente.

3.7. Resulta conviene señalar que el actor afirmó en su escrito de tutela que no ha sido calificado por ninguna autoridad competente para establecer su pérdida de capacidad laboral pese a que el periodo continuo de incapacidad laboral supera ampliamente los 1.273 días. Para agravar la anterior situación, la ausencia de pago del subsidio de incapacidad reclamado por el accionante lo sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad debido al deterioro de su salud, pues adicional a la apnea del sueño que sufre, también padece de obesidad tipo 2 e hipertensión, según historia clínica aportada en el escrito de tutela³⁴.

3.8. El juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad. Argumentó que el accionante cuenta con otros mecanismos idóneos, como la jurisdicción ordinaria laboral o el trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud.

La Sala no comparte lo afirmado por el a quo, pues, si bien es cierto, la justicia laboral es el medio judicial idóneo para solucionar la controversia suscitada, en el caso que nos ocupa, no resulta eficaz debido a que el término en el cual se resuelve este tipo de conflicto pondría en grave riesgo al señor Luis Eduardo Rubio Barragán.

En relación con el trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, se precisa que el literal g del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011³⁵, que modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control “conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”; sin embargo, en el presente caso, no se trata de una simple consideración económica, pues la negativa del reconocimiento y pago de las incapacidades laborales por enfermedad, conlleva una vulneración a los derechos

fundamentales del trabajador, cuando se demuestra que éste no tiene ninguna fuente de ingresos distinta al empleo que, precisamente por encontrarse enfermo, no puede ejecutar. En esa medida, dadas las condiciones en que se encuentra el accionante, el referido trámite no puede considerarse como un medio eficaz para la protección que se solicita a través de la acción de tutela.

En virtud de lo anterior, la Sala considera que los medios judiciales ordinarios, como la acción ordinaria ante el juez laboral o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, en el presente caso, resultan ineficaces para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece el accionante. Ello se sustenta en: (i) el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital del accionante, que se evidencia en los aspectos anteriormente mencionados y (ii) su situación de desventaja derivada de sus circunstancias de vulnerabilidad frente a las entidades accionadas que, a su vez, se originan en su situación de salud debido a que, en su caso concreto, la enfermedad ha sido incapacitante por más de 1.273 días.

3.9. Se observa que existe una amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital del peticionario, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración, pues desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) no recibe el pago del subsidio por incapacidad a que tiene derecho. En consecuencia, la Sala estima que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para efectuar este reclamo, los mismos resultan idóneos pero ineficaces para su situación particular.

3.10. Finalmente, sobre el cumplimiento del requisito de inmediatez, la procedencia de la acción de tutela en relación con el pago de incapacidades expedidas mucho antes de la instauración de la acción de amparo, está condicionada a la diligencia del peticionario respecto de la omisión o respuesta negativa de las entidades responsables³⁶ o del lapso transcurrido entre la negativa a sufragar la prestación debida y la formulación de solicitud de amparo³⁷.

En el proceso de la referencia, la Sala Séptima de Revisión encuentra demostrado que (i) el señor Luis Eduardo Rubio Barragán radicó ante la Nueva EPS tres (3) peticiones escritas en

las que requería el pago de los auxilios por incapacidad prescritos a su favor; (ii) el actor elevó al menos tres (3) peticiones ante la AFP Protección S.A. en las cuales solicitaba que la entidad reconociera y asumiera las incapacidades proferidas por su médico tratante; (iii) entre la fecha en la que presentó la última petición (24 de enero de 2017) y la fecha en la que instauró la acción de tutela (22 de febrero de 2017) transcurrieron solo 28 días; y (iv) el peticionario ha sido incapacitado de manera continua por un término que supera ampliamente los 540 días a causa del mismo cuadro clínico (apnea del sueño)³⁸.

Para la Sala, la presente acción de tutela, desde un punto de vista formal, resulta procedente, pues el tutelante actuó con notoria diligencia, pese a su estado de salud interpuso la acción de tutela en un plazo razonable y su derecho fundamental al mínimo vital continúa afectado. En tal sentido, la Sala considera que la presente acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez.

Es posible concluir que la acción de tutela que formuló Luis Eduardo Rubio Barragán contra Nueva EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. procede como mecanismo principal y definitivo para la protección de sus derechos fundamentales comprometidos. Por lo tanto, la Sala pasará a plantear el problema jurídico y a resolver el caso objeto de revisión.

4. Problema jurídico

Después de verificada la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante al negarse a reconocer y asumir el auxilio correspondiente a las incapacidades originadas con posterioridad al día 540, con fundamento en que, en su criterio, (i) dicha obligación no se encuentra a su cargo y (ii) el Gobierno Nacional no ha expedido la reglamentación sobre la materia objeto de desarrollo en la Ley 1753 de 2015?

Para resolver la controversia planteada en este trámite, la Sala reiterará el marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades laborales superiores a los 540 días y resolverá el caso concreto.

5. Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades laborales

superiores a los 540 días. Reiteración de jurisprudencia

El Sistema General de Seguridad Social contempla diferentes tipos de protección a la que pueden tener derecho los trabajadores que enfrenten una contingencia por accidente o enfermedad común, limitando su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y de esta manera obtener un salario que les permita una subsistencia digna. Así, la Ley 100 de 1993³⁹, el Decreto 692 de 1994⁴⁰, el Decreto 1748 de 1995⁴¹, el Decreto 1406 de 1999⁴² y el Decreto 2943 de 2013⁴³, entre otras disposiciones, reglamentan medidas que garantizan, a través del pago de las incapacidades laborales, los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la vida digna.

La falta de capacidad laboral, temporal o permanente, puede ser de origen laboral o común, circunstancia que determina quién es la entidad obligada a cancelarla.

En relación con las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013⁴⁴ preceptúa que las Administradoras de Riesgos Laborales serán las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico; pago que se surtirá, por parte de las ARL, “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez⁴⁵”

Para el pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, de acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, se deberá tener en cuenta el tiempo de duración de la incapacidad para determinar el obligado a cancelar la referida prestación económica.

Así, cuando el trabajador se vea imposibilitado por salud para ejercer su labor, entre el día 1 y 2 el empleador será el responsable de asumir el desembolso.

Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado por su médico tratante por problemas de salud, es decir, a partir del día 3 que se puede prorrogar hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado,

según el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 5246 de la Ley 962 de 2005⁴⁷.

Respecto de la responsabilidad en materia de incapacidades que superan los 540 días, ya sea porque el trabajador no ha sido calificado para establecer su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, el Congreso de la República, a través de la Ley 1753 de 2015 -Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018-, atribuyó el pago de este subsidio de incapacidad a las entidades promotoras de salud (EPS). En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

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

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades”⁴⁸. (Negrilla agregada).

No obstante lo anterior, las EPS podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo prescrito en la norma transcrita anteriormente. El deber legal de asumir las incapacidades originadas por enfermedad común que superen los 540 días no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades

obligadas a dicho trámite no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad continua y prolongada.

5.2. Con fundamento en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la Corte Constitucional ha reiterado que, a partir de la vigencia de esa norma⁴⁹, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado⁵⁰.

En atención a lo anterior, la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación en Sentencia T-144 de 2016, al resolver el caso de una ciudadana, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió varias fracturas en un accidente de tránsito que le provocaron incapacidades por más de 540 días y cuyo dictamen de Calificación de Invalidez superó el 50% de pérdida de capacidad laboral, concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. Lo anterior al argumentar que:

“En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud”⁵¹.

Asimismo, la Corte Constitucional en la citada Sentencia T-144 de 2016, estableció tres reglas para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 en casos como el que ahora se analiza, al determinar que:

“(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%;

(ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es

obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y,

(iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad”⁵².

Posteriormente, mediante la Sentencia T-200 de 2017, la Sala Novena de Revisión se pronunció en relación con dos procesos de tutela acumulados en los que se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540, días sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, pues en un caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral obtenido por el peticionario era inferior al 50% y en el otro ni siquiera se había sido calificado al accionante⁵³.

La referida Sala indicó que las autoridades accionadas no pueden sustraerse de su obligación de cancelar las incapacidades médicas cuando superan los 540 días alegando falta de legislación que regule la materia, pues con la expedición de la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional anterior a su vigencia (9 de junio de 2015). Por lo anterior, resolvió amparar los derechos fundamentales de cada uno de los trabajadores accionantes al reiterar que las incapacidades que superen los 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes⁵⁴.

Recientemente, la Corte Constitucional en Sentencia T-401 de 2017 resolvió una acción de tutela contra una Administradora de Fondos de Pensiones y la EPS a la cual se encontraba afiliada la accionante, quienes se negaban a reconocer y pagar las incapacidades laborales luego de cumplir el día 181 y que superaban los 540 días, ordenadas por su médico tratante. En esa oportunidad la AFP argumentó que: (i) no le correspondía sufragar los subsidios de incapacidad originados a partir del día 180 dado que el concepto de rehabilitación de la accionante era desfavorable y (ii) las incapacidades posteriores al día 540 se encontraban a cargo de la EPS.

Por su parte, la EPS alegó que (i) las incapacidades de la accionante presentaban períodos “descubiertos” (es decir, eran discontinuas) y, por tanto, no podían ser validadas; (ii) la Ley

1753 de 2015 no regulaba el caso de la tutelante pues dicha norma no se encontraba en vigencia al momento en que se cumplió el día 540 de incapacidad; y, (iii) no podía ser aplicada la disposición legal citada debido a la falta de creación del ente administrador de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Al abordar el caso concreto, Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional concluyó que:

(i) La existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable no impide de manera alguna que los fondos de pensiones paguen los subsidios de incapacidad que son de su competencia, es decir, las incapacidades médicas prescritas a un trabajador a partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540.

(ii) La interpretación propuesta por la EPS respecto de la vigencia y aplicación de la Ley 1753 de 2015, no desarrollaba adecuadamente los mandatos constitucionales, pues, si bien es cierto que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 entró en vigencia el 9 de junio de la misma anualidad, la jurisprudencia constitucional ha admitido su aplicación retroactiva con fundamento en: (a) el principio de igualdad; (b) la especial protección de la cual son titulares las personas con incapacidades prolongadas y que, en consecuencia, no han podido integrarse nuevamente a la actividad laboral; y (c) las EPS tienen la facultad de repetir lo pagado ante el Estado⁵⁵.

(iii) Estimó que la supuesta imposibilidad de aplicar la Ley 1753 de 2015 debido a que la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud no había sido creada contrariaba el sentido de las propias normas legales para la protección de los derechos fundamentales de las personas con incapacidades que superan los 540 días, pues:

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

cabeza de las EPS el pago de las incapacidades que superen los 540 días.

(ii) La interpretación aducida va en contra de la vigencia expresa de la norma. Así, de acuerdo con el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, la norma rige “a partir de su promulgación”, sin que sea admisible sostener que su vigencia pueda ser desconocida.

(iii) El entendimiento antes aludido desconoce el principio de accesibilidad del derecho fundamental a la salud⁵⁶, en la medida en que impone una barrera administrativa que no se encuentra prevista ni en la ley ni en el reglamento y que surge simplemente de la interpretación de la entidad.

(iv) Por último, las Salas de Revisión de esta Corporación se han pronunciado expresamente acerca de la aplicabilidad de esta norma y han ordenado a las EPS sufragar las incapacidades superiores al día 540, con base en tal disposición⁵⁷.

Por todo lo anterior, la Sala indicó que los argumentos expuestos por las entidades accionadas para sustraerse de sus obligaciones legales respecto de las incapacidades prescritas a la accionante no eran de recibo; en esa medida, ordenó a la EPS accionada proceder a realizar el pago de las incapacidades que excedieran los 540 días.

Luis Eduardo Rubio Barragán formuló acción de tutela contra la AFP Protección S.A. y la Nueva EPS, por considerar que la negativa de dichas entidades a reconocer y pagar las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) al veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017), fecha en que interpone la acción de amparo de la referencia, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social e igualdad.

Debido al diagnóstico de “G473 APNEA DEL SUEÑO” que padece se le han expedido incapacidades desde el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), las cuales, según afirma el actor, se tornaron ininterrumpidas hasta la fecha de la presentación de la acción de tutela de la referencia (22 de febrero de 2017), sin que haya sido calificada su pérdida de capacidad laboral.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. asumió el pago de sus incapacidades desde el día 181; es decir, desde el treinta (30) de mayo de dos mil trece

(2013) hasta el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Sin embargo, a partir de la última fecha citada ni la Nueva EPS ni la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. han accedido al pago de las incapacidades proferidas por su médico tratante, las cuales se han prolongado de forma continua hasta la fecha de interposición de la acción de tutela (22 de febrero de 2017). Lo anterior, afectando gravemente su mínimo vital al ser su única fuente de ingresos, afirmación que no fue desvirtuada por la parte accionada dentro del proceso de tutela de la referencia.

En sus respectivas contestaciones, las entidades accionadas alegaron que no tienen el deber legal de asumir el pago de las prestaciones económicas solicitadas por el peticionario. En efecto, la AFP Protección S.A. argumentó que a partir del día 541 quien debe asumir el pago de incapacidades, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, es la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliado el usuario.

La Nueva EPS indicó que el derecho a la salud del actor se encuentra plenamente garantizado; en esa medida, consideró que la acción de amparo no puede ser utilizada para lograr el pago de una prestación económica, razón por la cual, la solicitud presentada por el accionante debe ser estudiada y definida en la jurisdicción ordinaria. Asimismo, en las respuestas dadas a los derechos de petición elevados por el accionante ante esa entidad, la Nueva EPS categóricamente informa que sólo podrecherà a reconocer y pagar las incapacidades superiores a los 540 días a nombre del actor cuando “se expida la reglamentación que permita desarrollar y ejecutar las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015⁶ con relación a los nuevos parámetros para el reconocimiento y pago de incapacidades”⁵⁸.

Afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna

La Sala Séptima de Revisión evidencia una afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del señor Luis Eduardo Rubio Barragán al constatar que no está recibiendo el pago oportuno del subsidio de incapacidad desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), única fuente de ingresos del accionante para sobrellevar su actual estado de vulnerabilidad debido a las precarias condiciones de salud en que se encuentra, lo que lo imposibilita para trabajar.

Se resaltan las condiciones de extrema necesidad expresadas por el actor y decantadas en el

análisis de procedencia de la presente acción, relacionadas con el menoscabo de sus garantías constitucionales no sólo por la negativa de la EPS accionada de efectuar el pago de las incapacidades proferidas por su médico tratante por superar los 540 días, sino por el indiscutible deterioro de su salud, pues adicional a la apnea del sueño que sufre, también padece de obesidad tipo 2 e hipertensión, según la epicrisis aportada al proceso de tutela. Aunado a lo anterior, se evidencia que el actor no ha sido calificado por ninguna autoridad competente para establecer su pérdida de capacidad laboral pese a que el periodo continuo de incapacidad laboral supera ampliamente los 1.273 días, según certificaciones aportadas por la AFP Protección S.A.

Lo anterior, sin que las entidades accionadas hayan allegado al expediente elementos probatorios que controviertan las afirmaciones del accionante respecto a la difícil situación económica y a los efectos nocivos que la referida negativa le está generando en la actualidad. En consecuencia, se presume la buena fe del actuar del señor Luis Eduardo Rubio Barragán dentro del trámite de tutela, para reclamar la protección de sus derechos fundamentales por esta vía.

Definición de la obligación del pago de las incapacidades

Con la expedición de la Ley 1753 de 2015, el legislador atribuyó a las EPS la responsabilidad de reconocer y pagar las “incapacidades de origen común que superen los 540 días continuos”, obligación explícita que no está sometida a ningún condicionamiento. Así, el Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018, ha previsto en su artículo 67 en relación con el reconocimiento de incapacidades que superen los 540 días, lo siguiente:

“Artículo 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos: (...) Estos recursos se destinarán a: El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

(...)” (Resaltado fuera de texto)

En ese sentido, no es de recibo para esta Corporación que la Nueva EPS se abstenga de reconocer y pagarle al accionante las incapacidades posteriores a los 540 días al argumentar que el Gobierno Nacional no ha expedido la reglamentación sobre la materia objeto de desarrollo en la Ley 1753 de 2015, pues el mandato según el cual “El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS”, se refiere a la revisión, calificación definitiva y a las posibles circunstancias que puedan generar la suspensión del pago, independiente del enunciado normativo que radica en cabeza de las EPS la obligación de reconocer y pagar el subsidio de incapacidad luego de superar los 540 días.

El auxilio de incapacidad debe entenderse como una herramienta para hacer efectivo el derecho fundamental a la salud en la medida en que permite la recuperación satisfactoria del paciente. En ese sentido, no pueden las EPS sustraerse de la obligación impuesta por el legislador en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 alegando falta de regulación al efectuar una interpretación errónea de la citada norma, pues hacerlo genera una barrera administrativa que no tiene fundamento legal y vulnera los derechos de las personas con incapacidades que superan los 540 días.

Por todo lo anterior, y con base en la obligación impuesta por la Ley 1753 de 2015, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará a la Nueva EPS realizar el pago de las incapacidades emitidas a partir del seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferidas luego de los 540 días y hasta que cese su emisión en favor del actor.

Consideraciones respecto de la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral hecha por el accionante en su escrito de tutela

Finalmente, esta Sala de Revisión encuentra necesario hacer las siguientes precisiones sobre la pretensión de calificación de pérdida de capacidad laboral efectuada por el accionante en su escrito de tutela. Al respecto, el señor Luis Eduardo Rubio Barragán advierte que, pese a encontrarse incapacitado de manera continua desde el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), la entidades accionadas no han iniciado los trámites pertinentes para determinar el porcentaje de disminución ocupacional desde la referida fecha.

Sobre el particular, el Artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012⁵⁹ establece que le corresponde “a la 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 o 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.

No obstante lo anterior, el interesado que no esté de acuerdo con la calificación podrá manifestar su inconformidad dentro de los 10 días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez dentro de los 5 días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Cuando las incapacidades por enfermedad de origen común o general superan los 120 días, la EPS deberá emitir un concepto de rehabilitación respecto del estado de salud real del afiliado, y posteriormente, remitirlo a la Administradora de Fondos de Pensiones antes de cumplirse el día 150 de incapacidad.

Si el concepto de rehabilitación es favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días adicionales; de lo contrario, la Administradora de Fondos de Pensiones está en la obligación de remitir el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que se verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en caso afirmativo, se califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado⁶⁰.

En el presente caso no existe prueba dentro del expediente que permita determinar que la Nueva EPS profirió concepto de rehabilitación en relación con el caso del señor Luis Eduardo Rubio Barragán, así como tampoco dentro de los elementos probatorios allegados en sede de revisión por la AFP Protección S.A. se informa que dicha entidad haya remitido el caso del accionante a la Junta de Calificación de Invalidez para que se efectuara la calificación de la pérdida de capacidad laboral del afiliado, pese a que, como lo indica en el reporte de pagos por incapacidad temporal aportado al proceso, canceló un total de 1.273 días, superando ampliamente los 360 días de que trata el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, para postergar el trámite de calificación.

Es pertinente resaltar que al señor Luis Eduardo Rubio Barragán se le han continuado

prescribiendo incapacidades desde el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Incluso, al momento de formular la presente acción de tutela (22 de febrero de 2017), el actor ya acumulaba 78 días de incapacidad en el período más reciente de incapacidades continuas, lo cual evidencia que su estado de salud no le ha permitido reincorporarse laboralmente.

En virtud de lo expuesto, la Sala revocará la sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, así como el fallo dictado el siete (7) de marzo de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Luis Eduardo Rubio Barragán contra la Nueva EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En su lugar, concederá el amparo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante.

En consecuencia, la Sala ordenará a la Entidad Promotora de Salud Nueva EPS, que en término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague al señor Luis Eduardo Rubio Barragán las incapacidades emitidas a partir del seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del accionante, por superar el periodo de 540 días. Asimismo, se ordenará a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia y si aún no lo ha hecho, remita el caso del señor Luis Eduardo Rubio Barragán a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, para que se califique su pérdida de la capacidad laboral y se determine el porcentaje de su disminución ocupacional.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones y en los términos de esta providencia, REVOCAR la sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, así como el fallo dictado el siete (7) de marzo de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Luis Eduardo Rubio Barragán contra la Nueva EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de Luis Eduardo Rubio Barragán.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Entidad Promotora de Salud Nueva EPS, que en término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague al señor Luis Eduardo Rubio Barragán las incapacidades médicas emitidas a partir del seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del accionante.

TERCERO.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, remita el caso del señor Luis Eduardo Rubio Barragán a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, para que se califique su pérdida de la capacidad laboral y se determine el porcentaje de su disminución ocupacional.

CUARTO.- ADVERTIR a la Entidad Promotora de Salud Nueva EPS, acerca de su deber de acatar la aplicabilidad del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 que han establecido las Salas de Revisión de la Corte Constitucional y que se encuentra desarrollada en la parte motiva de esta providencia; en consecuencia, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades continuas posteriores al día 540 con fundamento en la falta de reglamentación de la referida norma por parte del Gobierno Nacional.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 22 de febrero de 2017.

2 Folio 36 del cuaderno principal. En adelante se entenderá que todos los folios a los que se haga referencia hacen parte del cuaderno principal a menos que se diga específicamente lo contrario.

3 Folios 22 al 25.

4 Folios 49 y siguientes.

5 Folio 54.

6 Folios 56 y siguientes.

7 Folios 103 y siguientes.

9 Folio 35.

10 Folio 104.

11 Folio 37.

12 Folios 2 al 26.

13 Folios 27 al 29.

14 Folio 30.

15 Folio 35.

16 Folio 31.

17 Folios 32 y 33.

18 Folio 34.

19 Folios 19 al 22 del cuaderno constitucional.

20 Folio 43.

21 Folios 31 al 44 del cuaderno constitucional.

22 En la respuesta proferida por Protección S.A. no se cita la fecha en que se profirió el referido fallo.

23 Folio 104.

24 Al respecto la sentencia T-222 del 2014, indicó que: “No puede predicarse idoneidad y eficacia de un recurso sin hacerse un análisis concreto. Ello implica que el juez constitucional despliegue una carga argumentativa a fin de determinar la procedencia de la tutela. No es dable en un Estado Social de Derecho que un juez constitucional niegue por improcedente un amparo constitucional sin si quiera analizar, paso a paso, el requisito de subsidiariedad.”

25 En ciertos casos, además, este puede ser un argumento para proveer una solución principal y definitiva. En ese sentido, la sentencia T-396 de 2009 señala: “[L]a acción de tutela procederá como mecanismo principal y definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y/o eficaz en el caso concreto.” Esta posición ha sido reiterada por las sentencias T-820 de 2009, T-354 de 2012, T-140 de 2013, T-491 de 2013, T-327 de 2014, T-471 de 2014 y T-350 de 2016, entre muchas otras.

26 Sentencia T-373 de 2015.

27 Artículo 42 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991.

28 Sentencia T-662 de 2016.

29 Ibídem.

30 Sentencia T-311 de 1996.

31 Ibídem. .

32 Ver, entre otras, las sentencias T-311 de 1996; T-920 de 2009; T-468 de 2010; T-182 de 2011; T-140 de 2016 y T-401 de 2017.

33 Folios 31 y 35.

34 Folios 3 y siguientes.

35 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

36 Sentencia T-182 de 2011.

38 En el trámite de revisión la AFP Protección S.A. aportó certificación de pago de incapacidades al actor por un total de 1.273 días.

39 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

40 “Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993”.

41 “Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993”.

42 “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian

dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.

43 “Por el cual se modifica el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999”.

44 Modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

45 Sentencia T-490 de 2015.

46 Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

47 Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

48 Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

49 Ley 1753 de 2015. “ARTÍCULO 267. Vigencias y Derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.” La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

50 Sentencia T-144 de 2016, T-200 de 2017 y T-401 de 2017, entre otras.

51 Sentencia T-144 de 2016.

52 Sentencia T-144 de 2016, T-200 de 2017 y T-401 de 2017.

53 Sentencia T-200 de 2017.

54 Ibídem.

55 La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

56 Artículo 6, literal c) de la Ley 1751 de 2015. Así mismo, véase: Sentencia C-313 de 2014.

57 Sentencia T-401 de 2017, fundamento jurídico número 41.

58 Folios 31 y 35. Respuesta proferida por la Nueva EPS de manera reiterada mediante oficios del 2 y 25 de enero de 2017, respectivamente, respecto de las solicitud elevadas por el accionante a esa entidad para hacer efectivo el pago de sus incapacidades.

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

60 Artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.