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 : Luis Alfonso Guzmán Castro

Accionados : Nueva EPS SA

Litisconsorte : Dirección de Prestaciones Económicas y otra

Radicación : 66001-31-10-002-**2022-00242-01**

Procedencia : Juzgado 2º de Familia de Pereira

Mg. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 397 de 22-08-2022

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / AFECTACIÓN DEL MÍNIMO VITAL / PRESUPUESTOS / INEXISTENCIA FÁCTICA / SI NO EXISTE ACCIÓN U OMISIÓN DEL AGENTE ACCIONADO / SE HACE IMPROCEDENTE EL AMPARO CONSTITUCIONAL.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable…

… 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.”

… la CC circunscribe el ejercicio del amparo constitucional a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta que estén afectadas en su mínimo vital (2019), al advertir que el subsidio de incapacidad: “(...) constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar…”

… en tratándose a la verificación de la lesión o amenaza del mínimo vital, esa Corporación… 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…

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.

La CC en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

“… el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión…”



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

**ST2-0283-2022**

**Veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022).**

1. **El asunto a decidir**

La impugnación en este trámite constitucional, luego de agotada la actuación de primer grado.

1. **La síntesis fáctica**

Informó el actor que, la empresa Grupo de Apoyo Logístico y Comercial SAS, en su nombre solicitó a la Nueva EPS pagar la incapacidad causada entre el 13-02-2022 y 26-02-2022, pero todavía no responde. Agrega que sus ingresos ascienden a un salario mínimo legal mensual vigente (En adelante smlmv) y que acudió a préstamos para cubrir sus gastos (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **Los derechos invocados y las pretensiones**

La seguridad social y el mínimo vital. Solicitó ordenar a la accionada pagar el auxilio (Cuaderno No.1, pdf No.02).

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

El día 28-06-2022 se admitió la acción (Cuaderno No.1, pdf No.06); el 01-07-2022 se hizo una vinculación (Ibidem, pdf No.09); el 12-07-2022 se falló (Ibidem, pdf No.12); y, el 18-07-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf No.16). Ya ante esta Sede, el 18-08-2022 se decretaron pruebas de oficio y el interesado resolvió el cuestionario (Cuaderno No.2, pdf Nos.05 y 08).

La sentencia: **(i)** Desestimó las pretensiones frente la EPS porque el actor pretirió probar la afectación al mínimo vital; empero, **(ii)** Amparó los derechos contra la empresa Grupo de Apoyo Logístico y Comercial SAS porque es la empleadora y la EPS consignó la subvención debida en su cuenta (Cuaderno No.1, pdf No.08).

La sociedad impugnó y solicitó revocar el fallo porque la cuenta bancaria está bloqueada y no recibe pagos debido a que está en proceso de disolución y liquidación. Imposible que el 17-06-2022 la EPS haya trasferido el dinero (Cuaderno No.1, pdf No.10).

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 2º de Familia de Pereira, según la impugnación?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa. Por activa, el accionante por estar afiliado ante la EPS y pedir el pago de la incapacidad. En el extremo pasivo, la Dirección de Prestaciones Económicas de La Nueva EPS porque le compete resolver el ruego (Arts.206, Ley 100) y la empresa Grupo de Apoyo Logístico y Comercial SAS porque en calidad de empleadora debe pagar los dos (2) primeros días de incapacidad (Art.3.2.1.10, parágrafo 1º, D.780/2016).

5.3.2. La inexistencia de acción u omisión. La CC[[1]](#footnote-1) en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

… el mecanismo de amparo constitucional se torna **improcedente**, entre otras causas, cuando **no existe una actuación u omisión del agente accionado** a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

*… partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del*[Decreto 2591 de 1991]*, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea* ***procedente*** *requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)”*

… cuando el juez constitucional **no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental**, **debe declarar la improcedencia de la acción de tutela**. (Línea y coloración a propósito)

Tesis vigente y compartida por la CSJ[[2]](#footnote-2) (2021), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: *“(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”*[[3]](#footnote-3). En síntesis, la improcedencia por falta de acción u omisión ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente.

5.3.3. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022)[[4]](#footnote-4). 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[[5]](#footnote-5) 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.”[[6]](#footnote-6)* (Sublínea extratextual)*.* También, la doctrina constitucional ha sostenido (2019) [[7]](#footnote-7):

*…. 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 … (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)[[8]](#footnote-8), 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)[[9]](#footnote-9).

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**[[10]](#footnote-10).

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**

Se revocará el fallo para declarar improcedente la tutela contra **(i)** La empresa Grupo de Apoyo Logístico y Comercial SAS, por ausencia fáctica; y, **(ii)** La Dirección de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, por incumplir la subsidiariedad.

6.1. La ausencia fáctica. De entrada, conforme a los hechos y pretensiones tutelares, para la Sala es claro que erró la juzgadora de primera instancia al concluir que la referida sociedad debe responder sobre el pago de la incapacidad laboral.

El actor ningún reclamo afín al amparo radicó ante esa entidad y, aun cuando la EPS alegó que consignó el auxilio en su cuenta (Cuaderno No.1, pdf No.08), es afirmación insuficiente para que deba soportar las pretensiones, omitió demostrarlo, pese al requerimiento de la Sala (Cuaderno No.2, pdf No.05).

Importa acotar que la prueba sobre la transferencia tampoco sería suficiente para endosar a la sociedad la amenaza o vulneración de los derechos, como quiera que, según dijo la EPS, se materializó el 17-06-2022, es decir, el mismo día en que se presentó el amparo (Cuaderno No.1, pdf Nos.05 y 08).

Inviable es que se impute a la accionada omisión alguna amenazante o trasgresora de los derechos, esto es, que deliberadamente dejase de resolver sobre el reconocimiento y pago de la incapacidad que la EPS trasfirió a su cuenta, sin que antes de que se radicara la tutela hubiese tenido oportunidad de pronunciarse. Sin conducta atribuible, es improcedente la tutela en su contra, por inexistencia de hechos.

Razona la CSJ[[11]](#footnote-11) en jurisprudencia constitucional: *“(…) no basta con que el accionante señale que se le ha vulnerado un derecho fundamental, pues se requiere que se demuestre que los derechos fundamentales que se pretenden proteger han sido vulnerados o están amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley (…)”*. Sin: *“(…) la existencia cierta del agravio, lesión o puesta en peligro de la prerrogativa constitucional invocada (…) carece de sentido hablar de la necesidad de la salvaguarda (…)”*.

6.2. La subsidiariedad. Como se anotó el amparo también es improcedente frente a la Dirección de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, por faltar la residualidad.

Según la CC debe probarse (i) *La imposibilidad para trabajar por razones de salud*; y, (ii) *La inexistencia de ingresos distintos al salario para satisfacer las necesidades básicas,* presupuestos concurrentes que deben cumplirse para habilitar el análisis de fondo.

Por tal razón, en acato del deber oficioso que en sede de tutela le asiste al juzgador de decretar pruebas[[12]](#footnote-12), se requirió al actor resolver cuestionario sobre la composición de su núcleo familiar, personas a cargo, ingresos, monto mensual de sostenimiento y estado de salud (Cuaderno No.2, pdf No.05) y atinó a informar, entre otras cosas, que no está incapacitado, que sus ingresos mensuales ascienden a $1.000.000 y que algunos familiares ayudan ocasionalmente con $100.000, sin especificar los gastos mensuales de sostenimiento, salvo que paga $550.000 por arrendamiento (Cuaderno No.2, pdf No.08).

Así las cosas, es inviable concluir que requiere con urgencia el pago de la incapacidad causada en el mes de febrero del corriente (Cuaderno No.1, pdf No.02, folio 13) para garantizar la recuperación de su salud y el sostenimiento propio. No tiene dificultades económicas que ameriten la intervención del juez constitucional. Entonces, el medio defensa judicial ante el juez laboral (Art.2º, CPLSS) es idóneo y eficaz para salvaguardar sus derechos. Criterio que es precedente horizontal de esta Magistratura (2021)[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14).

Por último, estima esta instancia necesario hacer una aclaración metodológica sobre la resolutiva de la sentencia de primera instancia, en cuanto que, si faltaba el presupuesto de subsidiariedad respecto de la EPS, debió declararse improcedente la tutela, en lugar de referir que *“no se dará orden alguna”* y menos concluir que *“no vulneró ni puso en riesgo los derechos”*. Así lo ha dicho la doctrina nacional[[15]](#footnote-15) y jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional[[16]](#footnote-16):

… en cuanto la decisión es declarar la improcedencia de la acción impetrada, más no negarla protección pedida. Nótese cómo establecer la procedencia de la acción antecede al análisis de la vulneración o no de un derecho fundamental, estudio que en este caso no se puede acometer, precisamente al determinarse que no procede…

Diferencia hay entre negar la acción y declararla improcedente, porque la primera hipótesis, impone analizar el fondo de la cuestión, mientras que la segunda, es un estadio previo que impide tal estudio, lo que repercute en la cosa juzgada. Juicio ya muchas veces expuesto por esta Corporación[[17]](#footnote-17).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de 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 la sentencia proferida el 12-07-2022 por el Juzgado 2º de Familia de Pereira, para DECLARAR improcedente la tutela contra La empresa Grupo de Apoyo Logístico y Comercial SAS y la Dirección de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, por ausencia fáctica y carecer de subsidiariedad, respectivamente.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**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-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ. STC7008-2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-003 de 2022, T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), 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. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-471 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-419 de 2015, también pueden consultarse la T-008 de 2018 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-161de 2019. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ. STC7008-2021, STC197-2021, STC8053-2019 ySTC6835-2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC.T-236 de 1996, T-864 de 1999, T-1019 de 2002, T-279 de 2002, T-260 de 2004, T-816 de 2008, T-048 de 2012, SU-768 de 2014, T-571 de 2015, T-509 de 2017 y T-062 de 2017 [↑](#footnote-ref-12)
13. TSP, Sala 5ª Penal para Adolescentes. Fallo del 12-08-2020, MP: Grisales H., No.2020-00035-01. [↑](#footnote-ref-13)
14. TSP, Sala Civil – Familia. Fallo ST2-0146-2021 y ST2-0238-2021. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORREA H., Néstor R. Derecho procesal de la acción de tutela, editorial Grupo editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2010, P.192. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-002 de 2009. [↑](#footnote-ref-16)
17. TS, Pereira, Civil-Familia. Sentencias del **(i)** 27-07-2017; MP: Grisales H., 2017-00018-02; **(ii)** 22-01-2018; MP: Grisales H., 2017-00100-01; y, **(iii)** 18-03-2019, MP: Grisales H., No,2019-00006-01, entre otras. [↑](#footnote-ref-17)