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.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / EXISTEN OTROS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA / NO SE PROBÓ PERJUICIO IRREMEDIABLE / PERSONA PENSIONADA POR VEJEZ.**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción…

Respecto a la subsidiaridad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable…

Así las cosas, el amparo reclamado resulta improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues el accionante cuenta con otros medios de defensa idóneos para el reconocimiento y protección de sus derechos, como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o al procedimiento determinado en la Ley 1222 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que, no se acreditó la ocurrencia de un posible perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo como mecanismo transitorio, máxime si se tiene en cuenta que ya le fue reconocida su pensión de vejez.

**ACLARACIÓN Y SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

En lo que hace a la aclaración, estimo que la improcedencia frente a Colpensiones deviene de la afirmación que la entidad hizo acerca de que no recibió solicitud alguna por parte del accionante sobre el pago de incapacidades, pues en el expediente quedó sin acreditarse que sí lo hubiera hecho.

Y referente al salvamento parcial, soy del parecer de que en lo relacionado con la EPS, ha debido analizarse de fondo la situación en lo que atañe a las incapacidades causadas después de los 540 días, cuyo pago le incumbía, pues ellas no le fueron cubiertas tampoco al accionante quien, valga decirlo, se hallaba en condiciones críticas de salud; por algo, venía incapacitado desde el año 2016, sin recibir estipendio alguno, lo que hace suponer la alteración de si mínimo vital y el de su familia…

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 295 de 11-07-2019

Referencia: 66001-31-10-003-**2019-00211**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por el señor JESÚS EVELIO CALVO MÁRQUEZ, contra la sentencia proferida el día 13 de mayo de 2019, mediante la cual el Juzgado Tercero de Familia de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió el opugnante contra la NUEVA EPS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, trámite al que fue vinculada la empresa PAPELES NACIONALES S.A.

**II. ANTECEDENTES**

1. El accionante promovió el amparo constitucional por considerar que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Se encuentra afiliado a NUEVA EPS S.A. en calidad de cotizante; y, desde hace varios años padece de múltiples patologías relacionadas con sus sistemas osteomuscular y conectivo.

2.2. A raíz de dichas enfermedades su médico tratante le ha concedido múltiples incapacidades que van desde el 11 de noviembre de 2016 hasta el 24 de noviembre de 2018, las cuales no han sido reconocidas por las correspondientes entidades del sistema de seguridad social.

2.3. La omisión de las entidades accionadas en el pago de las incapacidades prescritas, vulnera sus derechos fundamentales y menoscaba las condiciones de dignidad de su vida, pues su salario es el único ingreso que percibe para el sostenimiento suyo y de su familia.

2.4. Afirma que no había acudido antes a la acción de tutela, toda vez que se encontraba a la espera del reconocimiento de su pensión de invalidez y el correspondiente retroactivo, sin embargo, Colpensiones, hábilmente se ha encargado de dilatar dicho asunto.

3. Con fundamento en lo anterior solicita se ordene a la NUEVA EPS S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, autorizar y hacer efectivo el pago de las incapacidades médicas ordenadas que van desde el 11 de noviembre de 2016 hasta cuando cesen las mismas o le sea resuelto el eventual derecho pensional por invalidez.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que le impartió el trámite legal; dispuso la vinculación de la empresa PAPELES NACIONALES S.A. (fl. 61 C. Ppal.).

4.1. La NUEVA EPS S.A., expuso que el señor JESÚS EVELIO CALVO MARQUEZ es su afiliado y su estado es activo. Referente a la pretensión del accionante, indica que el mecanismo constitucional no es procedente para solicitar el pago de una prestación económica; tampoco le está vulnerando derecho fundamental alguno, pues es Colpensiones quien debe asumir el valor de las incapacidades hasta tanto realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Solicita “Negar por improcedente” el pago de las incapacidades solicitadas superiores al día 540 y se ordene al fondo de pensiones mencionado cancelarlas; además, se le faculte para obtener el recobro ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES. (fls. 88-91 id.).

4.2. La Directora (A) de Acciones Constitucionales de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, señaló que no obra prueba de petición, queja o reclamo radicado ante esa entidad en el cual se requiera el pago de incapacidades, tampoco se encuentra acreditado el requisito de inmediatez, toda vez que las obligaciones pretendidas datan de más de 3 años, menos aún el perjuicio irremediable o amenaza inminente, ni las razones por las que la jurisdicción ordinaria carece de eficacia para la protección de los derechos invocados; aunado a ello, el mínimo vital del accionante está plenamente garantizado por cuanto goza de una mesada pensional por vejez, reconocida mediante resolución SUB 42687 del 20 de febrero de 2019, notificada de forma personal el día siguiente. Concluye que la presente tutela desconoce el carácter residual y subsidiario, e incumple con los requisitos generales y excepcionales de procedibilidad en materia de reconocimiento de prestaciones económicas, ni se acredita la vulneración de derechos fundamentales. Solicita se declare improcedente el amparo y se orden su archivo definitivo. (fls. 92-93 id.).

4.3. La empresa PAPELES NACIONALES S.A., afirma que ha cumplido con todas las obligaciones laborales, prestacionales y de seguridad social derivadas del contrato de trabajo que existe entre ella y el accionante; y que la eventual obligación de pagar incapacidades está en cabeza de la entidad del sistema de seguridad social a la que le corresponda según cada caso. Se opone a las pretensiones de la acción, dado que no ha amenazado ni vulnerado derechos fundamentales al actor, debiendo procederse a su desvinculación del presente trámite. (fls. 101-108 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que declaró improcedente el amparo deprecado, al no cumplirse con el principio de subsidiariedad, por contar el accionante con otro mecanismo de defensa judicial y no encontrarse frente a un perjuicio irremediable. Además, el mínimo vital se encuentra plenamente garantizado por cuanto goza de una mesada pensional por vejez. (fls. 109-113 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por el accionante, exponiendo que no ha desconocido su calidad de pensionado, pero resalta que esta le fue reconocida apenas en el mes de abril pasado, cuando fue incluido en nómina, encontrando injusto que por esa razón le nieguen la protección de sus derechos fundamentales. Hace énfasis en la difícil situación que padece, lo cual reconoce no quiso hacer en primera instancia. Afirma tener una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, padecer de una grave enfermedad coronaria, y otras patologías. No encuentra justo que deba agotar un trámite o proceso judicial para obtener el pago de las incapacidades a que tiene derecho, cuando es conocido que esto puede tardar años. Señala que su derecho al mínimo vital y el de todo su núcleo familiar se encuentra claramente amenazado. Solicita se conceda la tutela de sus derechos fundamentales ordenando el pago de sus incapacidades (fls. 116-120 id.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si la NUEVA EPS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, vulneran los derechos a la vida digna, mínimo vital y seguridad social, invocados por el accionante, al no pagarle las incapacidades médicas que le fueron otorgadas; y si la acción de tutela es procedente para ordenar dicho pago.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

Respecto a la subsidiaridad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (Artículo 86 CP).

5. Es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela, tener en cuenta que es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por tener un carácter residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen derechos de naturaleza constitucional. Por lo anterior, el recurso de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, salvo que dichas vías sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable. En relación con este último, se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables.

6. La Corte Constitucional[[1]](#footnote-1) respecto al pago de incapacidades médicas a través de la acción de tutela, ha señalado:

*“5.1. Esta Corporación ha reconocido que las personas que pretenden el cobro de incapacidades médicas a través de la acción de tutela cuentan con otros mecanismos judiciales a través de los cuales pueden obtener su pago, procedimientos tales como el proceso ordinario laboral, o el trámite ideado ante la Superintendencia Nacional de Salud. En ese orden de ideas, en principio sería posible aseverar que la ciudadanía cuenta con medios ordinarios suficientes para obtener la materialización de este tipo de pretensiones y, por tanto, resultaría improcedente cualquier intento de solicitar dichos pagos a través de tutela.*

*A pesar de lo anterior, esta Corte también ha reconocido que el pago de la las incapacidades médicas no solo debe ser entendido como una simple obligación dineraria u económica, sino que, por el contrario, se constituye en el medio a través del cual un trabajador ve suplido su salario ante la materialización de una contingencia que afecte su salud al punto que se vea imposibilitado para desarrollar sus labores y, por tanto, los recursos básicos a partir de los cuales puede procurarse una congrua subsistencia y la de su núcleo familiar.[[2]](#footnote-2) Adicionalmente, se ha expresado que esta prerrogativa se constituye en una garantía para la recuperación de la salud del afiliado, pues a partir de su goce, éste puede reposar y asumir adecuadamente el tratamiento que requiere, sin necesidad de tener que preocuparse por reintegrarse anticipadamente a sus actividades laborales con el objetivo de recibir su sustento diario y el de su familia[[3]](#footnote-3).*

*De conformidad con lo expuesto, se ha considerado que, dependiendo de la situación particular del solicitante[[4]](#footnote-4), la acción de tutela puede constituirse en el único mecanismo idóneo para que una persona obtenga la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas como producto de la negativa en el reconocimiento del pago de las incapacidades que le han sido dictaminadas[[5]](#footnote-5).”*

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, el señor JESÚS EVELIO CALVO MÁRQUEZ, interpuso acción de tutela tras considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social, al no pagarle las incapacidades médicas que le fueron otorgadas.

2. De los documentos obrantes en el expediente se tiene que al accionante le concedieron incapacidades desde el 11 de noviembre de 2016 hasta el 23 de noviembre de 2018 (fls. 9-54 id.), las cuales afirma, no le han sido canceladas; sin embargo, es pertinente aclarar que, tal como lo señaló Colpensiones en la contestación de la demanda de tutela, es inexistente prueba de petición o reclamación radicada ante esa entidad en la cual se requiera el pago de las mismas.

También se encuentra acreditado que según la resolución SUB 42687 del 20 de febrero de 2019, al señor JESÚS EVELIO CALVO MÁRQUEZ ya le fue reconocida su pensión de vejez e ingresó a nómina en el mes de marzo pasado (fls. 94-100 id.).

3. Así las cosas, el amparo reclamado resulta improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues el accionante cuenta con otros medios de defensa idóneos para el reconocimiento y protección de sus derechos, como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o al procedimiento determinado en la Ley 1222 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que, no se acreditó la ocurrencia de un posible perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo como mecanismo transitorio, máxime si se tiene en cuenta que ya le fue reconocida su pensión de vejez.

Tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales los mecanismos con los que cuenta, resultan ineficaces e inidóneos para su protección y reconocimiento.

4. Ahora bien, referente a la situación de salud del accionante, este no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave, limitación o discapacidad física, pues lo único que demostró es que padece de “*cardiopatía isquémica, diabetes mellitus, hipertensión arterial sistémica, obesidad*”, entre otros (fls. 121-129 id.), lo que se pudo constatar con la historia clínica que solo se allegó con el escrito de impugnación, lo que se itera, no se puede considerar como enfermedades catastróficas o que conlleven a una situación de invalidez o de discapacidad del actor, limitación física, síquica o sensorial, que lo hiciera un sujeto de especial protección constitucional, y por ende, procedente el amparo para reclamar derechos de orden prestacional, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6); lo cual, además, son hechos que no fueron consignados en la demanda inicial, por ende se tiene que estos son nuevos, y las autoridades accionadas no tuvieron la oportunidad de rebatirlos.

5. Verificado el incumplimiento de uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, esto es, la subsidiariedad, no cabe a través de este medio examinar de fondo si en el asunto propuesto se dan las condiciones para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas otorgadas a favor del señor JESÚS EVELIO CALVO MARQUEZ, cuestión que sin lugar a dudas debe ser planteada ante la jurisdicción ordinaria laboral o al procedimiento determinado en la Ley 1222 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Por lo anterior, ha de confirmarse la decisión de primera instancia, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**VII. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR el fallo proferido el 13 de mayo de 2019 por el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

Con aclaración y salvamento parcial de voto

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

# **SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Tutela

Expediente: 66001-31-10-003-2019-00211-01

Accionante: Jesús Evelio Calvo Márquez

Accionado: Colpensiones y Nueva EPS S.A.

Magistrado: Edder Jimmy Sánchez Calambás

Con respeto, consigno las razones que expuse a la mayoría para aclarar y salvar parcialmente mi voto.

En lo que hace a la aclaración, estimo que la improcedencia frente a Colpensiones deviene de la afirmación que la entidad hizo acerca de que no recibió solicitud alguna por parte del accionante sobre el pago de incapacidades, pues en el expediente quedó sin acreditarse que sí lo hubiera hecho.

Y referente al salvamento parcial, soy del parecer de que en lo relacionado con la EPS, ha debido analizarse de fondo la situación en lo que atañe a las incapacidades causadas después de los 540 días, cuyo pago le incumbía, pues ellas no le fueron cubiertas tampoco al accionante quien, valga decirlo, se hallaba en condiciones críticas de salud; por algo, venía incapacitado desde el año 2016, sin recibir estipendio alguno, lo que hace suponer la alteración de si mínimo vital y el de su familia, con independencia de que para este año se le hubiera reconocido la pensión de vejez, pues afirmó, y no hay prueba en contrario, que durante ese tiempo tuvo que contraer múltiples obligaciones que, como es obvio, ahora tendrá qué pagar con su escasa mesada, porque ningún retroactivo se le reconoció.

Y digo que por lo menos las incapacidades causadas a partir del día 540, porque es claro que para las de los primeros 180 días, también a cargo de la EPS, no se supera el umbral de la procedencia, por falta de inmediatez; en tanto que para las últimas sí, porque se causaron hasta el mes de noviembre de 2018.

En mi sentir, entonces, ha debido revocarse parcialmente el fallo, para conceder el amparo respecto de este último periodo.

Dejo así, sentado mi disenso.

Pereira, julio 11 de 2019.

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

Magistrado

1. Sentencia T-529 de 2017. M.P.: Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver Sentencia T-140 de 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver Sentencia T-311 de 1996. Al respecto, en aquella ocasión esta Corte asumió el conocimiento de un caso en el que una mujer reclamaba el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad y a quien éste le fue negado por problemas en el pago por parte de su empleador. Sobre el particular, la Corte consideró que si bien, en principio, podría considerarse que se trata de una pretensión eminentemente económica, una afirmación en ese sentido desconocería la especial naturaleza de esta prestación que pretende suplir el salario del trabajador durante el tiempo en que éste se encuentra incapacitado para ejercer normalmente sus funciones. Por ello, consideró que la intervención excepcional del juez de tutela se hacía forzosa so pena de permitir que se prorrogue la vulneración de los derechos de los ciudadanos. [↑](#footnote-ref-3)
4. Especialmente cuando la prestación económica en discusión se constituye en la única fuente de ingresos del solicitante para satisfacer sus necesidades básicas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver Sentencia T-920 de 2009. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver Sentencias T-157 de 2011; T-678 de 2016 y T-469 de 2018. [↑](#footnote-ref-6)