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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 9 de julio de 2018

Proceso:     Acción de Tutela

Radicación Nro. : 66001-31-03-003-2018-00063-01

Accionante: DIANA CAROLINA CASTRO MENESES

Accionado: NUEVA EPS y PROTECCIÓN S.A

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / HECHO SUPERADO /**

En reiteradas consideraciones la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, ha llegado a la conclusión de que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. El alto Tribunal ha entendido que, tratándose de incapacidades laborales, estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia.

(…)

Encuentra la Sala que acertó la funcionaria judicial de primer grado al tutelar los derechos fundamentales de la accionante frente a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, y ordenarle el pago de las incapacidades pendientes desde el día 181 hasta el día 540, pues según lo reconoce, la NUEVA EPS ya le había remitido el concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable, así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, por tanto le correspondía a la AFP antes mencionada, su reconocimiento y pago.

(…)

5. La Corte Constitucional ha sostenido en numerosas oportunidades que se configura un hecho superado cuando en el trámite de la acción sobrevienen circunstancias fácticas, que permiten concluir que la alegada vulneración o amenaza a los derechos fundamentales ha cesado. Cuando ello ocurre se extingue el objeto jurídico sobre el cual gira la tutela, de tal forma que cualquier decisión al respecto resulta inocua. En este sentido, en sentencia SU-540 de 2007 sostuvo que, “*Si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela, siempre y cuando, se repite, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual ‘la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío’* (T-519 de 1992, M.P., José Gregorio Hernández Galindo).”

6. De este modo, cuando el juez constitucional verifica la existencia de un hecho superado debe declarar la carencia actual de objeto y, de manera excepcional, si estima indispensable pronunciarse respecto del fondo del asunto por la gravedad de la vulneración del derecho incoado, podrá emitir consideraciones adicionales sin proferir otras órdenes.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, nueve (9) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nº 244 de 09-07-2018

Referencia: 66001-31-03-003-**2018-00063**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, frente a la sentencia proferida el día 17 de mayo de 2018, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, en la acción de tutela promovida por la señora DIANA CAROLINA CASTRO MENESES, contra la NUEVA EPS, a la que se vinculó a la entidad opugnante.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante, por intermedio de apoderada judicial, impetró el amparo constitucional al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital.

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

2.1. La señora DIANA CAROLINA CASTRO MENESES, se encuentra vinculada en calidad de empleada en la empresa TELEMARK SPAIN SL, en el cargo de teleoperadora, por más de 5 años.

2.2. Desde el 21 de septiembre de 2016, ha presentado “episodios de depresión mayor y trastorno afectivo bipolar”, lo que le ha generado la hospitalización en el Hospital Mental de Risaralda en repetidas ocasiones, motivo por el cual registra incapacidades desde el 15 de junio de 2017; la última que le otorgaron se extiende hasta el 8 de marzo pasado.

2.3. La NUEVA EPS a la cual se encuentra afiliada, el 23 de marzo de 2018, expidió concepto desfavorable de rehabilitación; el 3 de abril siguiente se radicó el mismo ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION SA; y el 19 de abril, la documentación necesaria para empezar el proceso de valoración de pérdida de la capacidad laboral, sin que se haya iniciado.

2.4. Desde el 15 de enero de 2018, la NUEVA EPS se abstuvo de seguir pagando las incapacidades médicas.

2.5. Indica que el 2 de mayo de 2018, su apoderada realizó llamada telefónica a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION SA, para gestionar la posibilidad de seguir con el pago de incapacidades por parte de dicho fondo de pensiones, pero le manifestaron que hasta que no se conociera el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, no realizaría ningún desembolso.

2.6. Ya se superaron los 180 días de incapacidad y se le han otorgado incapacidades de forma consecutiva hasta el 8 de marzo del 2018, tal y como se puede evidenciar del certificado que expidió la NUEVA EPS, sin que cuente con ningún medio de sostenimiento que le permita obtener el mínimo vital al que constitucionalmente tiene derecho.

3. Pide, conforme a lo relatado la tutela de los derechos invocados y se ordene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA o a la NUEVA EPS, que reconozcan y paguen las incapacidades desde el día 181 en adelante, hasta que culmine definitivamente con el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, conforme a la normativa prevista en el sistema de seguridad social.

4. Correspondió el conocimiento de la tutela al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, que impartió el trámite legal.

4.1. La Representante Legal Judicial de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, indicó que la accionante no ha radicado solicitud formal de reconocimiento y pago de subsidio por incapacidad médica; el único registro que posee es el concepto de rehabilitación expedido por la NUEVA EPS con pronóstico DESFAVORABLE de recuperación.

Aclara que dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, no es esta el mecanismo idóneo para el pago de prestaciones económicas, por lo tanto el accionante debe acudir a la justicia ordinaria.

Considera que no ha desconocido derecho fundamental alguno de la accionante, ya que no ha formulado ninguna solicitud de prestación económica y acude a la tutela para que sus pretensiones se reconozcan mucho más rápido.

Termina solicitando se ordene a la EPS que remita el certificado de incapacidades médicas actualizado, así como los demás documentos respectivos para poder pronunciarse sobre el pago del subsidio pretendido y si se han generado incapacidades superiores al día 540, se condene a la EPS a su pago; además, en el evento de condenar a esa AFP a pagar alguna prestación económica a favor de la accionante, se conceda la tutela como mecanismo transitorio, mientras se presenta la demanda ordinaria laboral. (fls. 24-27 C. Ppal.).

4.2. Se pronunció el apoderado judicial de la NUEVA EPS, quien expuso que las incapacidades posteriores al día 180 se encuentran a cargo del fondo de pensiones, que en el presente caso corresponde a la AFP PROTECCIÓN, ya que NUEVA EPS reconoció los primeros 180 días de incapacidad a la accionante tal como lo menciono la misma en su escrito tutelar, acatando la normatividad jurídica vigente que regula el pago de las prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud, por lo que solicita su desvinculación dada la falta de legitimación en la causa por pasiva. Solicita vincular a la AFP PROTECCIÓN. Como petición subsidiaria, en caso de ser condenada al pago de lo reclamado por la actora, se le faculte para obtener el recobro frente al FOSYGA por la totalidad de los valores que deba sufragar en cumplimiento del fallo de tutela. (fls. 30-32 ib.).

**III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, que concedió el amparo constitucional, al considerar que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna, de la señora DIANA CAROLINA CASTRO MENESES, al negarse a reconocer y pagar las incapacidades a que tiene derecho, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la ley 1753 de 2015, cuando se trata de incapacidades superiores a 180 días, hasta que se defina su pérdida de capacidad laboral o hasta el día 540.

Ordenó la funcionaria judicial a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, que en el término de 48 horas, cancelara las incapacidades que se han causado desde el día 181 hasta el 540 o hasta que se produzca la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la accionante. (fls. 37-39).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, con similares argumentos a los expuestos en el escrito de respuesta a la demanda, reiteró que la accionante no ha radicado solicitud formal de reconocimiento y pago de subsidio por incapacidad médica; además, que al tener un pronóstico desfavorable de rehabilitación, no había lugar al reconocimiento de incapacidades y lo procedente era calificar su pérdida de capacidad laboral. Termina solicitando se revoque el fallo de primera instancia y en el evento de confirmarse, se conceda como mecanismo transitorio, mientras se presenta la demanda ordinaria laboral. (fls. 43-46 ib.).

**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. (Art. 86 C.P., Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1382 de 2000).

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 o la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, vulneran los derechos invocados por la accionante, al negarse a pagarle las incapacidades que superan los 180 días, como lo decidió la a quo frente a esta última.

3. En reiteradas consideraciones la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, ha llegado a la conclusión de que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. El alto Tribunal ha entendido que, tratándose de incapacidades laborales, estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia[[1]](#footnote-1).

4. A diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales, en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho el afiliado, cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común, como sucede en este caso concreto, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, los pagos correspondientes a los primeros dos (2) días de incapacidad estarán a cargo del empleador y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer día.

5. En lo que tiene que ver con el monto de esta prestación, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que: *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante”*.

6. Los incisos quinto y sexto del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por art. 142 Decreto 19 de 2012), establecen que cuando exista concepto favorable de recuperación del afiliado, es decir, cuando se entienda que la incapacidad es de carácter temporal, los pagos por incapacidades de origen común que superen los 180 días deberán ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por un periodo de 360 días adicionales.

No obstante, durante el primer periodo, las Entidades Promotoras de Salud tienen la obligación de emitir un concepto de rehabilitación dirigido a las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se establezca si el afiliado tiene perspectivas de recuperarse o si debe procederse a la calificación de su pérdida de la capacidad laboral. Estas deberán emitir dicho concepto y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a la Administradora de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. En el asunto bajo estudio, la señora DIANA CAROLINA CASTRO MENESES, interpuso acción de tutela al considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna, al negarse a pagarle las incapacidades que superan los 180 días.

2. Como ya se dijo, el fallo de primera instancia amparó los derechos fundamentales incoados por la accionante e impartió la orden a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, de reconocer y pagar las incapacidades pendientes desde el día 181 hasta el día 540 o hasta que se produzca la calificación de la pérdida de su capacidad laboral.

3. Encuentra la Sala que acertó la funcionaria judicial de primer grado al tutelar los derechos fundamentales de la accionante frente a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, y ordenarle el pago de las incapacidades pendientes desde el día 181 hasta el día 540, pues según lo reconoce, la NUEVA EPS ya le había remitido el concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable, así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, por tanto le correspondía a la AFP antes mencionada, su reconocimiento y pago.

4. Ahora bien, este Despacho se comunicó con la apoderada de la accionante, con el fin de establecer si ya se había radicado la documentación correspondiente para el pago de las incapacidades médicas adeudadas, quien respondió afirmativamente e informó que a su representada ya le habían sido canceladas las mismas hasta el 8 de marzo pasado[[2]](#footnote-2). (fl. 4 Cd. 2ª Instancia).

5. La Corte Constitucional ha sostenido en numerosas oportunidades que se configura un hecho superado cuando en el trámite de la acción sobrevienen circunstancias fácticas, que permiten concluir que la alegada vulneración o amenaza a los derechos fundamentales ha cesado. Cuando ello ocurre se extingue el objeto jurídico sobre el cual gira la tutela, de tal forma que cualquier decisión al respecto resulta inocua. En este sentido, en sentencia SU-540 de 2007 sostuvo que, *“Si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela, siempre y cuando, se repite, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual ‘la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío’ (T-519 de 1992, M.P., José Gregorio Hernández Galindo).”*

6. De este modo, cuando el juez constitucional verifica la existencia de un hecho superado debe declarar la carencia actual de objeto y, de manera excepcional, si estima indispensable pronunciarse respecto del fondo del asunto por la gravedad de la vulneración del derecho incoado, podrá emitir consideraciones adicionales sin proferir otras órdenes.

7. Así las cosas, en armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores, la Sala confirmará la sentencia impugnada, pero se declarará la carencia actual de objeto por presentarse un hecho superado en relación con el pago de las incapacidades laborales otorgadas hasta el 8 de marzo pasado.

**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 la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo**: DECLARAR la carencia actual de objeto por presentarse un hecho superado en relación con el pago de las incapacidades laborales otorgadas hasta el 8 de marzo pasado.

**Tercero**: Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Cuarto:** 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-140 de 2016 [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver certificados de incapacidades obrantes a folios 2 a 4 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)