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 Acción de tutela – Segunda instancia

Accionante Carlos Alberto Bedoya Castañeda

Accionado Nueva EPS, Gestores y Consultores de Colombia SAS, ARL Seguros La Equidad y Fondo de Pensiones Protección S.A.

Vinculados Gerente Regional Eje Cafetero y Director de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, Gerentes Regionales y Directores de Prestaciones Económicas de Gestores y Consultores de Colombia SAS

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDAD MÉDICA SUPERIOR AL DÍA 540 / CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / ENTIDAD RESPONSABLE, LA EPS / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / NO APLICA EN DETERMINADOS CASOS.**

… la queja constitucional se plantea… contra las entidades demandadas al negarse a pagar las incapacidades concedidas desde el mes de noviembre de 2022 y a calificar la pérdida de la capacidad laboral del accionante.

Frente a la subsidiariedad respecto al reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien existen mecanismos judiciales ordinarios donde se puede pretender la satisfacción del derecho, ellos no son los idóneos cuando la ausencia de pago compromete otros derechos de índole fundamental…

… resulta desproporcionado obligar al accionante a acudir a un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social para reclamar simplemente su derecho a la práctica del dictamen de primera oportunidad sin dilaciones de ninguna clase…

… en este caso no hay duda sobre el ciclo de incapacidad en que se encuentra el accionante ya que las entidades accionadas admiten que las mismas superaron los 540 días…

… entiende la Sala que los subsidios por incapacidad que se reclaman provienen de una enfermedad de origen común, hecho que fue aceptado, por lo menos tácitamente, por las demás entidades involucradas…

De acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la carga del pago de las incapacidades posteriores al día 540 debe ser asumido por la EPS, cuando se cumplan los requisitos del artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 1427 de 2022…

… surge claro el deber que tiene la Nueva EPS de calificar en primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral de su afiliado, más aún si se tiene en cuenta la obligación que impone el artículo del artículo 2.2.3.6.2 del Decreto 1427 de 2022, y por ende, resulta procedente imponerle esa carga en esta sede.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**DISTRITO DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Sentencia ST2-0139-2023

Acta número 212 de 04-05-2023

Cuatro (04) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por la parte actora y la Nueva EPS contra la sentencia proferida en la tutela de la referencia, el 14 de marzo pasado.

**ANTECEDENTES**

**1.** Del escrito de tutela se advierte que el 14 de mayo de 2021, el actor sufrió un accidente de trabajo, producto del cual ha venido siendo incapacitado por más de 540 días, sin que hasta la fecha se haya definido su derecho a recibir pensión por invalidez, ya que la EPS y el fondo de pensiones a los que se encuentra afiliado, no asumen la carga de calificar su pérdida de la capacidad laboral. De igual manera, se niegan a pagarle el subsidio por incapacidad.

Para obtener la protección de sus derechos a la seguridad social, la salud, el mínimo vital y la vida digna, se solicita ordenar a las demandadas pagar las incapacidades concedidas al actor desde el 13 de noviembre de 2022 al 04 de marzo de 2023 y emitir el respectivo dictamen de calificación de merma de la capacidad de trabajo[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 02 de marzo de esta anualidad el juzgado de primera instancia admitió la acción constitucional.

La Nueva EPS manifestó que el accionante presenta 655 días de incapacidad continua y dentro de ese interregno, más precisamente antes del día 150, esa entidad emitió concepto de rehabilitación favorable, el cual fue notificado a Protección SA, siendo, en consecuencia, esa entidad competente de reconocer el subsidio a la incapacidad correspondiente. Agregó que al tratarse de un accidente laboral, las atenciones de salud respectivas y la calificación de invalidez dependen de la red de servicios contratada por la ARL Seguros La Equidad. Finalmente dijo que la tutela es improcedente al incumplir el requisito de la subsidiariedad[[2]](#footnote-3).

Protección SA refirió que al haber superado el accionante los 540 días de incapacidad la competencia en el pago respectivo, se traslada a la EPS, de conformidad con el ordenamiento legal vigente, sin que la falta de calificación de pérdida de capacidad laboral constituya una excepción a ese deber. De otro lado, señaló que de concederse la protección constitucional se debe hacer de manera transitoria, hasta que el interesado acuda al juez ordinario para formular las pretensiones que eleva por vía de tutela[[3]](#footnote-4).

Gestores y Consultores de Colombia SAS informó que el accionante no cuenta con vínculo laboral alguno con esa sociedad, sino que tiene la calidad de agremiado y, como tal, se le prestan servicios de asesoramiento, gestión y consultoría en diversos campos administrativos, tales como la afiliación y pago de la seguridad social integral. En esa medida ha venido siendo acompañado en los trámites de cumplimiento de obligaciones laborales, se le han transcrito sus incapacidades y se le ha informado los trámites que debe surtir ante la Nueva EPS y Protección SA para acceder a su pago[[4]](#footnote-5).

La Equidad Seguros indicó que esa entidad brindó los servicios asistenciales y económicos requeridos por el actor, con ocasión al accidente que sufrió, hasta el agotamiento de la cobertura SOAT. Esa autoridad, además, calificó como de origen común dicho siniestro y en tal medida las prestaciones económicas que de él se desprendan, deben ser reconocidas y pagadas por otras entidades del sistema de seguridad social, y aun cuando la Junta Regional de Invalidez determinó que el origen era laboral, las prestaciones que ahora se reclaman encuentran germen en otro evento de enfermedad general, como se le indicó al actor[[5]](#footnote-6).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 14 de marzo último el Juzgado Cuarto de Familia local accedió al amparo invocado por el actor, referente al pago de incapacidades, y, por ende, le ordenó al Director de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS sufragar el citado subsidio a partir del 13 de noviembre de 2022.

Lo anterior tras considerar que esas prestaciones, las cuales constituyen el único ingreso del accionante, “superan los 180 días, lo que indica que su reconocimiento y pago corresponde a las entidades accionadas proporcionalmente; esto es los primeros 180 días a la promotora de salud Nueva EPS, y del día 181 hasta los 540 días siguientes. Empero, se aclara que el señalamiento sobre la entidad obligada a pagar las incapacidades… es transitoria y provisional, por lo que de ninguna manera puede ser considerada como inmodificable a futuro sobre la entidad legal y reglamentariamente obligada a responder, por lo que queda la posibilidad que eventualmente adelanten el proceso ordinario para obtener el reembolso de las sumas por las que se vieron afectadas con la orden del juez constitucional, de considerar que es otra entidad la responsable del reconocimiento, pues la decisión tomada en esta providencia tiene como finalidad garantizar el derecho”[[6]](#footnote-7).

**4. Impugnaciones:** La Nueva EPS insistió en que al haber emitido oportunamente concepto de rehabilitación y tratarse de un asunto que cuenta con incapacidades superiores al día 540, Protección SA tiene la obligación de reconocerlas. Agregó que a ese fondo de pensiones también le corresponde el deber de emitir el dictamen de pérdida de la capacidad laboral correspondiente[[7]](#footnote-8).

La parte actora alegó que el fallo de primer nivel omitió resolver sobre la pretensión dirigida a obtener la práctica del dictamen médico laboral por lo que solicita se acceda a esa súplica[[8]](#footnote-9).

**CONSIDERACIONES**

**1.** En el caso concreto la queja constitucional se plantea, al amparo del artículo 86 de la Constitución Política, contra las entidades demandadas al negarse a pagar las incapacidades concedidas desde el mes de noviembre de 2022 y a calificar la pérdida de la capacidad laboral del accionante.

Frente a esa situación, la primera instancia consideró que, en efecto, se había cometido infracción a los derechos del actor, por la falta de reconocimiento de aquel subsidio y ordenó a la Nueva EPS pagarlo. Esta última entidad se opuso a ese mandato al considerar que la entidad responsable de sufragar tales incapacidades es el fondo de pensiones. El actor, por su parte, reclamó se resolviera lo relativo a la emisión del dictamen médico laboral.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico consiste en determinar si el amparo resulta o no procedente para resolver el debate planteado y, en caso positivo, si las entidades accionadas lesionaron los derechos del demandante.

**2.** El accionante se encuentra legitimado en la causa por activa al ser el directo afectado por la presunta falta de pago de las incapacidades laborales que le fueron otorgadas y la ausencia de calificación de su merma en la capacidad de trabajo, en su condición de afiliado al sistema de seguridad social.

Mientras que la legitimación por pasiva se encuentra radicada en la Nueva EPS, la ARL Seguros La Equidad y el Fondo de Pensiones Protección SA, a través de sus respectivos Directores de Prestaciones Económicas, como entidades en las cuales recae la eventual competencia para reconocer las incapacidades y calificar la pérdida de capacidad laboral del actor.

Diferente ocurre con la sociedad Gestores y Consultores de Colombia SAS pues no hace parte de las autoridades adscritas al sistema de seguridad social y su relación con el caso se limita a brindar asesoría prestacional al actor, tal como se desprende de su objeto social[[9]](#footnote-10).

**3.** En punto del análisis de los demás presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela se advierte que, si las incapacidades adeudadas guardan relación con el ciclo del 13 de noviembre de 2022 al 04 de marzo de 2023 y que a la fecha no ha obtenido una calificación de invalidez, se evidencia cumplido el requisito de la inmediatez.

Frente a la subsidiariedad respecto al reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien existen mecanismos judiciales ordinarios donde se puede pretender la satisfacción del derecho, ellos no son los idóneos cuando la ausencia de pago compromete otros derechos de índole fundamental, porque se presume que el emolumento representa el único ingreso que permite la subsistencia del trabajador y de su familia[[10]](#footnote-11).

En este asunto está acreditado, además, que la retribución mensual que recibía el accionante asciende a un salario mínimo legal mensual vigente[[11]](#footnote-12) y que para el momento en que se promovió el amparo le adeudaban más de cinco meses por ese concepto, luego se puede presumir que se trata de un caso donde la falta de pago de las incapacidades, que suplen el salario mensual del trabajador, pone en riesgo derechos de índole fundamental como el mínimo vital y la vida digna, pues se trata de una persona con periodos de incapacidad prolongados y sin que exista prueba de existencia de algún otro ingreso económico, no resultando idóneo el medio de defensa judicial establecido por el legislador.

Sometida la otra súplica de la demanda al análisis de ese mismo presupuesto, es menester precisar de entrada que el actor no controvierte el resultado de la pérdida de capacidad laboral (PCL), que aún no se le ha determinado, ni reclama se le reconozca una pensión de invalidez, sobre la cual apenas le asiste alguna expectativa. Lo que en realidad controvierte es la ausencia de calificación de pérdida de la capacidad laboral, sin razón que lo justifique.

En esas condiciones, considera esta instancia que también resulta desproporcionado obligar al accionante a acudir a un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social para reclamar simplemente su derecho a la práctica del dictamen de primera oportunidad sin dilaciones de ninguna clase, y luego, si es el caso, iniciar otro proceso ordinario contra la calificación que se le otorgue, o para definir si le asiste derecho a ser beneficiario de una pensión de invalidez, todo lo cual implicaría un retardo injustificado frente a una persona que precisamente solicita la calificación por considerar que su estado de salud le genera una condición de invalidez, del cual da cuenta su historia clínica[[12]](#footnote-13).

En suma, considera la Colegiatura que, ante las condiciones particulares del caso concreto, la tutela resulta procedente, pues se hace necesario adoptar las medidas urgentes para que se defina la situación médico laboral del actor, al menos en cuanto se refiere a la calificación de invalidez, lo que permitirá determinar si tiene derecho o no de acceder a la pensión de invalidez.

**5.** Satisfechos tales presupuestos, la Colegiatura se encuentra avalada para definir el fondo del asunto. Con ese norte, es de reiterarse que el debate planteado frente al fallo de primer nivel guarda relación con el mandato impuesto a la EPS accionada sobre el pago de incapacidades superiores al día 540 y sobre la falta de pronunciamiento acerca de la calificación de invalidez del actor.

**5.1.** Frente a lo primero hay que mencionarse, inicialmente, que en este caso no hay duda sobre el ciclo de incapacidad en que se encuentra el accionante ya que las entidades accionadas admiten que las mismas superaron los 540 días[[13]](#footnote-14). Tampoco se presenta mayor debate sobre el origen del accidente que sufrió pues si bien en la demanda se habla de un accidente laboral, lo que la ARL La Equidad Seguros ratifica al decir que si bien ella lo calificó como de origen común, luego la Junta Regional de Calificación de Invalidez señaló que era común. No obstante ello parece evidente, de los certificados que se aportaron con la demanda, que la incapacidad que acá se reclama procede de un evento distinto, enfermedad general, al tratarse de secuelas derivadas de un accidente cerebrovascular padecido en septiembre de 2021 (el accidente de tránsito, señala la historia clínica, fue en mayo de ese mismo año) que le impiden retornar a trabajar.

En consecuencia, entiende la Sala que los subsidios por incapacidad que se reclaman provienen de una enfermedad de origen común, hecho que fue aceptado, por lo menos tácitamente, por las demás entidades involucradas, al no plantear debate alguno sobre el particular y simplemente pagar los días de incapacidad que les correspondían, precisamente por tratarse de accidente de origen común y no laboral.

En consecuencia, la tutela frente a la aludida ARL resulta improcedente pues esa entidad no pudo haber dado lugar a la lesión de derechos en este caso, al no tratarse de un evento de origen laboral, se repite, por lo menos con la información ventilada en este trámite.

**5.2.** De acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la carga del pago de las incapacidades posteriores al día 540 debe ser asumido por la EPS, cuando se cumplan los requisitos del artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 1427 de 2022, a saber: i) cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante; ii) cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad de origen común y iii) cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones, que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Dichas condiciones se cumplen en el caso concreto pues según la historia clínica aportada, el estado de incapacidad en que se encuentra el actor por el diagnóstico de “secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas”, y solo se evidencian dos conceptos de rehabilitación: uno favorable, expedido el 30 de agosto de 2021[[14]](#footnote-15), tal como la misma Nueva EPS insistentemente lo señaló en sus pronunciamientos ante la primera instancia; y otro desfavorable, de fecha reciente, 22 de febrero de este año, del cual no puede la Sala determinar sus posibles efectos de cara a las eventuales obligaciones de Protección SA, pues de él no dio cuenta dicha entidad, sino que fue aportado con la demanda[[15]](#footnote-16), y carece de constancia de notificación al fondo de pensiones.

De lo hasta aquí señalado, surge evidente que a la citada empresa promotora de salud le corresponde la carga de reconocer y pagar las incapacidades generadas a su afiliado con posterioridad al día 540.

En todo caso, si con la existencia de ese último concepto de rehabilitación desfavorable, al margen del inicialmente rendido, se puede generar controversia sobre la entidad que debe reconocer el subsidio a la incapacidad, es preciso dar aplicación al precedente de la Corte Constitucional en el que se ha advertido que esa clase de debates administrativos no pueden ser obstáculo para el disfrute del derecho del afiliado (Sentencia T-291 de 2020), máxime que tal como lo ha sostenido este Tribunal en casos similares al presente, la empresa promotora de salud cuenta con la posibilidad de recobrar a la ADRES por los montos que por concepto de pago de incapacidades deba asumir, no estando en obligación de ello[[16]](#footnote-17).

En este orden de ideas fue acertada la conclusión adoptada en primera instancia, al imponer esa obligación a la Nueva EPS.

**6.2.** Finalmente, la Sala estima razonable el alegato de la parte actora sobre la falta de pronunciamiento en primera sede respecto de la súplica dirigida a obtener se materialice calificación de pérdida de la capacidad laboral ya que, en efecto, aunque dicha cuestión fue objeto de los hechos y pretensiones de la tutela, dejó de ser analizado por el juzgado de conocimiento.

Para remediar esa omisión esta Sala procede a citar jurisprudencia que en sede de tutela resolvió un caso que tiene semejanza al presente como quiera que allí se ventilaron circunstancias similares respecto del pago de incapacidades y la realización de aquel dictamen médico laboral. En esa providencia se concluyó:

*“50. Como se señaló en las consideraciones de esta sentencia, la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que le asiste a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social, sin distinción alguna, y que cobra gran importancia en tanto medio para acceder a la garantía de los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. Como se deriva de los hechos expuestos, en este caso, la falta de calificación de la PCL repercute en la garantía de los derechos constitucionales del accionante. En efecto, se afecta su derecho a la seguridad social, comoquiera que sin la calificación no puede iniciar otros trámites derivados de la eventual condición de invalidez o discapacidad que se le dictamine. Existe una afectación al debido proceso, toda vez que se le está imponiendo al actor una barrera injustificada y una carga imposible de cumplir para obtener el dictamen. Así mismo, se plantea una afectación del derecho al mínimo vital, ya que, en razón de su enfermedad, el accionante no puede trabajar y aún no puede iniciar trámites para obtener las coberturas que el sistema integral de seguridad social contempla para las personas con un porcentaje alto de PCL.*

*…*

*53. Todas estas circunstancias, ahondan la vulneración de derechos que perpetuó Salud Total EPS, por lo cual, se ordenará a dicha entidad que proceda a adelantar todos los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para que el señor Sergio Ríos Galvis sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnico–científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y las demás normas concordantes y complementarias”.*

Aplicado ese precedente al asunto bajo revisión, surge claro el deber que tiene la Nueva EPS de calificar en primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral de su afiliado, más aún si se tiene en cuenta la obligación que impone el artículo del artículo 2.2.3.6.2 del Decreto 1427 de 2022[[17]](#footnote-18), y por ende, resulta procedente imponerle esa carga en esta sede.

**7.** Por todo lo considerado el fallo de primera instancia será confirmado, con las siguientes adiciones: se ordenará al Director de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS adelantar todas las gestiones de su cargo, a fin de calificar en primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral del accionante, trámite que deberá surtir en el plazo de un mes, y se declarará improcedente el amparo respecto de las demás autoridades vinculadas, al carecer de competencia, ya que, como se vio, la responsabilidad en atender el asunto recae en aquel funcionario.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Se CONFIRMA la sentencia impugnada, de fecha y procedencia ya indicadas, adicionándola para ordenar al Director de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS surtir todas las gestiones de su cargo, a fin de calificar en primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral del accionante, trámite que deberá surtir en el plazo de un mes; y para declarar improcedente el amparo respecto Gestores y Consultores de Colombia SAS, la ARL Seguros La Equidad, el Fondo de Pensiones Protección SA y la Gerente Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS**

Ausente con causa justificada

1. Documento 03 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
2. Documento 09 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Documento 10 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
4. Documento 11 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
5. Documento 12 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
6. Documento 14 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-7)
7. Documento 16 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-8)
8. Documento 07 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-9)
9. Folio 14 del archivo 11 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-10)
10. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ver IBL que consta en el certificado de incapacidades visible a folios 14 y 15 del archivo 16 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-12)
12. Folios 32 a 41 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-13)
13. Según memorando del 03 de marzo de 2023 emitido por la Nueva EPS “Presenta 655 días de incapacidad continua entre el 14/05/2021 al 04/03/2023, completando 180 días el 10/11/2021 y 540 días el 06/11/2022” [↑](#footnote-ref-14)
14. Folio 03 del archivo 16 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-15)
15. Folio 41 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-16)
16. Sentencia ST2-0032-2023 [↑](#footnote-ref-17)
17. “Cuando la entidad promotora de salud o entidad adaptada emita concepto desfavorable de rehabilitación, se dará inicio al trámite de calificación de Invalidez de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.” [↑](#footnote-ref-18)