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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Jorge Adrián Grisales Moncada

Accionados : Nueva EPS y otros

Procedencia : Juzgado 4º de Familia de Pereira

Radicación : 66001-31-10-004-2021-00271-01

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 549 del 16-11-2021

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / MÍNIMO VITAL / PAGO DE INCAPACIDADES / REGLAS / SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / REQUISITOS / ASIMILACIÓN DE LAS INCAPACIDADES AL SALARIO / ORIGEN COMÚN Y LABORAL.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial… Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

… sobre el pago de incapacidades laborales, de manera excepcional, ha señalado: “(…) Si bien, en principio, la tutela no es el trámite adecuado para discutir estos asuntos, cuando quiera que con la ausencia o negativa por el pago de esas acreencias se lesione el derecho fundamental al mínimo vital, el amparo constitucional supera el examen de subsidiariedad.”

… en tratándose a la verificación de la lesión o amenaza del mínimo vital, esa Corporación, de tiempo atrás, ha decantado que se presume cuando se aprecia que el incumplimiento ha sido superior a dos (2) meses o cuando el trabajador solo percibe el salario mínimo…

Aquello, porque las incapacidades laborales se equiparan al salario dejado de percibir durante el tiempo de convalecencia y se traducen en la garantía para la recuperación de la salud, en pro de la dignidad humana…

EL PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN Y LABORAL. La jurisprudencia de la CC, luego de analizar los cambios que realizó el Decreto Ley 19 de 2012…, así como las responsabilidades en el reconocimiento y pago de las incapacidades, estableció unas pautas normativas que se encuentran vigentes.

Se confirmará el fallo opugnado ya que la EPS debe asumir la subvención, habida cuenta de que no probó que las incapacidades pendientes de pagar tengan origen laboral.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0395-2021**

***Dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto por decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Expresó el actor que en agosto de 2018 sufrió accidente laboral que le causó lesiones en la parte derecha de su cuerpo y, aunque sus patologías obedecen a un origen laboral, asegura que padece *“(…) daños colaterales (…) de carácter común (…)”*. Desde esa fecha los médicos otorgaron incapacidades y las EPS y ARL accionadas se niegan a pagar las causadas entre febrero y agosto de 2021, porque son de origen diferente. Agregó que hoy, es ese el único ingreso de su núcleo familiar (Cuaderno No.1, pdf.03).

1. **El derecho invocado y la petición de protección**

El mínimo vital y la dignidad humana. Solicitó ordenar a las encausadas reconocer y pagar las incapacidades y las que se causen con posterioridad (Cuaderno No.1, pdf.03).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Se admitió el día 03-08-2021 (Cuaderno No.1, pdf.05); el 13-08-2021 se sentenció (Ibidem, pdf.11); y, el 24-08-2021 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf.14). El fallo ordenó a la Nueva EPS SA pagar las incapacidades y negó el recobro ante el ADRES. Explicó que las incapacidades son de origen común e inferiores a los primeros 180 días, por manera que le compete asumir la subvención; sin embargo, agregó que la orden es transitoria y no impide que en el futuro se defina cuál es la entidad encargada de pagar y se realice el recobro correspondiente (Ib., pdf.11).

Impugnó la Nueva EPS SA y solicitó revocar la sentencia porque, según informe del área de prestaciones económicas, las incapacidades con diagnóstico T939 y F431, son de origen laboral, por ende, le compete pagarlas a la ARL AXA Colpatria Seguros de Vida SA (Ib., pdf.13).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado 4º de Familia de Pereira, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Se cumple por activa porque el actor está afiliado al sistema de seguridad social y solicitó el pago de las incapacidades (Ib., pdf.04); y, por pasiva la **(1)** Dirección de Prestaciones Económicas de la Dependencia de Medicina Laboral de la Nueva EPS y **(2)** ARLAXA Colpatria Seguros de Vida SA, por ser destinatarias del reclamo de pago y competentes para reconocer y pagar las incapacidades laborales de origen común y laboral (Arts.206, Ley 100, 23, D.2463/2001, 34, D.1295/1994, 1º, D.2943/2013 y Ley 1753).

Distinto es respecto al Consorcio Constructor Pacífico Tres, pues es incompetente para pagar las incapacidades solicitadas por el accionante, se adicionará el fallo para declarar improcedente el amparo en su contra

* + 1. La inmediatez*.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular. Este requisito *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1).

Se satisface porque la acción se formuló (02-08-2021) (Ib., pdf.02) tres (3) días después de expedida la última incapacidad (29-07-2021) (Ib., pdf.07), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2).

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021)[[3]](#footnote-3). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

Respecto del análisis de este requisito de procedencia la CC[[4]](#footnote-4) ha dicho: *“(…) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”* (Resaltado de la Sala)*.*

Y, sobre el pago de incapacidades laborales, de manera excepcional, ha señalado: “(…) *Si bien, en principio, la tutela no es el trámite adecuado para discutir estos asuntos, cuando quiera que con la ausencia o negativa por el pago de esas acreencias se lesione el derecho fundamental al mínimo vital, el amparo constitucional supera el examen de subsidiariedad.”[[5]](#footnote-5)* (Sublínea extratextual)*.* También, la doctrina constitucional ha sostenido (2019) [[6]](#footnote-6):

…. 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 … (Cursiva a propósito).

Claramente, la CC circunscribe el ejercicio del amparo constitucional a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta que estén afectadas en su mínimo vital (2019)[[7]](#footnote-7), al advertir que el subsidio de incapacidad: *“(...) constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata (...)”*.

Ahora, en tratándose a la verificación de la lesión o amenaza del mínimo vital, esa Corporación, de tiempo atrás, ha decantado que se presume cuando se aprecia que el incumplimiento ha sido superior a dos (2) meses o cuando el trabajador solo percibe el salario mínimo, siempre y cuando, el accionado no demuestre ni el juez halle que posee otros ingresos con los cuales pueda atender sus necesidades y las de su familia (Inversión de la carga probatoria) (2020)[[8]](#footnote-8).

Aquello, porque las incapacidades laborales se equiparan al salario dejado de percibir durante el tiempo de convalecencia y se traducen en la garantía para la recuperación de la salud, en pro de la dignidad humana, pues **permite al afectado atender la enfermedad sin tener que preocuparse de procurar el sustento de su hogar**[[9]](#footnote-9).

De lo expuesto se colige que: (i) *La imposibilidad para trabajar por razones de salud*; y, (ii) *La inexistencia de ingresos distintos al salario para satisfacer las necesidades básicas* son presupuestos concurrentes que hacen procedente la acción de tutela como mecanismo excepcional.

En este caso han pasado más de dos (2) meses desde que se causaron las incapacidades sin pagar (Desde febrero hasta agosto de 2021), la condición de salud del accionante le impide trabajar, pues padece trastorno de ansiedad, trastorno de estrés postraumático, dolor crónico intratable, entre otros (Ib., pdf.04) y afirmó que su único sustento y el de su familia proviene de aquel auxilio (Ib., pdf.03, hecho 8º). Circunstancias que pudieron desvirtuar las encausadas dado que tienen información del afiliado, pero guardaron silencio; por lo tanto, se invierte la carga probatoria dada la facilidad que tenían las accionadas, por ende, se entiende afectado el mínimo vital del promotor. Superada la procedencia, se examinará el fondo del asunto.

* 1. El pago de incapacidades de origen común y laboral*.* La jurisprudencia de la CC[[10]](#footnote-10), luego de analizar los cambios que realizó el Decreto Ley 19 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”,* así como las responsabilidades en el reconocimiento y pago de las incapacidades, estableció unas pautas normativas que se encuentran vigentes.

Determinó, entre otros aspectos, que las incapacidades por enfermedad general que se causen a partir del tercer día y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Art.206, Ley 100). La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación y enviarlo a la AFP, antes del día 150 de incapacidad (Art.142, D.L.19 /2012).

Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Art.23, D.2463/2001).

Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, será la EPS la encargada de su reconocimiento y pago con cargo a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 1753).

Aunado a lo dicho, cabe resaltar que la CC[[11]](#footnote-11) en su jurisprudencia dirimió el debate en torno a que el pago de aquel auxilio dependiera, exclusivamente, de la existencia de un *concepto favorable*, según lo establecido en el Decreto 2463 de 2001: *“(…) (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las****AFP****, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable (…)”[[12]](#footnote-12)* (Resaltado original)*.*

También indicó que, si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de pagar las incapacidades causadas desde el día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido. Asimismo, ha sido reiterativa en cuanto a la obligación de las EPS de acompañar y asesorar al usuario en los trámites de solicitud de incapacidad que superen los 180 días y que corresponden por ley a los fondos de pensiones.

Por último, la Alta Corporación[[13]](#footnote-13), con base en el artículo 1º, D.2943/2013, explicó que corresponde a las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- pagar las incapacidades con génesis en un accidente de trabajo o enfermedad laboral, a partir del día siguiente en que ocurra el hecho o diagnóstico, y subsistirá la obligación: *“(…) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez (…)”.*

No obstante, en providencia del 2018, acotó[[14]](#footnote-14) que la indemnización por incapacidad permanente parcial no es incompatible con el pago de incapacidades laborales porque:

… mientras el primero busca compensar un daño sufrido, el segundo se erige como sustituto del salario de la accionante (…) no es constitucionalmente aceptable admitir que el monto de la prestación económica o subsidio por incapacidad temporal sea equivalente a un solo pago (indemnización), puesto que una persona que se encuentra en situación de discapacidad parcial, pero laboralmente activa puede en cualquier momento requerir la protección del Sistema de Seguridad Social como consecuencia de las situaciones que afecten en su salud que se ocasionen con posterioridad… (Sublínea extratextual).

En síntesis, el pago de la indemnización no exime a la ARL de pagar las subsiguientes incapacidades que se expidan con ocasión de las secuelas causadas por la enfermedad laboral.

1. **El caso concreto analizado**

Se confirmará el fallo opugnado ya que la EPS debe asumir la subvención, habida cuenta de que no probó que las incapacidades pendientes de pagar tengan origen laboral.

La historia clínica carece de claridad, únicamente alude al *“(…) ANTECEDENTE DE TRAUMA CONTUNDENTE DE HEMICUERPO DERECHO (…)”*, sin referir, en modo alguno, que el estrés postraumático y el politraumatismo, fundamento de las incapacidades, sean consecuencia del accidente laboral (Ib., pdf.04).

Tampoco se acepta como prueba el concepto expedido por la Dirección de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, por la potísima razón de que no cuenta con el soporte científico o concepto técnico respectivo. Al respecto la CC ha sido enfática en reseñar[[15]](#footnote-15):

… para determinar la entidad responsable de las prestaciones asistenciales o económicas a que tiene derecho la persona que se encuentra en tales circunstancias, previamente debe existir la calificación del origen de la enfermedad o del accidente de trabajo. Si es de origen profesional, las prestaciones serán de cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales. De no ser así, y tratándose de origen común, tal responsabilidad deberá ser asumida por la E.P.S. en materia de salud o por la Entidad Administradora de Pensiones correspondiente, en caso de invalidez o muerte, cuando se reúnan los requisitos para ello (Línea a propósito).

Y, como quiera que, conforme al artículo 12, D.1295/1994, compete a la institución prestadora de servicios de salud calificar en primera instancia el origen de la enfermedad, labor que no ha ejecutado, es dable concluir que le corresponde pagar las incapacidades, hasta tanto realice la actividad administrativa y, eventualmente, se resuelva la controversia que llegue a suscitarse entre las accionadas (Parágrafo 3º, artículo 5º, Ley 1562[[16]](#footnote-16)).

La EPS atendió al actor y expidió las incapacidades, se itera, sin precisar su origen, de tal suerte que es imposible concluir que la ARL trasgredió sus derechos por el impago. En todo caso, el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial que hizo la ARL, no la eximía del deber de pagar[[17]](#footnote-17); sin embargo, la falta de determinación del origen de las nuevas patologías, impide a la judicatura imponerle esa obligación.

De otro lado, respecto al recobro, como se anotó, el juez constitucional es incompetente para decidir sobre aspectos estrictamente administrativos que deben resolver las encausadas mediante los mecanismos que regulan los Sistemas General de Seguridad Social en Salud y General de Riesgos Laborales ante las autoridades competentes. *Inviable autorizar a la EPS que recobre a la ARL el pago de las incapacidades*.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido el 13-08-2021 por el Juzgado 4º de Familia de Pereira.
2. MODIFICAR el numeral 3º para, de un lado, NEGAR la tutela contra la ARL AXA Colpatria Seguros de Vida SA, por inexistencia de vulneración; y, del otro, DECLARAR improcedente el amparo frente al Consorcio Constructor Pacífico Tres, por carecer de legitimación.
3. ENVIAR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-471 de 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-419 de 2015, también pueden consultarse la T-008 de 2018 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-161de 2019. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-20 de 2021, T-523 de 2020, T-161de 2019, T-649-2013, T-984 de 2012 y T-065 de 2009. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-333 de 2013, T-698 de 2014, T-097 de 2015, T-691 de 2015, T-144 de 2016, T-401 de 2017, T-218 de 2018, T-161 de 2019 y T-523 de 2020, entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-401 de 2017, T-246 de 2018, T-161 de 2019 y T-20 de 2021 [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-161 de 2019, T-693 de 2017, T-200 de 2017 y T-490 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-312 de 2018 [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-142 de 2008, reiterada en las T-208 de 2010, T-777 de 2011 y T-339 de 2012, entre otras. [↑](#footnote-ref-15)
16. *El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos rembolsos y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-312 de 2018 [↑](#footnote-ref-17)