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 / INCAPACIDADES MÉDICAS / IMPROCEDENCIA GENERAL DE LA TUTELA / PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ / EXCEPCIONES / NO SE DEMOSTRÓ AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / TAMPOCO EL ACCIONANTE SE ENCUENTRA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA.**

Corresponde definir en esta instancia si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenar el pago de subsidios por incapacidad de origen común por periodos anteriores a agosto de 2019, cuando no aparece acreditada vulneración actual de los derechos fundamentales del actor, ni se evidencia justificación en la demora para acudir a la solicitud de amparo. (…)

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la subsidiariedad de las acciones de tutela para conocer asuntos alrededor de prestaciones laborales, como el auxilio por incapacidad.

En ellas se menciona que si bien existen mecanismos judiciales ordinarios donde se puede pretender la satisfacción del derecho v.gr., el señalado en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, ellos no son los idóneos cuando su no 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.

Respecto al principio de inmediatez, si bien es cierto que la acción de tutela no cuenta con término de caducidad para su presentación, también lo es que a ella no se puede acudir en cualquier momento, por cuanto su propósito efectivo es brindar a la persona una protección efectiva y actual de sus derechos fundamentales…

El… contexto fáctico permite concluir a esta instancia que la solicitud de amparo no estaba llamada a prosperar, como lo resolvió el juez de primer grado. En efecto:

En punto del requisito de la inmediatez, no se evidencia que la vulneración de derechos fundamentales que se denuncia cumpla el requisito de actualidad que habilite la intervención necesaria y urgente del juez de tutela. (…)

Aunado a lo anterior, tampoco acreditó el actor que se encuentre en estado de debilidad manifiesta (incapacidad, invalidez, por ejemplo), ni la afectación de su mínimo vital, circunstancias en las que podría flexibilizarse el análisis del presupuesto de subsidiariedad.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Ponente: **CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

Pereira, trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

 Acta N° 2016 de 13-05-2021

 Sentencia: TSP. ST2-0146-2021

 Referencia: 66001310300320210004801

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el extremo accionante contra la sentencia del **18 de marzo de 2021** proferido por el **Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira,** dentro de la presente acción de tutela promovida por ROBERTO ANTONIO GONZALEZ MOSCOSO en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS, trámite al que se vinculóal doctor JAIRO ENRIQUE LANCHEROS RODRIGUEZ como Gerente de Operaciones de MEDIMAS EPS, a la doctora SANDRA HERRERA HERNANDEZ en su calidad de Directora de Atención y Servicio, y la doctora ANA MARIA RUIZ MEJIA.Directora de Medicina Laboral de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

Expresó el accionante que desde el año 2016 se encuentra vinculado laboralmente a la empresa CONSTRUCCIONES ROC SAS, y desde el 21 de agosto de 2017, bajo el diagnóstico *“S460 TRAUMATISMO DE TENDON(ES) Y MUSCULO(S) DEL MANGUITO ROTATORIO DEL HOMBRO”* se le han prescrito por parte de la EPS MEDIMAS, más de 637 días de incapacidad.

La EPS expidió el concepto favorable de rehabilitación a COLFONDOS, en oficio del 21 de febrero de 2018 y luego de los primeros 180 días de incapacidad. En abril del 2020, realizó traslado de COLFONDOS a COLPENSIONES. Entonces - sostiene el accionante -, la primera entidad debe reconocer incapacidades desde el 16 de enero de 2018 al 17 de marzo del mismo año; y desde el 19 de enero de 2019 al 12 de agosto del mismo año.

Tras iteradas solicitudes a COLFONDOS, se le expresó en oficio 201203-001228 que, como no se encontraba afiliado desde abril de 2020 las incapacidades ya no son cobertura de la entidad. COLPENSIONES se pronuncia el 25 de enero de 2021, señalando que la cobertura de las incapacidades corresponde a la anterior entidad, y que no procede el reconocimiento por existir concepto desfavorable de rehabilitación.

Como consecuencia de la protección a sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social y mínimo vital, pretendió se ordene a quien corresponda, COLFONDOS o COLPENSIONES, autorizar y pagar las incapacidades prescritas desde el 16 de enero del 2018 hasta el 17 de marzo del 2018 y desde el 19 de enero del 2019 hasta 12 de agosto del 2019.

**TRÁMITE**

El despacho *a quo* avocó el conocimiento de la acción y vinculó a los funcionarios inicialmente mencionados.

**COLFONDOS,** luego de aclarar las entidades que concurren al pago de las incapacidades por enfermedad de origen común según la normatividad pertinente de seguridad social, solicitó sean desestimadas las pretensiones en su contra, teniendo en cuenta que, por el traslado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES en mayo primero de 2018, es esta entidad la que debe cubrir las incapacidades. En caso de que se consideré tutelar los derechos invocados, solicitó se delimite su pago de conformidad a las normas vigentes, y frente al contrato de seguros “póliza previsional” que celebró con la compañía de Seguros Bolívar.

Por su parte, **COLPENSIONES** explicó que la EPS MEDIMÁS radicó concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable el 22 de mayo de 2020, no siendo procedente realizar estudio de incapacidades. De otro lado, que el accionado allegó pronóstico favorable del 20 de febrero de 2018, que no fue objeto de estudió porque en esa data se encontraba afiliado a COLFONDOS. Con base en lo expuesto, la obligación de pagar incapacidades es de la EPS MEDIMAS y se extenderá hasta el momento en que de manera formal remita el Concepto de Rehabilitación favorable. Finalizó aclarando que se calificó la pérdida de capacidad laboral mediante dictamen del 29 de septiembre de 2020, determinado la misma en 15.70%, con fecha de estructuración 28 septiembre de 2019, de origen común, presentando el accionante oportunamente su inconformidad. Así, deprecó no se conceda el ruego constitucional.

**MEDIMÁS EPS** serefirió a una incapacidad distinta a las que motivan la tutela (inicia el 19/09/2020, por otro diagnóstico -K409), que no se reconoció porque el empleador del actor se encuentra en mora de efectuar cotizaciones. Relacionó las reglas relativas al pago de subsidios por incapacidad e invocó la improcedencia del amparo al existir otro mecanismo de defensa judicial.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

De fecha 18 de marzo pasado, negó el ruego constitucional básicamente porque: (i) el accionante dejó trascurrir mucho tiempo desde la primera incapacidad que no se pagó (*“desde 16 de enero del 2018 y fecha final 4 de febrero del 2018 por 20 días”),* e incluso las solicitudes directas de reconocimiento también se hicieron luego de pasado un largo tiempo. Además, (ii) no se supera el requisito de la subsidiariedad, si se tiene en cuenta que el actor actualmente no está incapacitado y se encuentra laborando, y (iii) no se acreditó un perjuicio irremediable, luego el interesado puede acudir al mecanismo ordinario donde, además, puede solicitar medidas cautelares.

**Argumentos de la impugnación.** Se centró el recurrente en advertir su diligencia a la hora de reclamar el pago de las incapacidades, lo que hizo desde octubre de 2020, sin éxito luego de inocuos requerimientos de parte de Colfondos. Asimismo, manifestó que él entregaba las incapacidades al empleador, para que se gestionará el pago, además de su desconocimiento de la entidad que debía cubrir el emolumento. Finalizó indicando que en el fallo impugnado no se tuvo en cuenta que se reclaman incapacidades incluso del año 2019, frente a las cuales no han trascurrido tres años.

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable. La eficacia de esos medios debe analizarse en concreto (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** Corresponde definir en esta instancia si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenar el pago de subsidios por incapacidad de origen común por periodos anteriores a agosto de 2019, cuando no aparece acreditada vulneración actual de los derechos fundamentales del actor, ni se evidencia justificación en la demora para acudir a la solicitud de amparo.

**3.** Se precisa, para comenzar, que no existe discusión sobre la legitimación en la causa. En efecto, el actor es el titular de los derechos que alega vulnerados, luego le asiste legitimación activa. Por pasiva, la pretensión de pago de subsidios por incapacidad temporal se dirigió en contra de los fondos de pensiones COLFONDOS y COLPENSIONES, donde estuvo y está afiliado el accionante, respectivamente, luego son las entidades llamadas a resistir el reclamo. Por el lado de COLPENSIONES, como al inicio se indicó, se vinculó a su Directora de Medicina Laboral como dependencia encargada de atender el caso.

**4.** En múltiples ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la subsidiariedad de las acciones de tutela para conocer asuntos alrededor de prestaciones laborales, como el auxilio por incapacidad.

En ellas se menciona que si bien existen mecanismos judiciales ordinarios donde se puede pretender la satisfacción del derecho v.gr., el señalado en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, ellos no son los idóneos cuando su no 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[[1]](#footnote-1).

Respecto al principio de inmediatez, si bien es cierto que la acción de tutela no cuenta con término de caducidad para su presentación, también lo es que a ella no se puede acudir en cualquier momento, por cuanto su propósito efectivo es brindar a la persona una protección efectiva y actual de sus derechos fundamentales[[2]](#footnote-2), sin que puedan plantearse reglas generales, pues será en cada caso concreto que se examinen si existen o no causas que justifiquen el retardo en la interposición en la acción, o si la vulneración o amenaza persiste y por ello es posible aun el restablecimiento o amenaza de los derechos comprometidos.

En el contexto del reclamo del mismo emolumento, la alta corporación *“… ha reconocido la posibilidad de flexibilizar el estudio de la configuración del presupuesto de inmediatez, cuando: (i) evidencie que la vulneración se ha prolongado indefinidamente o es continuada, independientemente de que el hecho a partir del cual se inició la aludida vulneración sea lejano en el tiempo, o (ii) cuando atendiendo a la situación de la persona no sea posible exigirle que acuda a un juez, so pena de imponerle una carga desproporcionada.”[[3]](#footnote-3)*

**5.** En ese asunto se persigue el pago incapacidades que se pueden separar en dos grupos así: (i) las primeras van desde el 16 de enero de 2018 al 17 de marzo del mismo año, que comprende del día 371 al 431 acumulados. (ii) Las segundas, del 19 de enero del 2019 al 12 de agosto del mismo año, que van desde el día 209 al día 366 acumulados (véase pagina 3, archivo de anexos del escrito introductorio. “*CERTIFICADO DE INCAPACIDADES MEDIMAS EPS”).*

Del citado documento aportado por MEDIMAS EPS se infiere, además, que el actor ha transitado por lo menos por cuatro periodos de incapacidad, así:

a). El primero se extendió hasta el 17 de marzo de 2018 (431 días acumulados). A éste pertenece el primer grupo de subsidios acá reclamado.

b). Luego se inició un nuevo periodo por el mismo diagnóstico (S460), que transcurrió del 17 de junio de 2018 al 9 de abril de 2020 (637 días acumulados). Se evidencia que del día 3 al 180 fue pagado por la EPS, y las incapacidades del lapso comprendido entre el 13 de agosto de 2019 y el 9 de abril de 2020 aparecen pagadas “por fallo” (página 3, archivo 02. Anexos tutela).

No existe certeza probatoria en el sub judice del origen y naturaleza de ese “fallo”, ni de por qué se canceló parte de los días que en principio correspondían al fondo de pensiones (del día 180 al 540, 142 del Decreto 19 de 2012) sin que ocurriera lo mismo con los periodos anteriores, que son los que acá se reclaman en el segundo grupo. Tampoco se ocupó el actor de brindar claridad al respecto.

c). El siguiente periodo de incapacidades se extendió desde el 16 de junio hasta el 13 de septiembre de 2020, por el mismo diagnóstico (S460), y aparecen pagadas.

d). Una última incapacidad se reporta del 19 de septiembre de 2020, por 15 días y un diagnóstico distinto (K409), sin pago por mora.

Del informe rendido por MEDIMAS EPS también se extracta que el estado de afiliación del accionante es activo por emergencia, y se advierte que sigue vinculado laboralmente con CONSTRUCCIONES ROC SAS, como él mismo lo indicó en la solicitud de tutela. La última relación de incapacidades, expedida el 12 de marzo de 2021, no muestra más periodos de incapacidad con posterioridad al 3 de octubre de 2020.

**6.** El anterior contexto fáctico permite concluir a esta instancia que la solicitud de amparo no estaba llamada a prosperar, como lo resolvió el juez de primer grado. En efecto:

**6.1.** En punto del requisito de la inmediatez, no se evidencia que la vulneración de derechos fundamentales que se denuncia cumpla el requisito de actualidad que habilite la intervención necesaria y urgente del juez de tutela.

Si bien es cierto las negativas de COLFONDOS y COLPENSIONES para acceder al pago de los subsidios reclamados se produjeron entre octubre del año 2020 y enero del año 2021, la verdad es que se reclaman periodos de incapacidad más antiguos, en concreto de los años 2018 (enero a marzo) y 2019 (enero a agosto), sin que obre en el expediente prueba que justifique la demora en su reclamación de manera extrajudicial que, según se afirma en el escrito de impugnación, solo se hizo “*desde octubre del 2020”[[4]](#footnote-4).*

Tampoco enseñan las pruebas que el accionante se encontrara ante una situación donde no fuera posible exigirle que acudiera al juez en un tiempo razonable, o que ello significara una carga desproporcionada.

Como arriba se señaló, del *CERTIFICADO DE INCAPACIDADES MEDIMAS EPS* se infiere que los subsidios por incapacidad correspondientes al periodo de agosto de 2019 en adelante fueron pagados “por fallo”, luego no luce razonable admitir ahora que la reclamación no se hizo antes por los escasos conocimientos del actor, o porque se entregaban las incapacidades al empleador sin conocer el trámite subsiguiente, cuando se observa que con anterioridad logró, a través de decisión judicial, el cubrimiento de periodos de incapacidad incluso posteriores a los que reclama en esta ocasión.

**6.2.** Aunado a lo anterior, tampoco acreditó el actor que se encuentre en estado de debilidad manifiesta (incapacidad, invalidez, por ejemplo), ni la afectación de su mínimo vital, circunstancias en las que podría flexibilizarse el análisis del presupuesto de subsidiariedad.

En efecto, y sin perjuicio del derecho que eventualmente pueda tener el actor a la prestación que reclama, análisis de fondo que acá no compete realizar, lo que la información recaudada indica es que a favor del actor se han liquidado múltiples periodos de incapacidad, y fenecidos los mismos ha retornado a la ejecución de su relación laboral, encontrándose actualmente activo y vinculado, lo que desvanece la presunción de que se encuentre en una situación de vulnerabilidad por la incapacidad, o que la prestación que por esta vía reclama sustituya su salario y, por tanto, se encuentre afectado su mínimo vital o el de su núcleo familiar.

**6.3.** No se encuentra en peligro la salud del actor, o el derecho a la recuperación de las dolencias que motivaron los periodos de incapacidad reclamados, o que, en virtud de la negativa al reconocimiento de la prestación, deba volver a trabajar antes de tiempo.

Por el contrario, se reitera, según la prueba que obra en el expediente conformado, la última incapacidad se extendió hasta octubre de 2020, por un diagnóstico distinto al inicial, y actualmente se encuentra vigente el vínculo laboral.

**7.** Entonces, que los “*asesores de la EPS MEDIMAS me informaron que tenía incapacidades pendientes por cobrar ante el Fondo de pensiones*” como se sostiene en la impugnación, no luce en este caso concreto como razón suficiente para desplazar al juez ordinario y someter la controversia que se plantea al trámite breve y sumario de la acción de tutela.

**8.** Lo anterior motiva confirmar la sentencia proferida por el juzgado de primer grado.

**DECISIÓN**

Con fundamento en lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – SALA CIVIL FAMILIA, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 18 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA; por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

**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 SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-457 de 2007. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-3)
4. Página 2, archivo 14Impugnacion, cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)