

Sentencia T-786/10

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE ACREENCIAS LABORALES-Reiteración de jurisprudencia

INCAPACIDAD LABORAL-Marco normativo para reconocimiento y pago de incapacidades laborales originadas por enfermedad general en el caso de los trabajadores independientes

ALLANAMIENTO A LA MORA-Pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Obligación de carácter legal que debe ser asumida por las EPS, cuyo cumplimiento no puede ser asumido por parte del FOSYGA

ACCION DE TUTELA-Orden a EPS de pagar la totalidad de la prestación económica derivada de las incapacidades laborales por cuanto se vulnera el derecho fundamental al mínimo vital

Referencia: expediente T-2727344

Acción de tutela interpuesta por Francia Elena Marengo Cantillo contra COLMEDICA EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2.010)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de

Barranquilla, en el trámite de la acción de tutela incoada por Francia Elena Marengo Cantillo contra COLMEDICA EPS.

## I. ANTECEDENTES.

La señora Francia Elena Marengo Cantillo interpuso acción de tutela contra COLMEDICA EPS, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

### 1. Hechos.

1.1. La actora se encuentra afiliada como independiente al régimen contributivo de Salud en COLMEDICA EPS.

1.2. El día 26 de julio de 2009 la accionante fue sometida a un procedimiento quirúrgico de histerectomía, a cargo de la EPS accionada, y como resultado de dicha intervención le fue concedida una incapacidad de 30 días por parte del médico tratante.

1.3. El 25 de agosto de 2009 la peticionaria debió ser intervenida nuevamente bajo el diagnóstico de “absceso (sic) cutáneo- frunculo y carbunco de sitio no específico”, por lo cual le fue otorgada una segunda incapacidad de 15 días.

1.4. Luego de adelantar los trámites pertinentes para el pago de las dos incapacidades otorgadas, COLMEDICA EPS se negó a cancelarlas, aduciendo que varios de los aportes de los últimos 6 meses no fueron realizados dentro de las fechas establecidas legalmente.

1.5. La accionante manifiesta que su único medio de subsistencia se encuentra en los ingresos que percibe como producto de las actividades u oficios domésticos que presta sin subordinación a particulares, por lo que la ausencia de ingresos durante el tiempo que estuvo incapacitada la llevó a acudir a prestamistas, con la expectativa de obtener las correspondientes prestaciones por incapacidad por parte de la EPS.

1.6. Por lo anterior, la accionante considera que la actuación de COLMEDICA EPS vulnera su derecho fundamental al mínimo vital, toda vez que al ser el producto de su trabajo su única

fuente de ingresos, se configura una situación de inminencia y gravedad del perjuicio que torna ineficaz la vía judicial ordinaria, máxime cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que cuando se realizan pos aportes de manera extemporánea, pero la EPS los acepta en esas condiciones, se configura el allanamiento a la mora, debiéndose cancelar las prestaciones a las que hubiere lugar.

## 2. Contestación de la solicitud de tutela

2.1. El Representante de COLMEDICA EPS se opuso a las pretensiones de la tutela apoyándose en los siguientes argumentos:

Las incapacidades reclamadas por la señora Francia Elena Marengo Cantillo se encuentran en estado rechazado, por cuanto no se realizó en la debida oportunidad los pagos de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, lo cual es requisito indispensable para que se pueda acceder al reembolso de dicha prestación económica por parte de la EPS.

En este sentido, el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 establece que los empleadores o trabajadores independientes tienen derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que se hayan cancelado en forma completa sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, habiéndose efectuado dichos pagos en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

La misma norma indica que el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

Adicionalmente, la entidad accionada indicó que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 1670 de 2007, la fecha límite de pago para los pequeños aportantes cuyos últimos dígitos del NIT son 81, les corresponde como limite el 12º día hábil de cada mes.

Observando el caso de la actora, se encuentra que durante los periodos de marzo, abril, mayo y junio de 2009, la accionante realizó sus pagos de manera extemporánea, no

cumpliendo con los requisitos establecidos por la normatividad correspondiente para el pago de las prestaciones solicitadas.

La siguiente es la relación de pagos de aportes a seguridad social de la actora:

Periodo

Fecha de pago

Pago oportuno

IBC

01/02/2009

03/02/2009

20/02/2009

497.000

01/03/2009

27/03/2009

20/03/2009

497.000

01/04/2009

30/04/2009

23/04/2009

497.000

01/05/2009

27/05/2009

22/05/2009

497.000

01/06/2009

27/07/2009

23/06/2009

497.000

01/07/2009

16/07/2009

22/07/2009

497.000

Por lo anterior, COLMEDICA EPS no está en la obligación de cancelar a la accionante las prestaciones por incapacidad solicitadas.

No obstante, COLMEDICA EPS solicita que, de encontrarse procedente el amparo solicitado, se reconozca expresamente el derecho de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, por los gastos en que se incurra en cumplimiento del fallo.

### 3. El fallo objeto de revisión

En primera instancia, mediante sentencia de 9 de diciembre de 2009, el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Barranquilla resolvió negar el amparo solicitado, acogiendo los argumentos de la parte accionada indicando que efectivamente la accionante no realizó

oportunamente el pago de los aportes a seguridad social durante los últimos 6 meses, por lo cual no se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, y en consecuencia no procede el amparo solicitado.

Este fallo no fue impugnado.

#### 4. Las pruebas allegadas al proceso

##### 1. La parte accionante allegó al proceso las siguientes pruebas:

- Copia del oficio de 23 de octubre de 2009, suscrito por la señora Marcela Ardila Vizcaíno, analista de servicio al cliente de COLMEDICA EPS, mediante la cual se niega el reconocimiento de la prestación solicitada por la actora (fl. 4).
- Constancias de pago de aportes de la accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de COLMEDICA EPS, de los meses de julio y agosto (fls.6-7).
- Declaración juramentada de los señores Wilson Rojano Almanza y Jose Luis Navarro Martelo, en donde manifiestan saber que la señora Francia Elena Marengo Cantillo trabaja en oficios domésticos, deriva su sustento de esta actividad, y actualmente afronta dificultades económicas como consecuencia del tiempo en que estuvo incapacitada (fl. 8).

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia.

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar la sentencia del 9 de diciembre de 2009 proferida por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Barranquilla, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la señora Francia Elena Marengo Cantillo.

### Presentación del problema jurídico

2. De conformidad con la situación fáctica planteada, corresponde a la Sala determinar la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de prestaciones laborales, como las derivadas de incapacidad laboral. Si en el caso concreto la acción resultase procedente la Corte deberá definir si la negativa de COLMEDICA EPS a reconocer y pagar las prestaciones por incapacidad solicitadas por la peticionaria desconoce sus derechos fundamentales, a pesar de que algunos aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud se hicieron de forma extemporánea.

Adicionalmente, en caso de que la acción de amparo se encuentre llamada a prosperar, la Sala de Revisión tendrá que establecer si se debe facultar a la entidad demandada para recobrar el pago del valor de la incapacidad ante el Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA.

Para resolver los problemas jurídicos enunciados la Corte reiterará su jurisprudencia sobre: i) La procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales, ii) los requisitos para el reconocimiento y pago de incapacidades originadas por enfermedad general en el caso de los trabajadores independientes, iii) el allanamiento a la mora en el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, y iv) la facultad de recobro de los pagos efectuados por incapacidades laborales por parte de las Empresas Prestadoras de Salud ante el FOSYGA.

La procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de acreencias laborales, como la incapacidad laboral. Reiteración de Jurisprudencia.

3. La acción de tutela fue consagrada como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, de carácter residual y subsidiario, de tal forma que únicamente procede cuando i) el accionante no dispone de otro medio de defensa judicial, ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, casos en los cuales la tutela entra a proteger de manera directa los derechos frente a los que se invoca la protección, o iii) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales (artículo 86, Constitución Política).<sup>1</sup>

Frente al reconocimiento y pago de acreencias laborales el mecanismo ordinario de defensa judicial reside en la jurisdicción laboral ordinaria, por lo cual la acción de tutela es, en principio, improcedente para discutir controversias de esta índole, al existir un mecanismo ordinario de defensa judicial. En efecto, esta Corte ha indicado que “corresponde a la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio de la acción ordinaria laboral respectiva, la competencia para ventilar asuntos relativos a la reclamación de acreencias de orden laboral, tal como se encuentra contemplado en el Código Procesal del Trabajo.”<sup>2</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en aquellos casos en los cuales se constate la existencia de un mecanismo de defensa judicial, corresponde al juez de tutela verificar “en concreto” dicho mecanismo en cuanto a su eficacia para la protección de los derechos fundamentales, atendiendo las circunstancias específicas que motivaron la acción de tutela.<sup>3</sup>

En ese sentido, la Corte ha indicado que corresponde al juez de tutela establecer si el mecanismo ordinario de defensa “permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”<sup>4</sup> a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional y su aptitud para proteger los derechos invocados. En consecuencia, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela”.<sup>5</sup>

Para apreciar el medio de defensa alternativo, la jurisprudencia ha estimado conducente tomar en consideración entre otros aspectos“(a)el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela” y, “(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.”<sup>6</sup> Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial alterno de protección es conducente o no para la defensa de los derechos que se alegan lesionados. De ser ineficaz, la acción de tutela será procedente.”<sup>7</sup>

Existe una sólida línea jurisprudencial en la cual se reconoce la procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago y reconocimiento de acreencias laborales cuando la falta de pago de las mismas amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social, al

mínimo vital y/o a la vida digna de la persona que depende exclusivamente de dichos ingresos para la atención de sus necesidades básicas, personales y familiares, toda vez que en estos eventos el mecanismo ordinario de defensa se torna ineficaz ante la inminencia y gravedad del perjuicio. 8

Así, la Corte ha indicado que “cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y/o a la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada.”<sup>9</sup>

En síntesis, la acción de tutela procede únicamente de manera excepcional para el reconocimiento y pago de acreencias laborales, siempre que se compruebe por parte del juez de tutela que la ausencia del pago de la prestación amenaza o vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida digna y/o la seguridad social del afectado, de lo contrario, el mecanismo procedente para reclamar las prestaciones solicitadas será la justicia laboral ordinaria.<sup>10</sup>

4. Frente a la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, esta Corporación ha establecido que el no pago de una incapacidad médica es, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede tener relevancia constitucional cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia.<sup>11</sup>

La Corte ha señalado que el “el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye 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”.<sup>12</sup>

De este modo, la acción de tutela resulta procedente para reclamar el pago de incapacidades laborales, siempre que dicho ingreso sea el único medio de subsistencia del afectado y de su familia, de tal suerte que la ausencia de dicho pago adquiera trascendencia constitucional en

una afectación a los derechos al mínimo vital, la vida digna y/o la seguridad social del accionante.

Marco normativo para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales originadas por enfermedad general en el caso de los trabajadores independientes.

5. En la sentencia T-1090/07 se expuso que “las incapacidades laborales se definen como “el estado de inhabilidad física o mental de una persona, que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio”<sup>13</sup>; su reconocimiento está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico vigente, al igual que su liquidación y pago según se generen por los riesgos de accidente de trabajo, accidente común, enfermedad profesional o enfermedad general.”

Frente a la incapacidad laboral generada por enfermedad general, esta fue consignada en el artículo 206 de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

“Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 14, 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”.

El pago de incapacidades derivadas de enfermedad general para los trabajadores independientes se encuentra regulado por dos normas: el Decreto 1804 de 1999 y el Decreto 783 de 2000. Entre estas dos normas surgió un conflicto en relación con el tema de los periodos mínimos de cotización exigidos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales por enfermedad de trabajadores independientes.

Este conflicto de normas fue analizado por esta Corte mediante la sentencia T-722/07, reiterada en la sentencia T-530/08, en la cual se expuso que “para solucionar este conflicto normativo debe acudir al principio de la temporalidad, según el cual la norma posterior modifica o extingue la norma anterior con la que se encuentra en colisión y al principio de

favorabilidad, pues no existe duda que las norma más provechosa para los intereses del trabajador es sin lugar a dudas la contenida en el último decreto, pues sólo basta para obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades no profesionales haber cotizado al sistema las últimas cuatro (4) semanas anteriores a la solicitud.”<sup>15</sup>

De este modo, en la actualidad el pago de las incapacidades laborales a los trabajadores independientes se encuentra supeditado a lo establecido en el artículo el artículo 9 del Decreto 783 de 2000, el cual establece que “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.”

Sin embargo, los restantes requisitos contenidos en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999<sup>16</sup> también permanecen vigentes. Por esta razón, en la sentencia T-334/09 esta Corte recopiló los requisitos que deben ser observados en el pago de incapacidades laborales para los trabajadores independientes, a saber:

“1. Haber cotizado al Sistema, de forma ininterrumpida y completa, por un periodo mínimo de cuatro (4) semanas anteriores a la fecha de la solicitud de la prestación.

2. Haber cancelado oportunamente por lo menos cuatro (4) de los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho y no incurrir en mora en el pago de aportes durante el tiempo que esté disfrutando de la licencia<sup>17</sup>.

3. No tener deudas pendientes con Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadores de Servicios de Salud “por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades”.

4. Haber depositado información veraz al momento de su afiliación y de autoliquidar sus aportes.

5. Cumplir con los requisitos mínimos de movilidad en cuanto a la cotización a la seguridad social.”

El allanamiento a la mora en el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Reiteración de jurisprudencia.

6. Como se acaba de observar, uno de los requisitos que se debe verificar al momento de reconocer el pago de las prestaciones derivadas de una incapacidad laboral es haber cancelado oportunamente por lo menos cuatro (4) de los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho y no incurrir en mora en el pago de aportes durante el tiempo que esté disfrutando de la licencia.

La aplicación de este requisito ha sido armonizada por esta Corporación con el principio de buena fe bajo la teoría del allanamiento a la mora, según la cual, cuando los empleadores o trabajadores independientes realizan de manera extemporánea el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, y dicho pago es recibido por la EPS sin que esta hubiere adelantado un requerimiento previo de cobro o sin haberse abstenido de aceptar el pago, la EPS se entiende allanada a la mora por la simple aceptación de los aportes, y en consecuencia, no podrá negar el reconocimiento de prestaciones alegando la cancelación extemporánea de los mismos.

La figura del allanamiento a la mora fue inicialmente desarrollada por esta Corporación para los pagos de prestaciones derivadas de licencia de maternidad<sup>18</sup>, pero posteriormente fue extendida a los casos de prestaciones de incapacidades laborales.

En este sentido, frente al allanamiento a la mora en el caso de incapacidades laborales se indicó que “si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio también puede ser aplicado, mutatis mutandi, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegándose a afectar el mínimo vital. En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud.

Esta similitud justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada, hasta el momento, en los casos de no pago de licencia de maternidad a los casos de incapacidades

laborales.”<sup>19</sup>

Cuando se presenta la figura del allanamiento a la mora, la EPS no puede oponer la extemporaneidad del pago efectuado por el usuario para negar el reconocimiento y pago de una incapacidad laboral, pues ello “supondría alegar en su favor su propia negligencia en el cobro eficaz y oportuno de las cotizaciones, imponiendo al afiliado una carga desproporcionada que no le corresponde asumir<sup>20</sup>.”<sup>21</sup>

Por tanto, cuando una EPS niega el pago de una incapacidad laboral por haberse efectuado los aportes de manera extemporánea, sin haber realizado un requerimiento de pago previo, y si además, la ausencia del pago de la incapacidad vulnera el derecho al mínimo vital y/o vida digna del usuario (supra 3,4), la acción de tutela se convierte en el medio de defensa adecuado para la tutela de los derechos fundamentales involucrados.

La facultad de recobro por parte de las Empresas Prestadoras de Salud ante el FOSYGA, en casos de pagos efectuados por incapacidades laborales.

7. El Sistema General de Seguridad Social en salud se diseñó con el fin de regular este servicio público esencial y crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permita garantizar a todas las personas sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social en el marco del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general.<sup>22</sup>

El Sistema General de Seguridad Social es financiado con recursos parafiscales, es decir, con “contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio público de salud.”<sup>23</sup>

Con relación al principio de solidaridad, se ha considerado que éste, juntos con los principios de universalidad y eficiencia, fundamenta el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, lo cual se materializa en la configuración del régimen subsidiado de salud, el diseño del plan obligatorio de salud y la consagración del Fondo de Solidaridad y Garantía.<sup>24</sup>

Por su parte, “el principio de eficiencia del sistema ha sido definido por esta Corporación como la mejor utilización social y económica de los recursos disponibles para que los

beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente<sup>25</sup>. A partir de este principio, el legislador ha previsto mecanismos dirigidos a asegurar que los recursos de las contribuciones al sistema permitan satisfacer de contingencias de cada uno de los usuarios en condiciones de universalidad. Para el caso particular del sistema general en salud, estos instrumentos consisten en la exigencia de cuotas moderadoras y copagos, periodos mínimos de cotización y la consagración de limitaciones a los beneficios del plan obligatorio de salud.”<sup>26</sup>

Por su puesto, cuando una EPS debe asumir la prestación de un servicio al que no está obligada ni contractual ni legalmente, el equilibrio financiero del sistema de salud se ve afectado. Por ello, “en aras de mantener el equilibrio financiero dentro del sistema y, de este modo, la vigencia del principio de eficacia previsto en el artículo 49 C.P., la Corte ha establecido en sus decisiones mecanismos de compensación económica, a fin que sea el Estado, a través de los recursos de solidaridad que percibe el sistema de seguridad social, asuma los costos de las prestaciones a las que en virtud de la ley, no deben cubrirse por parte de las entidades prestadoras de salud. Este mecanismo se concretiza en la facultad que el juez de tutela confiere a la entidad administradora para que repita en lo que exceda de sus obligaciones legales ante la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA del sistema general de seguridad social en salud.”<sup>28</sup><sup>29</sup>

El Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA -, es una subcuenta del sistema general de seguridad social en salud, cuyo objetivo es “permitir el proceso de compensación interna entre las entidades promotoras de salud, y demás entidades obligadas a compensar (EOC), con el fin de reconocer la unidad de pago por capitación y demás recursos a que tienen derecho las EPS y EOC para financiar la prestación de servicios de salud a todos los afiliados al régimen contributivo, con sujeción a los contenidos del plan obligatorio de salud y las prestaciones económicas a que hubiere lugar, de acuerdo con lo dispuesto en la ley y sus reglamentos.”<sup>30</sup><sup>31</sup>

Como se advierte, el FOSYGA se crea como una subcuenta de compensación sobre la cual puede repetir las Entidades Prestadoras de Salud que asuman obligaciones que exceden las estipuladas contractual y legalmente. Por tanto, la posibilidad de recobro se encuentra supeditada a que las entidades obligadas a compensar estén en un escenario en el que la prestación requerida esté expresamente excluida del Plan Obligatorio de Salud.

Esta es, precisamente, la regla contenida en el artículo 88 del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993, que establece que los contenidos y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud son los indicados por el Acuerdo 8 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y desarrollados por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Protección Social hasta tanto dicho Consejo defina nuevos contenidos y exclusiones.<sup>32</sup>

8. En lo que respecta a las incapacidades laborales, estas se encuentran expresamente reconocidas por en el artículo 206 de la ley 100 de 1993 (supra 5), y de conformidad con lo establecido por los Decretos 1804 de 1999 y 783 de 2000, el reconocimiento de los prestaciones derivadas de incapacidad laboral es una obligación de carácter legal que recae sobre las Entidades Prestadoras de Salud, por cuyo reconocimiento y pago las EPS no se puede solicitar ningún tipo compensación o reembolso por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía.

No se puede considerar que cuando una EPS asume el pago de una incapacidad laboral, el equilibrio financiero del sistema se ve afectado, por cuanto los afiliados al régimen contributivo tienen derecho a recibir dentro del Plan Obligatorio de Salud el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general, y a su vez, las EPS tienen el deber legal de asumir dichas prestaciones.

#### Análisis del caso concreto

9. La señora Francia Elena Marengo Cantillo reclama de la entidad COLMEDICA EPS, el pago de dos incapacidades por enfermedad general que le fueran ordenadas por su médico tratante.

Lo primero que esta Sala debe analizar es si en el presente caso la acción de tutela resulta procedente para ordenar el pago de las incapacidades solicitadas, y para ello se debe establecer que la ausencia del pago de la prestación amenaza o vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida digna y/o la seguridad social de la accionante (supra 3,4).

La Sala considera que existen abundantes elementos de juicio para determinar la afectación al mínimo vital de la actora, al haberse negado la accionada a reconocer el pago de las incapacidades solicitadas.

En primer lugar, la propia accionante manifiesta en su escrito de tutela que su única fuente de ingresos es el producto de su trabajo en actividades de oficio doméstico, razón por la cual tuvo que acudir a préstamos económicos para poder subsistir durante el transcurso de sus incapacidades.

Esto es corroborado por los señores Wilson Rojano Almanza y Jose Luis Navarro Martelo, quienes por medio de declaración juramentada manifiestan que la señora Francia Elena Marengo Cantillo trabaja en oficios domésticos, deriva su sustento de esta actividad, y que actualmente afronta dificultades económicas como consecuencia del tiempo en que estuvo incapacitada (cfr. fl. 8).

Adicionalmente, en la respuesta de la entidad accionada se puede verificar que el ingreso base de cotización sobre el cual la accionante realiza sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud corresponde a la suma de \$497.000, es decir, un salario mínimo legal vigente para el año 2009 (cfr. fl 15).

Frente a la vulneración del mínimo vital, la Corte ha señalado que “se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador, en el evento en el que no recibe su salario y este corresponde al mínimo legal mensual vigente, o cuando esta remuneración es su única fuente de ingreso, constituyéndose así en un elemento fundamental para sufragar los gastos relacionados con su digna subsistencia y la de su familia, correspondiéndole a la EPS en el caso concreto desvirtuar dicha presunción, haciéndose necesario de esta forma su protección de manera urgente a través del mecanismo constitucional.”<sup>33</sup>

En el caso concreto, estas dos hipótesis que hace presumir la vulneración del mínimo vital se cumplen: i) la accionante devenga el salario mínimo legal mensual y como se indicó anteriormente el pago de las incapacidades laborales reemplaza el salario del trabajador durante su recuperación (supra 4), y ii) manifiesta la actora que dichos ingresos son su única fuente de subsistencia, afirmación que al no ser desvirtuada por COLMEDICA EPS, merece total credibilidad.

Por tanto, de los elementos probatorios analizados se observa que la acción de tutela es procedente para dirimir la controversia planteada, y en consecuencia la Corte se dispone a establecer si la negativa de COLMEDICA EPS a reconocer y pagar las prestaciones por incapacidad solicitadas por la peticionaria desconoció sus derechos fundamentales, a pesar

de que algunos aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud se hicieron de forma extemporánea.

10. A la señora Francia Elena Marengo Cantillo le fueron ordenadas por parte de su médico tratante dos incapacidades médicas, identificadas con los números 99508967-620 y 99500201-633 (cfr. fl 13).

Mediante oficio de 23 de octubre de 2009 (fl.4), COLMEDICA EPS informa a la ahora accionante que el pago de las incapacidades solicitadas fue negado por cuanto se realizó de manera extemporánea cuatro de los aportes de seguridad social durante los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, por lo cual no se cumplió lo establecido en el artículo 21, numeral 1, del decreto 1804 de 1999.

La Sala observa que pese a que efectivamente los aportes correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2009 se realizaron de forma extemporánea, el pago de los mismos fue aceptado por parte de la entidad accionada y no existe ningún indicio que señale que COLMEDICA EPS requirió en algún momento a la accionante para que realizara el pago respectivo, o que adelantó acciones conducentes para solucionar tal situación

Bajo estas condiciones, y de conformidad con las consideraciones antecedentes (supra 6), se entiende que COLMEDICA EPS se allanó a la mora en el pago extemporáneo de los aportes, y en consecuencia no es admisible que se excuse en dicho pago extemporáneo para negar el reconocimiento de las incapacidades laborales solicitadas por la actora.

Adicionalmente, esta Sala observa que la actora realizó pago de sus aportes a salud desde el mes de febrero hasta el mes de agosto de 2009 (cfr. fls 4-7, 15), cumpliendo así con el pago de los aportes durante los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho, y toda vez que en virtud del allanamiento a la mora efectuado por COLMEDICA EPS el pago extemporáneo no puede ser opuesto por la accionada, esta Corte considera cumplido el requisito contenido en el numeral 1, artículo 21, del decreto 1804 de 1999.

Así, no es admisible el análisis que realizó el juez de instancia, quien únicamente se limitó a recoger los argumentos de la parte accionada, sin considerar la abundante jurisprudencia de esta Corporación en casos como el ahora estudiado.

Por lo anterior, esta Corporación revocará el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Barranquilla, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la señora Francia Elena Marengo Cantillo, y en su lugar se tutelaré el derecho al mínimo vital de la accionante, ordenando a COLMEDICA EPS pagar a la accionante la totalidad de la prestación económica derivada de la incapacidades laborales identificadas con los números 99508967-620 y 99500201-633, cuyo cubrimiento ha reclamado la misma en esta acción de tutela.

11. Finalmente, como se expuso en las consideraciones de esta sentencia (supra 7,8) el pago de las prestaciones derivadas de incapacidades laborales es una obligación de carácter legal que debe ser asumida por las EPS, y cuyo cumplimiento no puede ser asumido por parte del FOSYGA.

En este sentido, no está llamada a prosperar la petición de la entidad accionada de autorizar a COLMEDICA EPS para repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía en los costos en los que incurra en cumplimiento de esta sentencia, pues ello sólo es posible en la medida en que los servicios requeridos se encuentren fuera del POS (supra 7,8). Por tanto, al estar cobijado el subsidio económico por incapacidades por enfermedad por el Plan Obligatorio de Salud, resulta improcedente ordenar el recobro de la EPS accionada ante el FOSYGA.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 9 de diciembre de 2009, proferida por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Barranquilla, mediante la cual se negó la acción de tutela promovida Francia Elena Marengo Cantillo contra COLMEDICA EPS, y en su lugar CONCEDER la tutela del derecho fundamental al mínimo vital de la señora Francia Elena Marengo Cantillo.

SEGUNDO: ORDENAR a COLMEDICA EPS que en el término perentorio de cuarenta y ocho

(48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, pague a la señora Francia Elena Marengo Cantillo, la totalidad de la prestación económica derivada de las incapacidades laborales identificadas con los números 99508967-620 y 99500201-633, cuyo cubrimiento ha reclamado la misma en esta acción de tutela.

TERCERO: Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

María Victoria Calle Correa

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencias T-1007/06, T-367/08, T-764/08, entre otras.

2 Sentencia T-963/07.

3 El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 expone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

4 Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

5 Sentencia T-384 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, citada por la sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa sentencia se cita la T-569 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, que señaló lo siguiente: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (Resalta la Sala).

7 Sentencia T-764/08.

8 En este sentido, ver entre otras las Sentencias T-274/06, T-530/08, T-764/08, T-056/09, T-106/09, T-416/09, T-018/10.

9 Sentencia T-963/07.

10 La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el derecho al mínimo vital ha sido definido como “la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional.” Sentencia SU-995/99

11 Sentencia T-311/96. Reiterada en las sentencias T-972/03, T-413/04, T-855/04, T-1059/04, T-201/05, T-789/05, T-274/06, T-963/07, T-530/08, T-680/08, T-416/09, entre otras.

12 Ibidem.

13 Art. 1 Resolución 2266 de 1998

14 “Artículo 157. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...). A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social. Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud: 1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores

públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título III de la presente Ley.”.

15 Sentencia T-530/08.

16 ARTICULO 21. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIAS. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado 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. Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus

trabajadores frente al sistema.

En estos mismo eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

17 La sentencia T-1059 de 2004 manifestó: “[c]on el objeto de evitar la evasión de los recursos y velar por el cumplimiento de las obligaciones que en materia de aportes establece la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 1406 de 1999, reguló lo referente al Registro Único de Aportantes y las fechas en que los diferentes integrantes del sistema de seguridad social debían realizar los aportes respectivos. De igual manera, el Decreto 1804 de 1999 en su artículo 21, estableció una serie de requisitos para que los trabajadores independientes y empleadores tuviesen derecho a reclamar el pago o reembolso de la incapacidad por enfermedad general o por maternidad, entre ellos, haber cancelado en forma completa sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de la solicitud y en forma oportuna por lo menos durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho y además no tener deudas pendientes con las EPS por el pago de las cotizaciones.

Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la aplicación de estas normas se ha modulado, en el sentido de que la sola mora en el pago de las cotizaciones no genera automáticamente el traslado de la responsabilidad al empleador por

la licencia de maternidad o la pérdida de este derecho para el trabajador independiente, cuando la respectiva entidad promotora de salud se ha allanado a recibir el pago extemporáneo.”

18La aplicación de la figura del allanamiento a la mora en materia de licencia por maternidad, ha sido reiterada por esta corporación en abundante jurisprudencia, ver sentencias: T-1059/04, T-005/06, T-105/06, T-150/06, T-182/06, T-202/06, T-208/06, T-210/06, T-218/06, T-336/06, T-347/06, T-360/06, T-371/06, T-408/06, T-409/06, T-414/06, T-437/06, T-459/06, T-481/06, T-543/06, T-569/06, T-603/06, T-674/06, T-946/06, T-983/06, T-1011/06, T-1024/06, T-1058/06, T-1089/06, T-003/07, T-008/07, T-032/07, T-034/07, T-039/07, T-088/07, T-122/07, T-629/07, T-667/07, T-707/07, entre otras.

Frente a este particular, en la sentencia C-177/98, esta Corporación indicó que “(...) en aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes la EPS no puede desconocer el pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador. En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador. Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social.”

19 Sentencia T-413/07. Reiterada en las sentencias T-1090/07, T-530/08, T-680/08, T-334/09, T-416/09, T-018/10, entre otras. Así mismo, respecto del allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del trabajador independiente, ver entre otros, los siguientes fallos, referentes al pago de incapacidades laborales: T-972/03, T-413/04, T-855/04, T-1059/04, T-789/05, T-094/06, T-274/06, T-761/06, T-956/06, T-466/07 y T-483/07.

20 Ver Sentencia C-177 de 1998.

21 Sentencia T-334/09.

22 Diario Oficial 41.148 del 23 de diciembre de 1993. Ley 100 de 1993 “Por el cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones” Art. 156 y ss. Citado en la sentencia T-1090/07.

23 Sentencia C-828/08.

24 Ver sentencias T-730/06, T-1090/07.

25 Sentencia C-760/04.

26 Sentencia T-1050/07.

27 Tratándose de tratamientos o servicios médicos, la Corte ha establecido los siguientes requisitos para ordenar un medicamento o tratamiento que no se encuentre dentro del Plan Obligatorio de Salud: “1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS -Plan Obligatorio de Salud-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado. 2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS -Plan Obligatorio de Salud- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente. 3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud. 4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS -Entidad Promotora de Salud -, a la cual se encuentre afiliado el peticionario” Sentencia T 438/09.

29 Sentencia T-1050/07.

30 Definición utilizada por las autoridades encargadas de administrar los recursos del Fondo. Consultar sobre el particular el Manual Operativo de la Subcuenta de Compensación y Promoción. Ministerio de la Protección Social. Septiembre de 2007.

31 Sentencia T-1090/07

32 Ver sentencias T-1050/07, T-1090/07.

33 Sentencia T-365/08.