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 : Yeison David Suárez Puerta

Accionados : Nueva EPS SA

Litisconsorte : Colfondos SA y otra

Procedencia : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Radicación : 66170-31-03-001-2022-00359-01 (811)

Mg. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 42 del 07-02-2023

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD FLEXIBILIZADO / SUPERIORES A 540 DÍAS / LAS ASUMEN LAS EPS.**

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.”

… la CC circunscribe el ejercicio del amparo constitucional a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta que estén afectadas en su mínimo vital…, al advertir que el subsidio de incapacidad: “(...) constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar…”

… 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.

… importa precisar que, conforme al artículo 67, Ley 1753 (2015), la reciente jurisprudencia constitucional de la Código Civil…, concluyó que se zanjó el vacío legal referente al obligado a pagar las incapacidades superiores a los 540 días, así:

“(…) es indiscutible señalar que, con posterioridad a la vigencia de la Ley 1753 de 2015, el déficit de protección que existía con relación al pago de incapacidades superiores a los 540 días a favor de personas que contaban con pérdida de capacidad laboral inferior al 50% quedó superado. Por lo tanto, tal como ha sido ampliamente reiterado por la jurisprudencia constitucional, el pago de dichas prestaciones económicas debe ser asumido por las Entidades Promotoras de Salud…”



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

**ST2-0032-2023**

**Siete (7) de febrero de dos mil veintitrés (2023).**

1. **El asunto por decidir**

La impugnación interpuesta en el procedimiento constitucional referido, surtida la primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Expresó el actor que desde el 30-05-2019 ha permanecido incapacitado de forma ininterrumpida. El empleador pagó el auxilio los primeros 180 días, luego la AFP Colfondos hasta cumplir los 540 días, y en adelante, la EPS Medimás en liquidación, hasta su traslado a la Nueva EPS SA.

Finalmente, afirmó que la actual afiliadora, negó los demás, causados entre el 15-08-2022 y 29-08-2022, el 13-09-2022 y el 20-09-2022 y el 07-10-2022 y el 09-10-2022; y, agregó que es la única fuente de ingresos para sostener su núcleo familiar (Cuaderno No.1, pdf.02).

1. **Los derechos invocados y la petición**

El mínimo vital, el trabajo, la estabilidad laboral reforzada y la seguridad social. Solicitó ordenar a la EPS reconocer y pagar las incapacidades adeudadas y demás que se sigan causando (Cuaderno No.1, pdf.02).

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

Con auto del 22-11-2022 se admitió la tutela (Cuaderno No.1, pdf.03); el 02-12-2022 se falló (Ibidem, pdf.09); y, el 14-12-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf.14). Ya ante esta Corporación, el 01-02-2023 se advirtió una irregularidad procesal, saneada porque no fue alegada y se decretaron pruebas de oficio, recaudadas parcialmente (Cuaderno No.2, pdf.09-16).

El fallo amparó los derechos y ordenó a la Nueva EPS SA pagar las incapacidades debidas, pues conforme al artículo 67, Ley 1753, le compete asumir las causadas luego de los 540 días (Cuaderno No.1, pdf.09).

La accionada impugnó y solicitó revocar el fallo. Explicó que: (i) Medimás EPS en liquidación como afiliadora debe pagar las incapacidades; (ii) Desconoce las acumuladas, por ende, necesario que el actor arrime la certificación respectiva para establecer si son superiores a los 180 o 540 días; (iii) El interesado cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable y una pérdida de capacidad laboral (En adelante PCL) inferior al 50%, entonces, el empleador está en la obligación de adelantar los trámites de readaptación y/o reubicación laboral (Resoluciones 2346/2007 y 1918/2009); y, (iv) En caso de que la PCL sea superior debe iniciar el trámite pensional respectivo (Ibidem, pdf.12).

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 Civil del Circuito Dosquebradas, según la impugnación?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa. Por activa, el accionante porque está afiliado al sistema de seguridad social y reclamó la subvención (Ib., pdf.02, folios 6-15); y, por pasiva, la **(1)** Nueva EPS SA y la **(2)** AFP Colfondos SA Pensiones y Cesantías, por ser las afiliadoras competentes para reconocer y pagar las incapacidades laborales de origen común (Arts.206, Ley 100, 23, D.2463/2001, 34, D.1295/1994, 1º, D.2943/2013, Ley 1753 y D.1333/2018).

Distinto es respecto a Medimás EPS en liquidación, habida cuenta de que las incapacidades objeto del amparo se causaron con posterioridad al traslado realizado el 16-03-2022, con ocasión de la toma de posición dispuesta por la Superintendencia Nacional de Salud (Resolución 2022320000000864-6 de 2022). Se declarará improcedente el amparo en su contra.

5.3.2. 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). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2). Criterio reiterado por la CC (2022)[[3]](#footnote-3).

Se satisface porque la acción se formuló el 22-11-2022 (Ib., pdf.01), un (1) mes, aproximadamente, después de la última incapacidad laboral del 07-10-2022 (Ib., pdf.02, folio 15), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4).

5.3.3. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022)[[5]](#footnote-5). 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[[6]](#footnote-6) 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.”* (2021)*[[7]](#footnote-7)* (Sublínea extratextual)*.* También, la doctrina constitucional ha sostenido (2019) [[8]](#footnote-8):

…. 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)[[9]](#footnote-9), 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 (...)”*. Criterio iterado por la Alta Colegiatura (2021)[[10]](#footnote-10).

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)[[11]](#footnote-11).

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**[[12]](#footnote-12).

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 causó la última incapacidad pagada (16-07-2022 a 14-08-2022), la condición de salud del accionante le impide trabajar, cuenta con conceptos de rehabilitación desfavorable (Cuaderno No.1, pdf.12, folio 10 y cuaderno No2., pdf.16, folios 2-3) y afirmó que el auxilio es su único sustento (Cuaderno No.1, pdf.02).

Son circunstancias que las accionadas pudieron rebatir en las contestaciones e impugnación, pero guardaron silencio (Cuaderno No.1, pdf.06, 07 y 08); por lo tanto, gozan de presunción de veracidad y acreditan la afectación del mínimo vital. Se supera la subsidiariedad y puede resolverse de fondo.

5.4. El pago de incapacidades de origen común*.* La jurisprudencia de la CC[[13]](#footnote-13), luego de analizar los cambios que realizó el D.L.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 y D.1333/2018).

Cabe resaltar que la CC[[14]](#footnote-14) 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 D.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 (…)”[[15]](#footnote-15)* (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 la solicitud de pago de incapacidades que superen los 180 días y que corresponden por ley a los fondos de pensiones.

Por último, importa precisar que, conforme al artículo 67, Ley 1753 (2015), la reciente jurisprudencia constitucional de la CC (2022)[[16]](#footnote-16), concluyó que se zanjó el vacío legal referente al obligado a pagar las incapacidades superiores a los 540 días, así:

*“(…) es indiscutible señalar que, con posterioridad a la vigencia de la Ley 1753 de 2015, el déficit de protección que existía con relación al pago de incapacidades superiores a los 540 días* ***a favor de personas que contaban con pérdida de capacidad laboral inferior al 50% quedó superado****. Por lo tanto, tal como ha sido ampliamente reiterado por la jurisprudencia constitucional, e****l pago de dichas prestaciones económicas debe ser asumido por las Entidades Promotoras de Salud****, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 de Ley 1753 de 2015 (…)”* (Negrilla a propósito).

Y, en la T-194 de 2021 arribó a semejante conclusión. Luego de precisar que, en caso de que la calificación de PCL sea inferior al 50%, *“(…) es factible que (…) el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones (…)”* (Línea fuera del texto); y, a continuación razonó: *“(…) el vacío de regulación fue efectivamente superado con la ley mencionada, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debía asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) (…)”*.

Al parecer el incumplimiento del requisito pensional de invalidez de la calificación de PCL superior al 50% y la imposibilidad de reincorporación o reubicación laboral, son los parámetros diferenciadores para establecer que la EPS deba garantizar el pago de las incapacidades.

No obstante, por transparencia, debe decirse que en otra providencia del 2022[[17]](#footnote-17), la CC no hizo énfasis en esas circunstancias para definir el encargo en asumir la prestación: *“(…) en principio, el pago de las incapacidades que exceden al día 540 por enfermedad de origen común deben ser asumidas por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona incapacitada hasta tanto se rehabilite y sea reincorporada a la vida laboral o de no ser esto posible, se pensione por invalidez (…)”. Énfasis de esta Sala.*

En el casoestudiado por la Corte, la promotora tenía una PCL del 58,19%, incluso, durante el trámite, se reconoció la pensión de invalidez; empero, este contexto no fue óbice para disponer que la EPS debe pagar las incapacidades causadas entre el día 541 y el reconocimiento pensional.

Basta lo expuesto, sin necesidad de estudiar los eventos jurisprudenciales en los que las AFP son las competentes para cubrir la prestación, para concluir, cuando menos, que la EPS siempre deben pagar la subvención a quienes no tengan posibilidad de acceder a la pensión por invalidez ni se hayan reincorporado a sus labores (Protección laboral reforzada), máxime que pueden recobrar a la ADRES.

1. **El caso concreto analizado**

Se confirmará la sentencia opugnada frente a la EPS accionada, porque es clara la violación de los derechos.

Sin fundamento alguno atribuye la carga prestacional a Medimás EPS en liquidación, pues se trata de incapacidades causadas con posterioridad al 17-03-2022, data en la que se afilió el actor (Cuaderno No.2, pdf.11, folio 1); y, deliberadamente desconoce la jurisprudencia constitucional reseñada que, en síntesis, impone a las EPS el pago de las subsiguientes a los 540 días, cuando el dictamen de PCL es inferior al 50%; máxime porque pueden recobrar ante la ADRES (Art.67, Ley 1753).

Aquí se probó que el interesado tiene más de 1000 días de incapacidad continúa y que la accionada, de las que eran de su cargo, reconoció y pagó las causadas hasta el 14-08-2022 (Cuaderno No.1, pdf.06, folios 10-11 y cuaderno No.2, pdf.16, folios 5-6); tiene concepto de rehabilitación desfavorable (Cuaderno No.1, pdf.12, folio 10 y cuaderno No2., pdf.16, folios 2-3) y una PCL del 45,5% (Cuaderno No.1, pdf.12, folio 10); además, todavía no se había reintegrado al puesto de trabajo para el día en que radicó el amparo (Cuaderno No.1., pdf.02), por ende, la encausada debió reconocer y pagar la subvención, sin objetar.

Discrepa la Sala del parecer de la opugnante. Es irrazonable, como propone, que una persona sin posibilidad médica de recuperarse plenamente, permanezca sin ingresos mientras el empleador la reincorpora al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con su actual capacidad física. La ley reconoce el derecho al pago de incapacidades a quienes pueden restablecer su salud, entonces, con mayor razón, debe entenderse que garantiza entregar la ayuda a los que están en una situación más grave.

Así las cosas, es su obligación sufragar las incapacidades posteriores a la última pagada del 14-08-2022 (Cuaderno No.1, pdf.06, folios 10-11).

Finalmente, inviable declarar la carencia actual de objeto, por el hecho superado, no obstante que la empleadora CO&TEX SAS manifestó que el promotor recibió el dinero de las incapacidades, por falta de demostración (Cuaderno No.2, pdf.13). Ninguna de las partes, en especial la EPS, arrimó prueba alguna.

Sin embargo, como la sociedad afirmó que el interesado se reintegró a sus labores el 10-10-2022; se revocará la sentencia de primera instancia respecto a la orden de pago de las subvenciones que en el futuro se causen (Ibidem, pdf.13).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de 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 el fallo proferido el 02-12-2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, **salvo** el inciso final del numeral 2º que se REVOCA para, en su lugar, NEGAR el amparo respecto al pago de las incapacidades que se causen con posterioridad al 09-10-2022.
2. ADICIONAR un numeral para DECLARAR improcedente el amparo contra Medimás EPS en liquidación, por falta 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. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-005 de 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-003 de 2022, 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-5)
6. CC. T-471 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-419 de 2015, también pueden consultarse la T-008 de 2018, T-161 de 2019, T-268 de 2020 y T-020 de 2021. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-020 de 2021, T-268 de 2020 y T-523 de 2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-523 de 2020, T-161 de 2019, T-649-2013, T-984 de 2012, T-065 de 2009 y T-602 de 2007. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. CC. T-401 de 2017, T-246 de 2018 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-265 de 2022. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-369 de 2022 [↑](#footnote-ref-17)