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 / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / NO SE DEMOSTRÓ LA EXISTENCIA DE 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, 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…, y (ii) cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable…

De entrada ha de decirse que se confirmará la decisión de primera instancia, toda vez que efectivamente el amparo reclamado resulta improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues la 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…

… en este caso concreto, la accionante incumplió con la carga de argumentar lo relacionado con la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, en el entendido que se limitó a enunciarlo como el presuntamente vulnerado, pero, como se dijo, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable…

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020)

Acta Nº 031 de 05-02-2020

Referencia: 66045-31-89-001-**2019-00165**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora DORIS ELENA ESCOBAR OSPINA, contra la sentencia proferida el día 2 de diciembre de 2019, mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía resolvió la acción de tutela que promovió la opugnante contra la NUEVA EPS S.A., trámite al que fueron vinculadas las empresas GESTORES Y CONSULTORES DE COLOMBIA SAS y ACOLSER TIA.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante promovió el amparo constitucional por considerar que la entidad accionada vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.

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

2.1. Se encuentra afiliada a la NUEVA EPS S.A. en calidad de cotizante; y fue diagnosticada por los médicos tratantes con “SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO”.

2.2. El 9 de mayo de 2019 le fue realizado el procedimiento denominado “DESCOMPRESIÓN DE NERVIO EN TÚNEL CARPIANO CON NEU LIGAMENTORRAFIA O REINSERCIÓN LIGAMENTOS UNO O MA”.

2.3. Al egreso de la clínica, el médico tratante le otorgó incapacidad por 20 días que va del 9 al 28 de mayo de 2019, la cual no ha sido pagada por la NUEVA EPS S.A.

3. Con fundamento en lo anterior solicita se ordene a la NUEVA EPS S.A., reconocer y pagar la incapacidad médica otorgada por 20 días, que va del 9 al 28 de mayo de 2019.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, que le impartió el trámite legal (fl. 10 C. Ppal.); y dispuso la vinculación de las empresas GESTORES Y CONSULTORES DE COLOMBIA SAS y ACOLSER TIA. (fls. 28 y 33 id.).

4.1. La NUEVA EPS S.A., expuso que la señora DORIS ELENA ESCOBAR OSPINA es su afiliada y su estado es activo.

Referente a la pretensión de la accionante, indica que es responsabilidad de su empleador, GESTORES Y CONSULTORES DE COLOMBIA SAS, realizar el pago total de la incapacidad, por lo que solicita su vinculación; además que, el mecanismo constitucional no es procedente para solicitar el pago de una prestación económica.

Solicita se “DENIEGUE por improcedente” la acción de tutela interpuesta, ya que en ningún momento ha vulnerando o pretendido vulnerar derecho fundamental alguno; y se ordene al empleador de la accionante asumir el valor de la incapacidad solicitada. (fls. 23-27 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, que declaró improcedente el amparo deprecado, al no cumplirse con el principio de subsidiariedad, por contar la accionante con otro mecanismo de defensa jurisdiccional idóneo, como lo es acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud y no encontrarse frente a un perjuicio irremediable. Además, no se han generado más incapacidades que le impidan continuar con sus labores y ha seguido aportando al sistema de seguridad social en salud como cotizante independiente. (fls. 36-38 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la accionante, exponiendo que con la decisión de declarar improcedente el amparo, se está subvalorando su estado de necesidad por el no pago de la incapacidad, enviándola a la Superintendencia Nacional de Salud y sometiéndola a más tramitología, espera y zozobra para el reconocimiento de la misma, pese a quedar demostrado que es trabajadora independiente y no tiene empleador, por lo que es la NUEVA EPS S.A. la llamada a cancelarla. (fls. 41-43 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. vulnera el derecho fundamental al mínimo vital, invocado por la accionante, al no pagarle la incapacidad médica que le fue otorgada; 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, la señora DORIS ELENA ESCOBAR OSPINA, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera su derecho fundamental al mínimo vital, al no pagarle la incapacidad médica que le fue otorgada.

2. De los documentos obrantes en el expediente se tiene que a la accionante le concedieron incapacidad médica por 20 días del 9 al 28 de mayo de 2019 (fl. 3 id.), la cual afirma, no le ha sido cancelada.

3. De entrada ha de decirse que se confirmará la decisión de primera instancia, toda vez que efectivamente el amparo reclamado resulta improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues la 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, al no haberse acreditado la ocurrencia de un posible perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo como mecanismo transitorio.

4. Ahora bien, en anteriores oportunidades esta Sala ha reconocido que el pago de las incapacidades médicas constituye el medio con el cual un trabajador suple su salario y, por consiguiente, los recursos básicos para su sustento diario y el de su familia, por lo que se ha considerado que, dependiendo de la situación particular del solicitante, la acción de tutela puede constituirse en el mecanismo idóneo para que obtenga la protección de su derecho fundamental al mínimo vital, superando el requisito de subsidiariedad que se echa de menos.

No obstante ello, en este caso concreto, la accionante incumplió con la carga de argumentar lo relacionado con la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, en el entendido que se limitó a enunciarlo como el presuntamente vulnerado, pero, como se dijo, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, máxime si se tienen en cuenta que, tal como lo dijo la a quo, “… *no dio cuenta de haberse generado más incapacidades que le impidan continuar con sus labores; además según su propio dicho ha continuado aportando al sistema de seguridad social en salud como cotizante independiente*”.

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.

Aunado a lo anterior, al valorar las condiciones personales de la accionante, para determinar si estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no podría decirse que cumple con los presupuestos para llegar a esa conclusión porque, primero, no se trata de una persona de la tercera edad, pues solo tiene 54 años edad (fl. 1 id.).

En segundo lugar, referente a su situación de salud, esta 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 “síndrome del túnel carpiano” (fl. 4 id.), lo que no se puede considerar como una enfermedad catastrófica o que conllevara a una situación de invalidez o de discapacidad de la actora, limitación física, síquica o sensorial, que la 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).

5. Verificado entonces 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 la incapacidad médica otorgada a favor de la señora DORIS ELENA ESCOBAR OSPINA, 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 2 de diciembre de 2019 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, 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 CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

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)