El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia - 08 de junio de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma amparo

Radicación Nro. : 66001-31-09-004-2017-00039-01

Accionante: SANDRA SOFÍA CORREA DÍAZ

Accionado: COLPENSIONES Y NUEVA EPS

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: DERECHOS AL MÍNIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES.** [E]s claro que el legislador ya reguló de forma suficiente el tema que en este escenario se ha cuestionado, y en definitiva dejó en cabeza de las entidades promotoras de salud el pago de las incapacidades superiores al día 540, asunto para el cual no queda lugar a duda alguna que le permita a la EPS eludir esa obligación. Acorde con lo expuesto en precedencia, considera esta Corporación que la decisión de primer nivel fue acertada en cuanto a las órdenes que allí se profirieron, y por lo tanto la misma se habrá de confirmar en su totalidad.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 521 del 8 de junio de 2017. H: 2:35 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-09-004-2017-00039-01 |
| **Accionante:**  | Sandra Sofía Correa Díaz  |
| **Accionado:** | Colpensiones y Nueva EPS |
| **Procedencia:** | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira |
| **Decisión:**  | Confirma decisión  |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por la Representante Judicial de la **NUEVA EPS S.A**, contra el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad el 03 de mayo de 2017, mediante el cual tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora **SANDRA SOFÍA CORREA DÍAZ.**

**ANTECEDENTES:**

La señora Correa Díaz interpuso acción de tutela en contra de Colpensiones y la Nueva EPS al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital. Los hechos en los cuales fundamentó su solicitud fueron sintetizados por el Juzgado de conocimiento así:

*“La solicitante refiere que es empleada de la empresa Asesorías y Cobranzas Grupo ASECOB y desde el año 2013 empezó a presentar problemas de salud cuando se resbaló por las escaleras de su casa presentando afecciones como lo es la fractura de epífisis inferior de la tibia.*

*Frente a esos padecimientos limitantes su salud ha empeorado y desarrolló un trastorno depresivo recurrente, gastritis, problemas visuales, de la columna y, síndrome del túnel carpiano.*

*A la fecha lleva más de 540 días de incapacidad, no obstante desde que fue remitida a Colpensiones para el pago de incapacidades las mismas no fueron cumplidas cabalmente.*

*Aporta listado de incapacidades expedidas que no han sido pagadas por parte de la accionada, correspondientes al periodo comprendido entre el 31 de enero de 2015 y el 20 de octubre de 2016.*

*Afirma que al no recibir pago por la accionada ni tener otro tipo de ingreso económico para cubrir sus gastos básicos, se encuentra en situación apremiante porque sufraga sus gastos pidiendo dinero prestado, incluso, para sus tratamientos y consultas médicas. Refiere que lo anterior la lleva a la desesperación y depresión.”*

Con base en lo anterior solicitó que se amparen los derechos fundamentales invocados, y acorde con ello se ordene a Colpensiones y a la Nueva EPS S, el reconocimiento y pago de las incapacidades que se le adeudan desde el 31 de enero de 2015 hasta el 20 de octubre de 2016.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad avocó el conocimiento de la actuación el 18 de abril del año avante, y corrió traslado a Colpensiones a través de su Gerencia Nacional de Reconocimiento y a la Nueva EPS a través de su Gerencia General.

Posteriormente, al realizar el estudio de la situación fáctica planteada decidió tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de los cuales es titular la señora Sandra Sofía Correa Díaz, y consecuente con ello dispuso en el numeral segundo de dicho proveído:

*“SEGUNDO: (…) se ORDENA a la NUEVA EPS de esta ciudad, en cabeza de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48), contados a partir de la notificación de este fallo disponga lo necesario para el reconocimiento y pago de incapacidades a partir del día 541, a saber las correspondientes al periodo entre el 31 de enero de 2015 y el 26 de octubre de 2016, a favor de la ciudadana SANDRA SOFÍA CORREA DÍAS.*

*La NUEVA EPS está facultada para emprender las acciones pertinentes con el fin de obtener el reembolso de los dineros pagados en cumplimiento de la orden impartida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, de conformidad con lo dispuesto en esta providencia.”*

Para efectos de tomar la aludida decisión, realizó en primer lugar un análisis acerca de la procedencia excepcional de la presente acción de tutela, lo cual encontró acreditado básicamente porque aunque existe otro mecanismo en la vía judicial ordinaria, no sería el idóneo para dar solución a la controversia presentada, especialmente por el tiempo que puede tardar en resolverse la situación en esas instancias, prolongando la vulneración de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, una vez realizado un estudio de fondo acerca del asunto, estableció la juez cognoscente que las incapacidades reclamadas por la accionante son aquellas que superan el día 540, de acuerdo a ello, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, de las generadas a partir de este momento, y las que en adelante se emitan por parte de su médico tratante, corresponde asumir su pago a la EPS.

No obstante, la juez estimó que era necesario conceder en esta oportunidad únicamente el pago de incapacidades gereradas desde el 31 de enero de 2015 hasta el 26 de octubre de 2016, toda vez que desde la expedición de esta última han transcurrido ya seis meses.

**FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:**

Una vez enterada de la decisión de instancia, la apoderada judicial de la Nueva EPS, allegó un memorial mediante el cual la impugnó, para ello hizo un recuento de las posturas trazadas por la Corte Constitucional respecto al vacío normativo existente en cuanto a la entidad obligada de cubrir los gastos por incapacidades generadas con posterioridad al día 540 a los afiliados al SGSS, y la evolución que dicha jurisprudencia ha tenido.

Al respecto afirmó, en síntesis, que le corresponde al fondo de pensiones el reconocimiento de las incapacidades a partir del día 181 hasta cuando se produzca el respectivo dictamen de invalidez, además cuando se realiza la calificación y el resultado es inferior al 50% debe seguirlo asumiendo hasta tanto se emita un concepto favorable de recuperación por parte del médico o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez.

Posteriormente abordó el tema relacionado con la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo) y la sentencia T 144 de 2016, las cuales fueron prácticamente las bases según las cuales el juzgado de primera instancia apoyó su decisión; al respecto argumentó que aunque la intención del Gobierno Nacional fue reglamentar lo concerniente al pago de incapacidades posteriores al día 540 con la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, explicó que esa entidad a la fecha no se ha creado, y tampoco hay una normativa expresa que establezca el procedimiento de revisión periódica de las incapacidades, todo esto conlleva a la inaplicación del ya citado artículo 67 de dicha ley, y así lo expuso el Ministerio de Hacienda en concepto del 15 de diciembre de 2015.

Así las cosas, todavía se está ante la presencia de un vacío normativo al respecto, razón por la cual se debe dar aplicación a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional, según el cual el pago de las incapacidades superiores a los 540 días corresponde al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador.

En atención a lo dicho, solicitó revocar el fallo de primer grado y en su lugar se absuelva a esa entidad de la obligación del pago de las incapacidades en cuestión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde determinar a esta Sala si le asiste razón a la Juez de primer nivel, al considerar que la Nueva EPS está en la obligación efectuar el pago de las incapacidades superiores al día 540 que se le están adeudando actualmente a la accionante, o si cómo lo ha dicho esa entidad en su escrito de impugnación, no debe imponérsele tal obligación ante el vacío normativo que aún existe en ese sentido.

Según el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un instrumento confiado a los Jueces para brindar a quien la reclama, la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido quebrantados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, de manera excepcional, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en nuestra Carta Magna.

Como quiera que lo pretendido por la actora está enfocado a obtener por vía de tutela el pago de unas prestaciones económicas derivadas de las incapacidades superiores al día 540 que se le han venido generando desde el año 2015, y que según afirma no han sido pagadas por ninguna de las entidades que hacen parte del SGSS, es importante establecer si para el caso concreto se cumple con los requisitos de procedibilidad de la tutela.

Si bien es cierto, en principio se podría afirmar que no es procedente acudir a esta acción constitucional para esos fines, máxime cuando existen otros mecanismos de defensa judiciales, también es cierto que la misma se torna procedente cuando existe una amenaza latente contra los derechos fundamentales de quien la invoca, en este sentido ha sido clara la Corte Constitucional al señalar que se presume una afectación al mínimo vital del accionante en los eventos en que la pretensión se trate concretamente del pago de incapacidades, y es claro porque se está ante el caso de una persona que ha dejado de recibir estipendios por concepto de su trabajo, los cuales se constituyen en su única fuente de ingresos para sufragar sus necesidades básicas y las de su familia, ello sumado al estado de debilidad manifiesta en que se ubica por su convalecencia y lo convierte en un sujeto de especial protección, así ha expresado esa Alta Corte en sentencia T-643 de 2014 que:

*“Es así como, si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación en numerosos casos similares al sometido a revisión, que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas.[[1]](#footnote-1) Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él,[[2]](#footnote-2) la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional. Al respecto ha sostenido la jurisprudencia constitucional:*

*“[E]l reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas[[3]](#footnote-3), particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta[[4]](#footnote-4), además de garantizársele su derecho al mínimo vital[[5]](#footnote-5), permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral.[[6]](#footnote-6)*

*Es por ello que, con el reconocimiento de éste tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.[[7]](#footnote-7)*

***Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos****”.[[8]](#footnote-8)* (Negrillas por fuera del texto original)

Encontrándose acreditada la procedencia de la presente acción de tutela, se procederá al análisis de la postura planteada por la entidad recurrente, en el sentido de que no le asiste competencia para continuar pagando las incapacidades que en la actualidad se le adeudan a la señora Sandra Sofía Correa Díaz, porque no puede darse aplicación a una norma que, si bien regula lo concerniente al pago de incapacidades superiores al día 540 delegando esa responsabilidad en la EPS a la cual se encuentre afiliado el cotizante incapacitado, no se ha hecho efectivo el procedimiento al cual hace referencia esa disposición, ni se ha creado la entidad que administrará los recursos con los cuales se habrán de cubrir los gastos por esos conceptos.

Como se pudo evidenciar durante el trascurso de este trámite, la señora Sandra Sofía ha venido presentando incapacidades desde el año 2013, y en el desarrollo de la presente actuación se logró demostrar que las mismas han sido generadas por una enfermedad de origen común, por esta razón el trámite establecido según la normativa vigente[[9]](#footnote-9) es que el pago de estas incapacidades corresponde al empleador los primeros dos días, a partir del día tercero corresponde a la entidad promotora de salud y finalmente, a partir del día 181 corresponde a la Administradora de Pensiones que en este caso es Colpensiones hasta el día 540.

No hay discusión en este punto frente a lo ocurrido con el pago de las incapacidades generadas hasta el día 540, toda vez que se constató que estas fueron debidamente canceladas por quienes en su momento estaban llamados a hacerlo.

El inconveniente es generado entonces a partir del día 541, momento a partir del cual tanto la empresa promotora de salud, como la administradora de pensiones se sustrajeron de continuar efectuando el pago por concepto de incapacidades que se le continuaron generando a la señora Correa Díaz, pues ninguna se apersona del asunto al considerar que es responsabilidad de otra entidad asumir tales gastos. Colpensiones considera que en atención al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 dichas las incapacidades deben ser reconocidas y pagadas por la EPS, y a su vez, Salud Total afirma que a partir del día 181 y de forma indefinida le concierne a la administradora de pensiones.

Frente al asunto esta Colegiatura se había pronunciado anteriormente, acogiéndose a la postura trazada por la Corte Constitucional según la cual no puede sometérsele al accionante que se encuentra incapacitado de forma permanente parcial, a quedar desamparado mientras obtiene el puntaje de pérdida de capacidad laboral que requiere para pensionarse, o recupera su estado de salud para reintegrarse a sus labores, pues pensar en ello sería someterlo a un estado denigrante y de indignidad que no es aceptable desde ningún punto de vista.

Importa resaltar que como existía un vacío normativo que concretara de forma expresa en cuál de los actores pertenecientes al SGSS recaía ese deber, se hizo remisión en varias oportunidades a la tesis manejada por la jurisprudencia constitucional, en la que reiteradamente se sostuvo que aquellas personas que una vez calificadas obtuvieran un puntaje inferior al 50% de PCL (incapacidad permanente parcial), pero aun así no recuperaban su capacidad para laborar y se le continuaban generando incapacidades, correspondía a la administradora de pensiones cubrir esos pagos; por citar un ejemplo, en la Sentencia T 920 de 2009, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, esa Corporación expuso: *(…) Así las cosas, de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2461 de 2001, el trabajador incapacitado tiene derecho a que la E.P.S. a la cual se encuentre afiliado, le reconozca y pague las incapacidades laborales generadas por enfermedad de origen común hasta el día 180. A partir del día 181, el pago de dicha prestación se encuentra a cargo de la respectiva A.F.P. a la cual se encuentra afiliado el trabajador, hasta que se produzca el dictamen de pérdida de la capacidad laboral y como resultado del mismo, se llegue a la conclusión de que aquel tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. En caso contrario, y en la medida en que se sigan generando incapacidades laborales, la A.F.P. debe continuar con el pago de las mismas, hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez.”.*

Sin embargo, de forma posterior se expidió la Ley 1753 de 2015, que en la actualidad se encuentra vigente según el artículo 267 Ibídem, disposición que con su incorporación a la legislación puso fin al vacío existente hasta ese momento con la creación de la Administradora de los Recursos del SGSS –ADRES-, y concretó en su artículo 67 que esa entidad deberá administrar los recursos destinados (entre otros) al reconocimiento y pago a las entidades promotoras de salud por las prestaciones reconocidas a los afiliados al sistema, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos.

Ahora, como el argumento principal esgrimido por la Nueva EPS para contraponerse a la decisión de primera instancia es que, a pesar de la expedición de la ley previamente citada, aún no se ha creado oficialmente la entidad que entrará a administrar los recursos tendientes a cubrir los gastos en los que dicha EPS incurra por el pago de las incapacidades, es importante precisar que por medio del Decreto No. 1429 de 2016 se reguló la estructura interna de la ADRES, **y en el artículo 21 de la norma en cita dispuso que dicha entidad asumiría la administración de los recursos del SGSS a partir del 1º de abril del año avante**; de igual forma el Decreto 1431 de 2006 certificó que la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público otorgó la viabilidad presupuestal requerida para tal fin, y por ende, a través de este último Decreto estableció la Planta de Personal que cumpliría con las funciones de esa Administradora.

Así las cosas, es claro que el legislador ya reguló de forma suficiente el tema que en este escenario se ha cuestionado, y en definitiva dejó en cabeza de las entidades promotoras de salud el pago de las incapacidades superiores al día 540, asunto para el cual no queda lugar a duda alguna que le permita a la EPS eludir esa obligación.

Acorde con lo expuesto en precedencia, considera esta Corporación que la decisión de primer nivel fue acertada en cuanto a las órdenes que allí se profirieron, y por lo tanto la misma se habrá de confirmar en su totalidad.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad el 03 de mayo del presente año, mediante el cual se tutelaron los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de la señora **SANDRA SOFÍA CORREA DÍAZ.**

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

Secretaria

1. Ver Sentencias T-972 de 2003, T-413 de 2004, T-855 de 2004, T-1059 de 2004, T-201 de 2005, T-789 de 2005, T-530 de 2008, T-334 de 2009, T – 018 de 2010, T-797 de 2010, T-984 de 2012, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver Sentencias T-549 de 2006, T-125 de 2007, T-243 de 2007 y T-984 de 2012. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver sentencia T-311 de 1996, tesis que ha sido reiterada en sentencias T-201 de 2005 y T-789 de 2005 entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver sentencia T-789 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. En sentencia T-818 de 2000 se indicó que el concepto de **mínimo vital**  no se circunscribe a una subsistencia biológica sino que el mismo “debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.” [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-789 de 2005. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 93 de la Constitución Política colombiana y artículo 4 del decreto 2591 de 1991. Este último establece “Interpretación de los derechos tutelados. Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. De la misma manera sobresalen la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9 de la Ley 74 de 1968, la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Ley 319 de 1996, artículo 9; la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven y, finalmente, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o Ley 51 de 1981, artículo 11. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-334 de 2009. Ver en el mismo sentido Sentencias T-416 de 2009 y T-797 de 2010. [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1406 de 1999, parágrafo 1 (modificado por el Decreto 2943 de 2013). [↑](#footnote-ref-9)