



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO
ACCIONADO: NUEVA EPS Y OTROS
RADICADO: 20-001-33-33-008-2019-00290-01
MAGISTRADO PONENTE. Dr. OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la apoderada judicial de la NUEVA EPS, en contra del fallo de tutela de fecha 18 de septiembre de 2019¹, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, por medio del cual se ampararon los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social invocados por la señora KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Mediante gestor adjetivo debidamente constituido, la señora KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO manifestó sostener una relación laboral con la Corporación Hospital Juan Ciudad, hallándose afiliada por parte de esta al Sistema de Seguridad Social Integral (Pensión, Salud y Riesgos Laborales).

Advirtiéndose que con ocasión de las funciones realizadas en la aludida empresa, padeció de quebrantos de salud, desencadenando contingencias de carácter laboral, que se encontraban en discusión ante la Junta de Calificación de Invalidez de Cundinamarca. Añadiendo que dentro de las patologías aquejadas se resaltaban *problemas cervicales hipotiroidismo primario, trastorno afectivo bipolar no especificado, episodio depresivo presente leve o moderado*.

Adujo que del anterior cuadro clínico descrito, le sobrevinieron incapacidades que fueron canceladas por parte de su EPS hasta los primeros 180 días, asumiendo el Fondo de Pensiones el pago de dicha prestación a partir del día 181, advirtiéndose que en la actualidad las incapacidades superaban los 540 días, lo cual de conformidad con lo previsto en la ley y la jurisprudencia correspondería nuevamente a su EPS el pago de tal acreencia, sin que la misma cumpliera con

¹ Folios 201 a 207 del expediente.

dicha obligación, vulnerándosele su derecho fundamental al mínimo vital, máxime cuando habían sido otorgadas y no transcritas desde el 27 de marzo de 2019.

Precisó que el delicado estado de salud le impedía laborar, razón por la cual pretendía la transcripción de las incapacidades otorgadas por sus médicos tratantes, como quiera que el objetivo de estas además de convertirse en el único sustento económico era la oportunidad que se le brindaba para poder recuperarse de todas las enfermedades que le aquejaban.

Afirmó que la conducta asumida por las entidades encargadas de hacerle efectivo el pago de las incapacidades otorgadas, violaba los principios de la seguridad social integral y el mínimo vital.

2.2.- PRETENSIONES.-

Constituyó el objeto de la presente tutela, las pretensiones que a continuación se transcriben:

“1. ORDENAR a la NUEVA EPS, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y a la Corporación Hospital Juna Ciudad, que en un término perentorio no superior de Cuarenta y Ocho horas (48), contados a partir de la Notificación de la providencia que resuelva las pretensiones, gestione lo pertinente con el objetivo de que transcriba las incapacidades sin transcribir aportadas con este escrito y transcritas, de tutela y pague las incapacidades que le correspondan (...).

2. Se ORDENE a NUEVA EPS, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y a la Corporación Hospital Juna Ciudad, que una vez se transcriban las incapacidades ordenadas, proceda al pago de las mismas, es decir, las que le correspondan, según el tiempo límite de pago.

3. Se ORDENE a la Corporación Hospital Juna Ciudad, como empleador, haga acompañamiento de todos y cada uno de los procedimientos a los que se encuentra sujetos mi poderdante por parte de la Nueva EPS” (SIC).

2.3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

La presente acción de amparo fue fundamentada en el artículo 86 de la Constitución Política, en el Decreto 2591 y en la sentencia T-137 de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

A folio 50 del paginario, se advierte que mediante auto del 5 de septiembre de 2019 fue admitida la presente tutela, corriéndosele traslado a las accionadas NUEVA EPS, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y a la CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD, para que dentro del término de dos (2) días ejercieran su derecho a la defensa respecto a los hechos y pretensiones de la accionante, pronunciándose de la manera que a continuación se sintetiza.

- NUEVA EPS²

² Folio 55 a 69 del expediente

A través de su apoderada judicial, peticionó la denegatoria de las pretensiones por improcedencia de la acción de tutela, al no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para la inaplicación de las normas que racionalizaban la cobertura del servicio. Advirtiendo que la tutelante contaba con otro medio de defensa como la justicia ordinaria y la Superintendencia de Salud para la consecución del fin pretendido, máxime cuando la acción de amparo no permitía el reembolso de dineros por conceptos médicos, licencias de incapacidad, transporte, entre otros.

Afirmó que en el caso bajo examen, el día 11 de enero de 2018 la NUEVA EPS emitió concepto favorable de rehabilitación de la tutelante, notificando tal decisión a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR, el día 23 de enero de 2018, tal y como lo establecía el artículo 142 del Decreto 019 de 2012. Lo anterior, con el propósito que luego de canceladas las incapacidades por 360 días calendarios adicionales a los primeros 180 reconocidas por la EPS, procediera a calificar la pérdida de la capacidad laboral de la tutelante.

Agregó que en la actualidad, la señora KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO presentaba 718 días de incapacidad continua hasta el 5 de octubre de 2019, y que los 540 días fueron completados el 8 de abril de 2019.

Alegó que el Fondo de Pensiones tenía la obligación legal de expedirle a la accionante el dictamen sobre la calificación de la pérdida de su capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012, so pena de incurrir en vulneración de las normas legales y derechos fundamentales.

Adujo que la obligación de la Empresa Promotora de Salud se limitaba al reconocimiento y pago de manera consecutiva de los primeros 180 días de incapacidad por un mismo concepto, advirtiendo que cumplido dicho término era el Fondo de Pensiones al que se hallara afiliado el usuario a quien le correspondería el pago de la prestación económica mientras se producía la calificación de invalidez por parte de la respectiva junta.

Por lo anterior, estimó que en el caso propuesto por la tutelante no se vislumbraba vulneración de derechos fundamentales por parte de la NUEVA EPS, como quiera que sus actuaciones se ajustaron a la normatividad legal vigente, configurándose una conducta legítima, resultando procedente conminar al Fondo de Pensiones PORVENIR para que asumiera el pago de las incapacidades otorgadas a la tutelante, a partir del día 181 hasta que pudiera integrarse a sus labores o hasta que pudiera acceder a su pensión de invalidez.

Finalmente, peticionó que en el evento en que fueran concedidas las pretensiones de la presente tutela, se ordenara a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), pagara a la NUEVA EPS el 100 % del costo de los servicios de salud que no estuvieran incluidos en el Plan de Beneficios y que le fueron suministrados a la usuaria.

- **PORVENIR S.A**

A folios 73 a 80 del expediente, versa el escrito de contestación allegado por la Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, en el que manifestó que de conformidad con lo señalado en la Ley 1753 de 2015, el pago de las

incapacidades superiores al día 540 recaían en las Entidades Promotoras de Salud dado que eran ellas quienes administraban los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde se hallaba incluido el rubro para el pago de tales acreencias.

Manifestó que PORVENIR S.A no adeudaba suma alguna a la tutelante por concepto de incapacidades como quiera que asumió el reconocimiento de dicha prestación dentro de los 360 días adicionales a los primeros 180, según el límite establecido en la normatividad vigente. Añadió que de conformidad con lo conceptuado por el Ministerio de Salud respecto a la reglamentación de las incapacidades posteriores al día 540, eran las EPS quienes debían asumir el pago de tales acreencias como quiera que dicho Ministerio giraba un porcentaje adicional en el valor de la UPC (0.35 %), para garantizar el reconocimiento y pago de la prestación por enfermedad general posterior a 540 días.

Por lo anterior, sostuvo que como quiera que lo perseguido en la tutela por la señora KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO, era el pago de las incapacidades posteriores al día 540, su reconocimiento y cancelación de las mismas estaba a cargo de su EPS, la cual de conformidad con lo establecido en la Ley 1753 de 2015 podía repetir contra el ADRES, dado que dicho ente estaba encargado de la asunción de la administración de los recursos destinados al pago de las incapacidades posteriores al día 540.

Agregó que para el caso de la señora JIMÉNEZ SOLANO, la Compañía de Seguros de Vida ALFA S.A, con quien PORVENIR S.A tenía contratado el seguro de invalidez y sobrevivencia de sus afiliados, calificó el origen y pérdida de la capacidad laboral de aquella, determinando el 34.41 % de origen común y fecha de estructuración el día 12 de febrero de 2019, sin que alcanzara la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez, al ser la pérdida de su capacidad laboral inferior al 50 % previsto en la ley. Decisión que fue enviada por solicitud de la accionante a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, hallándose a la espera del pronunciamiento por parte de dicha entidad.

Finalmente, formuló como excepciones en el presente asunto, *el desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela, la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante, y la improcedencia de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*. Argumentando la existencia de otro instrumento judicial como lo era el procedimiento laboral ordinario para hacer valer sus pretensiones.

- CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD³

A través de su representante legal, peticionó la denegatoria de la presente tutela respecto a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, dada la inexistencia de pruebas que determinaran la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la tutelante, alegando que dicha entidad no debía asumir el pago de incapacidades o subsidios posteriores al día 541 por no ser un ente de seguridad social.

Informó que la señora KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO, era una empleada activa de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, donde desempeñaba el cargo de médico general, hallándose afiliada por dicha entidad a la NUEVA EPS, a la AFP PORVENIR S.A, y a la ARL POSITIVA,

³ Folios 101 a 116 del expediente

trasladándose la carta asistencial y económica a tales entidades.

Precisó que durante el vínculo laboral, la accionante empezó a presentar incapacidades médicas por trastorno del disco cervical hasta el día 20 de julio 2019, advirtiendo que desde el 21 de julio de la misma anualidad cambió el diagnóstico de las incapacidades a trastorno afectivo bipolar – depresión, siendo la última incapacidad transcrita por hipotiroidismo, sin que en la actualidad estuviera definido el origen de la enfermedad laboral, siendo asumido el pago prestacional por parte de la NUEVA EPS o la AFP PORVENIR S.A.

Afirmó que desde el día 18 de septiembre de 2017, la accionante KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO empezó a incapacitarse de manera permanente, manejándose la misma como de origen común o enfermedad general, razón por la cual el reconocimiento y pago de la prestación debió ser asumida por la NUEVA EPS desde el día 3 hasta el 180, como quiera que de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-140 de 2016, los dos primeros días de incapacidad estaban a cargo del empleador.

En ilación con lo anterior, sostuvo que a partir del día 181 hasta el 540, la asunción del pago de las incapacidades estaba a cargo de la AFP PORVENIR S.A, quedando nuevamente en cabeza de la EPS el pago de las acreencias a partir del día 541, sin que nunca dicha responsabilidad u obligación quedara a cargo de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, por cuanto el deber de esta era la realización oportuna de los aportes al Sistema de Seguridad Social.

Adujo que la tutelante durante su incapacidad, trasladó su domicilio a la ciudad de Valledupar, sin que radicara sus incapacidades originales ante la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, si no que las mismas fueron aportadas por aquella directamente a la NUEVA EPS o a la AFP PORVENIR S.A con sede en la ciudad de Valledupar, por tal razón la corporación accionada no podía responder por el pago de las prestaciones adeudadas desde el día 26 de marzo de 2019, como quiera que fueron allegadas propiamente por la accionante a su Empresa Promotora de Salud.

Por último argumentó, que en el caso bajo estudio no era procedente la utilización de la acción de tutela como mecanismo transitorio para en contra de la empresa Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, como quiera que para que fuera viable su utilización se debía estar frente a un perjuicio de carácter irremediable, sumado a que no se aporta al libelo de tutela ninguna prueba que acredite el incumplimiento de las obligaciones en materia de aportes a seguridad social por parte de dicha entidad. Asimismo, tampoco se allegó al expediente material probatorio alguno contentivo de deudas económicas, requerimientos de entidades por falta de pago, suspensión o corte de servicios públicos, entre otros, exigidos a la luz de la jurisprudencia constitucional en aras de demostrar la causación de un perjuicio irremediable.

En ese orden, consideró que la resolución de la situación planteada por la tutelante, era de competencia exclusiva de las entidades de seguridad social, por cuanto la entidad Corporación Hospitalaria Juan Ciudad no tenía a su cargo el reconocimiento y pago de incapacidades o subsidios.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia del 18 de septiembre de 2019, amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, invocados por la señora

KELLY JOHANNA JIMENEZ SOLANO, fundamentándose en las apreciaciones que a continuación se transcriben:

“(...) en el caso sometido a estudio, encuentra esta célula judicial que las entidades llamadas a responder por el pago de las incapacidades del accionante serían su E.P.S y su Administradora de Fondo de Pensiones, atendiendo que hasta la fecha, las enfermedades que padece la actora y por las que se encuentra incapacitada, vienen siendo tratadas como de origen común; ahora respecto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades que reclama la señora Kelly Johanna Jiménez Solano, que superan los 540 días de incapacidad, y que se relacionan en los folios 14 al 19 del sumario, es importante aplicar lo que al respecto la Corte Constitucional ha expresado en sus sentencias.

(...)

Ahora, estando pendiente por cancelar las incapacidades posteriores al día 540, y que reclama la actora en la presente acción, se hace necesario atender lo considerado por la Corte Constitucional con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en la sentencia T-144-2016, en la que resaltó el vacío legal advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 de 2015 – Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018-, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad; ya que con anterioridad a dicha ley, no existía norma alguna que señalara a que entidad del sistema de seguridad social en salud le corresponde el pago de aquellas incapacidades que se generan con posterioridad al día 540, y que dejaban al trabajador que no había sido considerado invalido, desprovisto del sustento económico para su subsistencia; concluyendo la Corte que después del día 540 de incapacidad, la normativa a aplicar es la ley 1753 de 2015.

(...)

Así las cosas, y atendiendo la jurisprudencia constitucional citada y la Ley 1753 de 2015, en el caso de la señora Kelly Johanna Jiménez Solano, el reconocimiento y pago de las incapacidades emitidas por enfermedad general con posterioridad al día 540 de incapacidad, y que no hayan sido canceladas, deben ser asumidas por la Nueva EP.S, además de las que se generen hasta que cese la emisión de incapacidades a su favor, por haberse comprobado su rehabilitación satisfactoria y reincorporación laboral o hasta que se califique definitivamente su pérdida de capacidad laboral”. (SIC).

V. IMPUGNACIÓN.-

A folios 211 a 226 del expediente, versa el escrito de impugnación del fallo de tutela del 18 de septiembre de 2019, allegado por la apoderada judicial de la NUEVA EPS, en el que se ratificó en lo anotado en su libelo de contestación de la acción de amparo, peticionando en consecuencia la revocatoria de tal proveído.

De otra parte, conviene precisar que en escrito del 11 de octubre de 2019⁴, allegado por parte del Representante Legal para Asuntos Jurisdiccionales y Administrativos de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, manifestó su conformidad con la decisión impartida por el fallador de instancia, como quiera que su representada en manera alguna había vulnerado los derechos fundamentales a legados por la señora KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO, advirtiendo que era la NUEVA EPS la entidad responsable de asumir el pago de las incapacidades posteriores al día 541 como acertadamente se dispuso en la orden de tutela, y así evitar la causación de un perjuicio irremediable ante la carencia de recursos para su sostenimiento durante la incapacidad.

Consideró que los argumentos utilizados por la NUEVA EPS, carecían de fundamento jurídico para pretender la revocatoria del fallo de primera instancia, decisión que fue sustentada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la legislación vigente contenida en la Ley 1753 de 2015.

Por lo antes expuesto, peticionó la confirmación del fallo de tutela de fecha 18 de septiembre de 2019.

VI. CONSIDERACIONES.-

6.1.- COMPETENCIA.-

Por disposición del artículo 86 de la Constitución Política, y de los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación tiene competencia para conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra los fallos de tutela proferidos por los jueces administrativos de este distrito judicial.

Al respecto, señala el inciso segundo del artículo 32 ibídem que *“El Juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo (...) si a su juicio el fallo carece de fundamento procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará...”*.

6.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Corresponde a la Sala determinar en segunda instancia, si conforme a los hechos expuestos, a las pruebas allegadas durante el trámite sumarial y la decisión adoptada por el *A quo*, le asiste derecho a la señora KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO, a que mediante la presente acción de tutela, las entidades accionadas responsables le reconozcan y paguen las incapacidades laborales posteriores al día 541, generadas con ocasión del padecimiento de sus patologías de *trastorno esquizoafectivo no especificado, trastorno afectivo bipolar, episodio depresivo, entre otras*. O si por el contrario, lo pretendido no es posible, dada la improcedencia de dicha acción para la reclamación de tales acreencias.

6.3.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

Respecto al tema de la procedencia de la acción de tutela, cuando existan situaciones jurídicas susceptibles de ser ventiladas a través de la vía ordinaria, la honorable Corte Constitucional ha señalado:

“En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente

⁴ Folios 258 a 268 del expediente.

si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”.⁵

De igual manera, sobre la utilización de la acción de tutela como mecanismo excepcional para la reclamación del pago de incapacidades médicas, ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia T-140 de 2016:

“La acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social.”

De conformidad con lo anterior, adujo en la citada sentencia el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, que en materia del pago de las incapacidades dicha carga prestacional debía ser asumido por las entidades responsables atendiendo el siguiente orden:

“El pago de las incapacidades deberá ser asumido por las Administradoras de Riesgos Laborales en el primer caso y por las Entidades Promotoras de Salud y las Administradoras de Fondos de Pensiones en el segundo, no siendo posible que estas se sustraigan de sus obligaciones bajo el argumento de que la calificación del origen del accidente o la enfermedad se encuentra en discusión ya que las normas y la jurisprudencia reseñadas son claras en que tal circunstancia no puede constituirse en una fuente de riesgo para la consumación de un perjuicio irremediable de quien ha sufrido una disminución en su estado de salud y por esta razón merece una protección especial por parte de la sociedad, las autoridades y más aún, de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, las cuales están encargadas de velar por la atención de las personas que han visto como se materializan en su persona las contingencias cubiertas por el sistema y para cuyo aseguramiento ellas y sus empleadores han realizado las cotizaciones de ley.”⁶

⁵ Sentencia T-177/11

⁶ Sentencia T-140/16

Ahora bien, respecto a la normativa que establece las directrices sobre la asunción del pago de las incapacidades cuando se ha emitido concepto favorable de rehabilitación por parte de la Entidad Promotora de Salud, en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 se dispuso:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

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

En la sentencia T-144 de 2016, la Corte Constitucional hace hincapié a la estricta observancia del principio de subsidiariedad para la utilización del mecanismo de amparo cuando lo que se persigue es el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, sin embargo, puntualizó dos hipótesis que conducirían al operador judicial a admitir la procedencia excepcional de la acción de tutela para la cancelación del auxilio por incapacidad, en ese orden, sostuvo:

“11. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas en Colombia, el cual solo procede cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz. De igual manera, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que es causal de improcedencia de la acción la existencia de otros recursos o medios judiciales (numeral 1º).

Lo anterior encuentra fundamento en el principio de subsidiariedad, el cual implica que, prima facie, la acción de tutela no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios de defensa de derechos fundamentales[34], en tanto son los jueces naturales, los competentes para conocer y determinar los litigios propios de la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa, según el caso.

12. En virtud de tal principio, esta Corporación ha señalado que, de manera general, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

(...)

13. A pesar de lo expuesto, el mismo artículo 86 constitucional establece excepciones a la regla de improcedencia al señalar que el amparo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; o cuando el mecanismo del que se dispone no resulta idóneo y/o eficaz.

En otras palabras, se ha indicado que la acción de tutela procede para el reconocimiento de prestaciones laborales cuando: i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.

14. Frente a la primera hipótesis, la jurisprudencia ha desarrollado algunos parámetros adicionales que permiten a los jueces establecer con mayor grado de certeza la idoneidad o no de los medios ordinarios[35]. En efecto, la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares son aspectos relevantes que se deben ponderar, cuando se exige a una persona asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, pues en algunos casos ello podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental se prolongue injustificadamente.

Adicionalmente esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención del dinero derivado de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.

15. Aunado a lo anterior y frente a la hipótesis del perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha recalcado la necesidad de evaluar los siguientes rasgos (i) la inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) la necesidad urgente de protección; y (iv) el carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.[36]

Por lo expuesto, si el juez verifica que el accionante se encuentra en alguna de tales hipótesis, debe considerar que la acción de tutela procederá, "para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales"[37].

6.4.- CASO CONCRETO.-

En el presente asunto, la accionante KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO, a través de apoderado judicial, interpone acción de tutela en contra de la NUEVA EPS, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y la CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD, con el propósito que le sean amparados sus derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, vulnerados a juicio de aquella, ante la negativa de las accionadas en reconocerle y cancelarle las incapacidades laborales generadas con posterioridad al día 540, devenidas de las patologías de *trastorno esquizoafectivo no especificado, trastorno afectivo bipolar-episodio depresivo*. Alegando sustraerse de la transcripción de las mismas para la efectivización de la prestación reclamada.

6.5.- ANÁLISIS DE LA SALA

De las pruebas obrantes en el escrito de tutela, se registra a folios 21 a 47 del expediente las documentales que dan cuenta de las patologías padecidas por la tutelante, y por consiguiente el devenir de las incapacidades laborales que por la presente acción reclama, generadas con ocasión del cuadro clínico aquejado.

Así mismo, versa a folios 55 a 116 del paginario el pronunciamiento de las entidades accionadas respecto a la reclamación de la aludida prestación, y la posición de no reconocimiento y pago de tales acreencias, alegándose la improcedencia de la acción de tutela para tal propósito, en lo que concernía a las responsabilidades de cada una de ellas.

Examinado el asunto traído a juicio, en principio podría afirmarse sobre la improcedencia de la acción de amparo para la consecución del fin perseguido por la tutelante; por cuanto se trata de un reconocimiento prestacional propio de ser ventilado por el procedimiento ordinario. Sin embargo, al revisarse las condiciones que revisten a la accionante y que la enmarcan en la condición de sujeto de especial protección al hallarse disminuida físicamente, con trastornos de índole psicológico, para la Sala en apoyo del sustento jurisprudencial arriba citado, cobra especial interés la temática haciéndose susceptible de ser tramitado el presente litigio a través del mecanismo constitucional de amparo.

Al respecto, sea oportuno traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia T-008 de 2018, frente al estudio sobre la subsidiariedad y la aplicación de la flexibilidad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales, así:

"Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en

circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales –como son las incapacidades laborales–, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional”.

Así las cosas, adentrándose en el examen de las probanzas arrojadas al libelo, se halla acreditado que la señora KELLY JOHANNA JIMÉNEZ SOLANO en su condición de incapacitada, adolece actualmente de salario alguno diferente al generado de las incapacidades laborales producto de las patologías padecidas, razón por la cual solicita a las entidades accionadas el reconocimiento y pago de dicho auxilio.

Ahora bien, como quiera que en el caso bajo estudio la negativa en el pago de la prestación reclamada por la tutelante configura la afectación a su derecho al mínimo vital, y dado que de la información contenida en el acervo probatorio vertido en el expediente, se advierte que las incapacidades cuyo pago se exija superen el día 540, oportuno resulta colegir que la entidad responsable u obligada en la asunción del reconocimiento y cancelación de las acreencias, no es otra diferente a la NUEVA EPS, en su condición de Entidad Promotora de Salud a la cual se halla afiliada la accionante, hasta tanto se defina su situación de invalidez, o se compruebe su rehabilitación satisfactoria y por consiguiente su reincorporación laboral. Sin perjuicio que pueda perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, y en los fundamentos que a continuación se transcriben, sentados por la Corte Constitucional en la sentencia T-144 de 2016:

“Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

En efecto, el artículo 67 de la referida 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.”

Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015[66]–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes 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 el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015”.

En ilación con lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social a través del Decreto 1333 de 2018, señaló:

“Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).

Vistas así las cosas, en el presente asunto se procederá a confirmar la decisión impartida por el fallador de instancia, contenida en el proveído del 18 de septiembre de 2019, atendiendo a las razones anotadas en precedencia.

DECISIÓN

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha 18 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

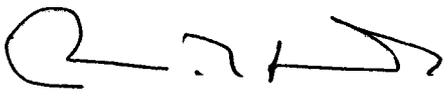
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos indicados en el inciso segundo del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Cópiese, notifíquese a las partes o intervinientes por el medio más expedito y eficaz, personalmente, vía fax, por telegrama o correo electrónico y envíese copia de esta decisión al Juzgado de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de decisión, efectuada el día 7 de noviembre de 2019. Acta No 148.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


OSCAR IVÁN CASTANEDA DAZA
Presidente


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado

(AUSENTE EN COMISIÓN
DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada