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 : Claudia Patricia Monsalve Hernández

Accionados : Colpensiones

Litisconsortes : Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones

Procedencia : Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 66001-31-03-005-2021-00090-01

Mg. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 282 del 18-06-2021

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS / PRINCIPIOS DE INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD / DEFINICIÓN DE CADA UNO Y REQUISITOS / NO SE SUPERAN EN ESTE CASO / SE DENIEGA EL AMPARO.**

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 (…)”

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2020) . 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.”

… 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.

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. (…)

Respecto a la inmediatez es claro su incumplimiento puesto que se radicó el amparo (27-04-2021) … nueve (9) meses después de expedida la respuesta desestimatoria del pago de incapacidades (13-07-2020) …, es decir, por fuera del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional. (…)

… la acción también incumple la residualidad.

Está probado que fue calificada con una merma de capacidad laboral del 30,88%..., sin embargo, esa condición es insuficiente para superar dicho presupuesto, por la potísima razón de que no le impide laborar, es así que actualmente presta sus servicios en Almacenes Éxito S.A.

******

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0182-2021**

***Dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto por decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Expresó la actora que padece vértigo de Meniere o periférico, la EPS expidió concepto de rehabilitación y Colpensiones aún no paga las incapacidades causas entre el 21-11-2019 y el 08-06-2020. Fue calificada con una PCL del 30% y radicó nueva petición a la AFP, pero se rehusó a pagar porque el concepto fue desfavorable (Cuaderno No.1, documento No.03).

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

El mínimo vital, la seguridad social y la dignidad humana (Cuaderno No.1, documento No.03). Solicitó ordenar a Colpensiones: Reconocer y pagar las incapacidades debidas (Cuaderno No.1, documento No.03).

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

La *a quo* con auto del 29-04-2021 admitió la acción (Cuaderno No.1, documento No.04); el 11-05-2021 dictó la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.08); y, el 18-05-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.12). Esta Corporación con auto del 10-06-2021 decretó pruebas de oficio y la accionante respondió el cuestionario (Cuaderno No.2, documentos Nos.05 y 07).

El fallo ordenó a la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones reconocer y pagar las incapacidades posteriores a los primeros 180 días de incapacidad continua. Explicó que el concepto de rehabilitación desfavorable no es talanquera, según jurisprudencia constitucional (Cuaderno No1, documento No.08).

Colpensiones alega que: **(i)** La existencia de concepto de rehabilitación desfavorable implica calificar de inmediato la PCL, sin que obligue a pagar incapacidades, según el artículo 142, D.019/2012; y, **(ii)** La tutela es improcedente para cobrar incapacidades, por subsidiariedad. Pidió revocar el fallo (Cuaderno No.1, documento No.11).

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 5º Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Por activa la señora Claudia P. Monsalve H. porque está afiliada al sistema de seguridad social y solicitó el pago de las incapacidades (Cuaderno No.1, documento No.02, folio 20); y, por pasiva la **(1)** Dirección de Prestaciones Económicas de la Dependencia de Medicina Laboral Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS, y la **(2)** Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones, por ser competentes para reconocer y pagar las incapacidades laborales (Arts.206, Ley 100, 23, D.2463/2001 y Ley 1753).
		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).
		3. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo **judicial** (2020)[[2]](#footnote-2). 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[[3]](#footnote-3) 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.”[[4]](#footnote-4)* (Sublínea extratextual)*.* También, la doctrina constitucional ha sostenido (2019):

…. 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 …[[5]](#footnote-5) (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)[[6]](#footnote-6), 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 (...)”*.

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)[[7]](#footnote-7).

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**[[8]](#footnote-8).

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.

1. **El caso concreto analizado**

Conforme al razonamiento jurídico anotado y teniendo en cuenta el petitorio y las pruebas allegadas, la decisión de primer grado será revocada porque es manifiesta la improcedencia de la tutela por carecer de inmediatez y de subsidiariedad. La interesada demoró en promoverla, sin justificación y pretirió probar que la falta de pago del subsidio afectara de forma flagrante el sostenimiento de su núcleo familiar.

Respecto a la inmediatez es claro su incumplimiento puesto que se radicó el amparo (27-04-2021) (Cuaderno No.1, documento No.01) nueve (9) meses después de expedida la respuesta desestimatoria del pago de incapacidades (13-07-2020) (Cuaderno No.1, documento No.07, folios 16-17), es decir, por fuera del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[9]](#footnote-9).

La interesada adujo que demoró en acudir a la Judicatura porque la autoridad le dijo que no pagaría las incapacidades hasta que el trámite de la calificación de PCL culminara; motivo poco convincente, a juicio de la Sala, pues la falta de reconocimiento y pago implica, aparentemente, la inexistencia de recursos para su sostenimiento y, por ende, la urgencia que habilita formular la tutela para conjurar la vulneración o amenaza de sus derechos.

En todo caso, si aquel presupuesto se superase porque, supuestamente, la autoridad la indujo al error, se tiene, como se anotó, que la acción también incumple la residualidad.

Está probado que fue calificada con una merma de capacidad laboral del 30,88% (Cuaderno No.1, documento No.03, folios 12-17), sin embargo, esa condición es insuficiente para superar dicho presupuesto, por la potísima razón de que no le impide laborar, es así que actualmente presta sus servicios en Almacenes Éxito S.A., reanudó labores el 08-06-2020 (Cuaderno No.2, documento No.07).

No hay razones entonces para flexibilizar el estudio de este presupuesto, menos para presumir la afectación del mínimo vital, dado que no está incapacitada y recibe ingresos por su trabajo.

Fue requerida para dilucidar su situación económica y establecer la necesidad de la intervención constitucional para conjurar la eventual afectación de sus derechos (Cuaderno No.2, documento No.05) e informó que trabaja como auxiliar operativo, el núcleo familiar integrado por su esposo e hijos percibe ingresos mensuales equivalentes a dos smlmv y los gastos de sostenimiento ascienden a $1.450.000 (Inferiores a sus ingresos), por concepto de cuota de apartamento de su propiedad, servicios públicos, alimentación y vestuario (Cuaderno No.2, documento No.07).

Para esta Colegiatura *no tiene afectado su mínimo vital*. Mírese que los ingresos familiares son suficientes cubrir las necesidades básicas suyas y de su familia. En síntesis, no acreditó que las incapacidades dejadas de pagar fueran indispensables para garantizarlo. Además, puede inferirse que desde que se expidió la última incapacidad (26-05-2020 a 08-06-2020) no ha tenido dificultades de tipo económico, habida cuenta de que luego de nueve (9) meses intentó este remedio constitucional.

Así las cosas, advierte la Sala que el medio defensa judicial ante el juez laboral es idóneo y eficaz para salvaguardar sus derechos (Art.2º, CPLSS), pues el servicio de justicia ya se reanudó y pude presentar la demanda por intermedio de los canales electrónicos dispuestos por el CSJ, Seccional Risaralda (Acuerdo No.CSJRIA20-58, CSJ, Seccional Risaralda); o, en su defecto, acudir a la Superintendencia Nacional de Salud porque ejerce funciones jurisdiccionales en asuntos relacionados con el *“(…) el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador (…)” (Artículo 126, literal “g”, Ley 1438)*[[10]](#footnote-10). Criterio que es precedente horizontal de esta Magistratura[[11]](#footnote-11)-[[12]](#footnote-12).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR el fallo proferido el 11-05-2021 por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira y, en su lugar, DECLARAR improcedente el amparo por carecer de inmediatez y subsidiariedad.
2. ENVIAR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

N o t i f í q u e s e,

**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-053 de 2020, 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, entre muchas. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-471 de 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-419 de 2015, también pueden consultarse la T-008 de 2018 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-161de 2019. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-523 de 2020, T-161de 2019, T-649-2013, T-984 de 2012, T-065 de 2009 y T-602 de 2007. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP, Sala 5ª Penal para Adolescentes. Fallo del 12-08-2020, MP: Grisales H., No.2020-00035-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. TSP, Sala Civil – Familia. Fallo ST2-0146-2021 del 13-05-2021, MP: García B., No.2021-00048-01. [↑](#footnote-ref-12)