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 MÉDICAS / RADICACIÓN DE LA SOLICITUD / DEBE PROBAR EL ACCIONANTE NEGATIVA A RECIBIRLA / SUBSIDIARIEDAD / EN TAL CASO DEBE ACUDIRSE AL MINISTERIO PÚBLICO.**

… en la sentencia de primera instancia, se expuso que en este caso la tutela era procedente pues, aunque con la demanda no se incorporó constancia de radicación de las incapacidades ante Colpensiones, en conversación telefónica sostenida con el apoderado de la actora, este indicó que en el punto de atención de esa entidad, le exigieron varios requisitos para poder recibirle tal solicitud, entre ellos unos que nunca tuvo en su poder y por ello le negaron la recepción de la reclamación…

En caso que presenta similitud con el presente, este Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

“Considera la accionante lesionados sus derechos fundamentales porque Colpensiones se rehusó a recibir su solicitud de pago de incapacidades laborales mayores a 180 días…

“Sin embargo, no acreditó que efectivamente hubiese acudido a la referida entidad a solicitar lo que pretende se ha reconocido por este medio. (…)

“Tampoco allegó copia de la solicitud con la que pretendía adjuntar las incapacidades, ni el formato expedido por Colpensiones para ese fin…

“En esas condiciones puede concluirse que los funcionarios de Colpensiones vinculados a esta actuación no han desconocido los derechos fundamentales de la actora porque tampoco se demostró que alguno de ellos se hubiese rehusado a recibir la documentación para obtener el reconocimiento de las incapacidades médicas que reclama por esta vía, ni que, con fundamento en tal hecho, la citada señora no obtenga respuesta a la petición respectiva”. (…)

Al confrontar las situaciones descritas en ese precedente con las que rodean la actual acción de tutela, se deduce semejanza que posibilita adoptar similar definición.

En efecto, aquí la demandante no aportó prueba de la radicación de las incapacidades médicas, ni allegó mayores elementos de juicio que permitieran presumir esa presentación…

Por el contrario, la entidad demandada fue contundente en señalar que la demandante no había formulado petición alguna en ese sentido. (…)

De todas formas y si en gracia de discusión se aceptara que efectivamente Colpensiones se negó a recibir las mencionadas peticiones el amparo tampoco sería viable pues, como ya se indicó, la vía adecuada para obtener se diera trámite la solicitud cuya recepción ha sido negada por la administración es la que trata el artículo 23 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

## SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

 Magistrada Ponente: Adriana Patricia Díaz Ramírez

 Pereira, veinticuatro (24) marzo de dos mil veintiuno (2021)

 Acta No. 128 del 24 de marzo de 2021

 Fallo No. ST2-0076-2021

 Expediente No. 66001-31-03-004-2021-00014-01

Resuelve la Sala sobre las impugnaciones formuladas por la accionante y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, el 5 de febrero pasado, dentro de la acción de tutela que promovió Ilda Luz Silva Marín contra el citado fondo de pensiones, trámite al que se dispuso vincular a la Gerencia Nacional de Reconocimiento y a los Directores de Medicina Laboral, de Nómina, de Prestaciones Económicas y de Acciones Constitucionales de esa misma entidad y a la EPS Servicio Occidental de Salud -SOS-.

**ANTECEDENTES**

1. Los hechos narrados por el apoderado de la accionante permiten el siguiente compendio:

1.1 La demandante padece insuficiencia renal de carácter terminal, motivo por el cual viene siendo incapacitada de forma continua desde el 10 de mayo de 2019.

1.2 Las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días, fueron pagadas adecuadamente por la EPS Servicio Occidental de Salud SOS.

1.3 Sin embargo, Colpensiones se ha negado a sufragar aquellas concedidas por los 360 días siguientes. Esto a pesar de que en reiteradas oportunidades se han reclamado, mas esa entidad siempre evadió su responsabilidad con sustento en que, primero, no podía pagarlas al carecer de concepto favorable de rehabilitación, luego señaló que solo asumiría esa obligación hasta tanto se llevara a cabo la calificación de pérdida de capacidad laboral y cuando se emitió el respectivo dictamen médico laboral adujo que debía espera a que se definiera su situación pensional.

1.4 Ninguna norma establece que el reconocimiento de tales prestaciones dependa del concepto de rehabilitación o de las resultas del proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

1.5 La actora padece de una grave enfermedad y requiere del pago de aquellos 369 días de incapacidad para asumir las deudas que contrajo durante el tiempo en que ha estado cesante. Además, se encuentra en mora en el pago de arrendamiento y servicios públicos, “y los víveres escasean”.

1.6 El porcentaje de discapacidad dictaminado asciende al 54,30, determinación que se encuentra a la espera de constancia de firmeza, para poder iniciar el trámite de reconocimiento pensional.

2. Pretende se protejan los derechos al mínimo vital, vida digna y seguridad social y en consecuencia se ordene a la demandada pagar las mencionadas incapacidades[[1]](#footnote-1).

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Por auto del 26 de enero de este año se admitió la demanda y se ordenó vincular a la EPS Servicio Occidental de Salud y a la Gerencia Nacional de Reconocimiento y a las Directoras de Nómina, de Prestaciones Económicas y de Acciones Constitucionales de Colpensiones.

2. En el curso de la primera instancia se produjeron los pronunciamientos que a continuación se resumen:

2.1 La Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones manifestó: a) verificadas las bases de datos de esa entidad no se evidencia petición alguna de la accionante en la que requiera el reconocimiento y pago de incapacidades y por lo mismo no se ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto. Por tanto la actora acudió a la vía de tutela sin antes agotar la administrativa; b) señaló que la competencia en el pago de incapacidades frente a los fondos de pensiones, correspondiente desde el día 181 hasta el día 540, se genera una vez se expida el concepto favorable rehabilitación y en caso de que esta sea desfavorable se iniciará el trámite de calificación de la pérdida de capacidad del afiliado; c) el procedimiento de pago de tales prestaciones se compone de las etapas validación documental, revisión de aportes, análisis de la pertinencia médica y administrativa, control de calidad y liquidación y pago del subsidio por incapacidad; e) en este caso, el 23 de enero de 2021, la EPS SOS remitió el certificado de rehabilitación desfavorable *“por lo que no es jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades, teniendo en cuenta el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012”*. Motivo por el cual se dio inicio al procedimiento de pérdida de capacidad, el cual concluyó con dictamen del 23 de mayo de 2020 y f) la acción de tutela no procede para obtener el pago de incapacidades, ya que para ese efecto debe acudir a las vías judiciales ordinarias[[2]](#footnote-2).

2.2 La EPS SOS informó que la actora presenta ciclos de incapacidades del 10 de mayo de 2019 al 1° de diciembre de 2020, para un total de 569 días. Así mismo que esa entidad procedió a emitir el concepto no favorable de rehabilitación, en los términos del Decreto 019 de 2012. De otro lado, señaló que la accionante fue calificada por encima del promedio necesario para obtener la pensión de invalidez y que no es viable que reciba, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral, un doble pago por conceptos incapacidad y pensión de invalidez[[3]](#footnote-3).

3. Mediante sentencia del 5 de febrero último el juzgado de conocimiento resolvió conceder el amparo a los derechos al mínimo vital y a la seguridad social y en consecuencia ordenó a la Gerente Nacional de Reconocimiento y a la Directora Nacional de Nóminas de Colpensiones adelantar revisión minuciosa respecto *“al derecho que reclama la accionante por medio de esta acción de tutela, referente a las incapacidades que al parecer le está adeudando ese fondo, según lo indicó la EPS Servicio Occidental de Salud”.* Concluido lo cual el primero de esos funcionarios resolverá de fondo sobre el reconocimiento de tales prestaciones y luego la Gerente Nacional de Nóminas ordenará su pago. De otro lado desvinculó a la EPS SOS y a las Directoras de Prestaciones Económicas y de Acciones Constitucionales de Colpensiones.

Estas determinaciones las adoptó con sustento en que en este caso se cumplen los presupuestos de procedencia del amparo pues aunque la última incapacidad se concedió por el mes de enero de 2020, lo cierto es que según lo manifestado por el apoderado de la parte actora por vía telefónica, en la ventanilla de atención dispuesta por Colpensiones le han impuesto reiterados obstáculos para recibírselas y frente a la subsidiariedad indicó que según la jurisprudencia la tutela resulta ser mecanismo idóneo debido al estado de salud del peticionario y en este asunto la actora padece de una enfermedad catastrófica. Frente al fondo del asunto señaló que Colpensiones es la entidad competente para asumir el pago de las incapacidades concedidas desde el día 181 al 540 y aunque la parte actora no aportó constancia de radicación de las incapacidades ante Colpensiones, en la citada conversación telefónica, aquel profesional del derecho informó que en el punto de atención le exigen varios requisitos como el concepto de rehabilitación de la accionante, documento que no ha tenido en su poder, es decir que los intentos de radicación han sido fallidos ante ese fondo de pensiones, circunstancias que expresamente no fueron contradichas por esa entidad. De todas formas, esa entidad es conocedora del concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la EPS SOS. Agregó que la accionante se encuentra en una especial situación y que el “Despacho ve viable no poner más barreras a la actora para que si es posible reciba el pago de las incapacidades”[[4]](#footnote-4).

4. Contra esa providencia la accionante y Colpensiones formularon impugnación.

4.1 El apoderado de la primera señaló que, aunque se accedió a la protección de los derechos fundamentales, darle la oportunidad a Colpensiones para que realice un estudio minucioso es permitirle que exponga iguales argumentos a los que ya planteó para retrasar el pago de las incapacidades médicas y que se resumen en que solo accede a reconocer tales prestaciones cuando cuente concepto favorable de recuperación, lo cual desconoce el precedente jurisprudencial. Solicita entonces se ordene a esa entidad pagar dichas incapacidades[[5]](#footnote-5).

4.2 Por su parte Colpensiones planteó similares argumentos a los que expuso en la contestación de la demanda[[6]](#footnote-6).

5. Con posterioridad esa entidad puso en conocimiento las gestiones adelantadas a fin de cumplir el fallo, aunque reiteró su inconformidad con esa sentencia e insistió en que la interesada no formuló petición alguna para obtener el pago de incapacidades[[7]](#footnote-7). En esta sede la parte actora incorporó copia de los requerimientos que le ha realizado Colpensiones para aquellos efectos[[8]](#footnote-8).

6. Por auto del 8 de los cursantes se puso en conocimiento de la Directora de Medicina Laboral de Colpensiones la nulidad generada en su falta de vinculación al trámite con la advertencia de que debía ser alegada para poderla declarar. Mas como a ello no procedió se considera saneada esa irregularidad[[9]](#footnote-9).

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. La acción de tutela, de que trata el artículo 86 de la Constitución Nacional, concede a las personas la posibilidad de reclamar la protección de sus derechos fundamentales, por intermedio de un procedimiento breve y sumario, cuando esas garantías resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de entidades públicas o privadas, esto último en casos específicos.

2. El problema jurídico que debe resolver la Sala se circunscribe a determinar si procede la acción de tutela para ordenar a Colpensiones reconocer y pagar las incapacidades concedidas a la actora. En caso de hallarse acreditados los presupuestos de procedibilidad, se establecerá si esa entidad lesionó los derechos fundamentales de la demandante.

3. Anticipadamente es preciso indicar que la señora Ilda Luz Silva Marín está legitimada en la causa por activa, al ser la titular de los derechos que alega se vulneraron con la falta de pago de las mencionadas prestaciones. También lo está por pasiva Colpensiones, por intermedio de su Directora de Medicina Laboral, como autoridad encargada de atender el caso.

4. Como ya tuvo la oportunidad de señalarse, en la sentencia de primera instancia, se expuso que en este caso la tutela era procedente pues aunque con la demanda no se incorporó constancia de radicación de las incapacidades ante Colpensiones, en conversación telefónica sostenida con el apoderado de la actora, este indicó que en el punto de atención de esa entidad, le exigieron varios requisitos para poder recibirle tal solicitud, entre ellos unos que nunca tuvo en su poder y por ello le negaron la recepción de la reclamación. Afirmación esta que no fue contradicha por el fondo de pensiones.

5. Sin embargo, la Sala no comparte ese argumento por las razones que se pasan a explicar.

5.1 En caso que presenta similitud con el presente, este Tribunal se pronunció en los siguientes términos[[10]](#footnote-10):

*“Considera la accionante lesionados sus derechos fundamentales porque Colpensiones se rehusó a recibir su solicitud de pago de incapacidades laborales mayores a 180 días, a pesar de que, según la jurisprudencia constitucional, esa entidad es la encargada de asumir esas prestaciones, ya que, además, estas constituyen su único ingreso y solicita le sean canceladas.*

*Sin embargo, no acreditó que efectivamente hubiese acudido a la referida entidad a solicitar lo que pretende se ha reconocido por este medio.*

*En efecto, en la demanda solo expresó que el 21 de julio de este año acudió a Colpensiones con los documentos necesarios para el trámite de sus incapacidades y que no se los recibieron…*

*Tampoco allegó copia de la solicitud con la que pretendía adjuntar las incapacidades, ni el formato expedido por Colpensiones para ese fin…*

*…*

*En esas condiciones puede concluirse que los funcionarios de Colpensiones vinculados a esta actuación no han desconocido los derechos fundamentales de la actora porque tampoco se demostró que alguno de ellos se hubiese rehusado a recibir la documentación para obtener el reconocimiento de las incapacidades médicas que reclama por esta vía, ni que, con fundamento en tal hecho, la citada señora no obtenga respuesta a la petición respectiva.*

*Al respecto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:*

*“La salvaguarda es improcedente si quien la interpone no ha acudido a las autoridades censuradas para poner de presente su reclamo, pues, como lo ha indicado la jurisprudencia, las controversias en torno a las determinaciones de la administración deben discutirse ante la institución que las emitió o en la jurisdicción correspondiente, antes de suplicar resguardo por esta vía.*

*“Siguiendo ese lineamiento, si la promotora considera que algún acto concreto de la acusada le está transgrediendo las garantías esenciales (…) debe dirigirse al Batallón Pedro Nel Ospina para que dicha autoridad se pronuncie al respecto y, de ser pertinente, adopte una determinación sobre la situación expuesta, previamente a hacer uso de este mecanismo.*

*“En ese orden de ideas, no puede anticiparse el juez constitucional a las decisiones de dicho organismo.”[[11]](#footnote-11)*

*4.- De todas formas, así se hubiese demostrado que alguno de los funcionarios de la entidad demandada se hubiera negado a recibir la petición a que alude la actora en los hechos de la demanda, el amparo resultaría improcedente.*

*En efecto, una de las características de la acción de tutela es la de constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, en virtud a que solo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa judicial, o cuando aún existiendo, la tutela es usada como mecanismo transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual sus efectos son temporales y quedan supeditados a lo que resuelva de fondo la autoridad competente. Por esa razón, el artículo 6º, numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala como causal de improcedente de la tutela, la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial.*

*Resultaría entonces menester determinar si la demandante hizo uso de los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para hacer valer los derechos fundamentales que considera vulnerados, porque la subsidiaridad propia de la tutela no permite emplearla para como mecanismo principal de protección.*

*El artículo 23 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[12]](#footnote-12), dice: “Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los personeros distritales y municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación”.*

*Como ya se ha expresado, encuentra la demandante el origen de la lesión a los derechos cuya protección invoca, en la circunstancia de no haber logrado que Colpensiones le recibiera un escrito con el que pretendía se reconocieran las incapacidades laborales expedidas por su médico tratante, pero tampoco acreditó que hubiese acudido ante alguno de los funcionarios citados por la disposición que se acaba de transcribir para que allí lo hicieran y constataran que le darían trámite.*

*En consecuencia, como no es posible acudir a la tutela como mecanismo principal de defensa judicial, ni resulta posible emplearla como medio alternativo de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para obtener protección a un derecho, ni para reemplazarlos, el amparo, si se aceptara que Colpensiones efectivamente se negó a recibir la solicitud, resultaba improcedente. Así se pronunció ya esta Sala en asunto que guarda similitud con el que ahora se resuelve[[13]](#footnote-13).”* [[14]](#footnote-14)

5.2 Al confrontar las situaciones descritas en ese precedente con las que rodean la actual acción de tutela, se deduce semejanza que posibilita adoptar similar definición.

En efecto, aquí la demandante no aportó prueba de la radicación de las incapacidades médicas, ni allegó mayores elementos de juicio que permitieran presumir esa presentación; en la demanda se limitó a indicar que Colpensiones le informó, en distintas ocasiones, que no pagaría esas prestaciones hasta tanto aportara el concepto de rehabilitación, se resolviera el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y se definiera su acceso a la pensión de invalidez, empero tampoco demostró la existencia de esas respuestas.

Por el contrario, la entidad demandada fue contundente en señalar que la demandante no había formulado petición alguna en ese sentido.

5.3 De todas formas y si en gracia de discusión se aceptara que efectivamente Colpensiones se negó a recibir las mencionadas peticiones el amparo tampoco sería viable pues, como ya se indicó, la vía adecuada para obtener se diera trámite la solicitud cuya recepción ha sido negada por la administración es la que trata el artículo 23 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que faculta a los funcionarios del Ministerio Público en general para prestar asistencia inmediata a toda persona que la requiera a efecto de garantizar su derecho a presentar peticiones respetuosas, intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles el cumplimiento de sus deberes legales y recibir, en sustitución de tales autoridades, las solicitudes que estas se abstengan a hacerlo.

5.4 En estas condiciones, la acción de amparo no puede prosperar sea porque no se aportó prueba de la real presentación de la solicitud de pago del subsidio de incapacidades o porque concurra otro mecanismo eficaz para obtener la recepción de esa petición.

6. En consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar se negará el amparo invocado.

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,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO:** Revocar la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, el 5 de febrero pasado, en la acción de tutela que promovió Ilda Luz Silva Marín contra Colpensiones, trámite al que se dispuso vincular a la Gerencia Nacional de Reconocimiento y a los Directores de Medicina Laboral, de Nómina, de Prestaciones Económicas y de Acciones Constitucionales de esa misma entidad y a la EPS Servicio Occidental de Salud -SOS-. En su lugar se niega el amparo constitucional.

**SEGUNDO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

 **ADRIANA PATRICIA DÍAZ RAMÍREZ**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Documento 2 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 7 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 10 del cuaderno No. 2 [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 10 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 13 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 14 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-6)
7. Documentos 22 y siguientes del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Documentos 8 y 9 siguientes del cuaderno No. 2 [↑](#footnote-ref-8)
9. Documentos 5 y 7 del cuaderno No. 2 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fallo de tutela del 7 de octubre de 2015, expediente No. 66001-31-18-002-2015-00282-01, M.P. Claudia María Arcila Ríos [↑](#footnote-ref-10)
11. Providencia de 27 de noviembre de 2013. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Que hace parte de la ley 1755 de 2015 que sustituyó las normas relacionadas con el derecho de petición en ese Código. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver sentencia del 12 de diciembre de 2012, expediente 66001-31-10-002-2012-00610-01 [↑](#footnote-ref-13)
14. Criterio reiterado en fallo de tutela del 17 de junio de 2019. M.P. Claudia María Arcila Ríos expediente No. 66001-31-10-002-2019-00144-01 [↑](#footnote-ref-14)