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 / DISTRIBUCIÓN DE DICHO PAGO ENTRE LAS ENTIDADES DEL SGSS / HASTA EL DÍA 180 INCUMBE A LAS EPS / DEL DÍA 181 AL 540 A LAS AFP SIN IMPORTAR SI EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN ES FAVORABLE O DESFAVORABLE / EN ADELANTE, NUEVAMENTE A LAS EPS.**

… la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con prestaciones económicas laborales, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable y se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP), y (ii) Cuando la vía ordinaria de defensa es ineficaz para la protección de los derechos reclamados. (…)

… entratándose del 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 por enfermedad general que se causen a partir del tercer día y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100, artículo 206). La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación y enviarlo a la AFP, antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Artículo 23, Decreto 2463 de 2001).

Superados esos 360 días adicionales, el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, será la EPS la encargada de su reconocimiento y pago con cargo a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Artículo 67, inciso 2º, literal “a”, Ley 1753). (…)

… “(…) (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.” (…)

… la CC ha señalado que si durante el trámite de una acción de tutela, la circunstancia que causa la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales deprecados, cesa o es superada, o, por el contrario, se consuma el daño que se pretendía evitar, la solicitud de amparo pierde su razón de ser, pues es inexistente el objeto jurídico sobre el que pronunciarse…

Dicho fenómeno se denomina carencia actual de objeto que, conforme a la teoría jurisprudencial, se presenta como alternativa para que los pronunciamientos en sede de tutela no se tornen fútiles.


REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DE RISARALDA

 Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

 Accionante (s) : Ana Matilde Calle Restrepo

Accionado (s) : Colpensiones

Vinculado (s) : Nueva EPS y otros

Radicación : 66001-31-10-002-2019-00057-02

 Temas : Hecho superado – Concepto desfavorable de rehabilitación

 Despacho de origen : Juzgado Segundo de Familia de Pereira

 Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 252 de 14-06-2019

Pereira, R., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019).

1. El asunto a 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 parte actora que sufre *“TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE, EPISODIO DEPRESIVO GRAVE PRESENTE SIN SÍNTOMAS PSICÓTICOS, Y TRASTORNO DE ADAPTACIÓN, ENTRE OTROS”,* y la Nueva EPS pagó las incapacidades de los primeros 180 días, contrario a la AFP Colpensiones que negó las causadas desde 04-12-2018 hasta el 02-03-2019 porque el concepto de rehabilitación fue *“desfavorable”* (Folios 3 a 10, cuaderno principal).

1. Los derechos presuntamente vulnerados

Se invocaron los derechos al mínimo vital, y la dignidad humana (Folio 5, cuaderno principal).

1. La petición de protección

Se pretende el amparo de los derechos, y en consecuencia, se ordene a Colpensiones pagar las incapacidades causadas con posterioridad a los primeros 180 días (Folio 5, cuaderno principal).

1. La sinopsis de la crónica procesal

Con providencia del 13-02-2019 se admitió, se vinculó a quienes se consideró pertinente y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 25 a 31, ibídem). El 26-02-2019 se profirió sentencia (Folios 57 a 67, ibídem) y, finalmente, con auto del 11-03-2019 se concedió la impugnación formulada por Colpensiones (Folio 84, ibídem). El 26-04-2019 en cumplimiento a la orden impartida por esta Sala se resolvió la nulidad formulada por la accionada (Folios 100 a 101, ib.)

El fallo opugnado concedió el amparo, y ordenó a la entidad infractora pagar los subsidios de incapacidad superiores a los 180 días, hasta tanto sea valorada la pérdida de la capacidad labora (PCL), y surja el derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en la condición de debilidad manifiesta de la accionante, y el precedente de esta Corporación (Folios 57 a 67, ib.).

Colpensiones alegó que la decisión carece de los derechos fundamentales tutelados, las consideraciones, los hechos, la normativa que regula el asunto; y, alega falta de competencia para cumplir el fallo de tutela (Folios 73 a 75, ib.).

1. La fundamentación jurídica para resolver
	1. La competencia funcional: Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
	2. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Pereira, según la impugnación de la parte actora?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa porque la señora Ana Matilde Calle Restrepo solicitó el pago de incapacidades a Colpensiones (Folio 15, ib.). En el extremo pasivo, las Direcciones de Atención y Servicio, entidad encargada de informar a la parte actora sobre el incumplimiento de requisitos para obtener el pago de esas prestaciones; y, de Medicina Laboral de Colpensiones porque le corresponde resolver es tipo de reclamaciones (Artículo 4.3.2.7 del Acuerdo No.131 de 2018).

La Nueva EPS carece de legitimación puesto que no le compete reconocer y pagar el subsidio de incapacidades posteriores a los primeros 180 días, de tal suerte, que es improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La inmediatez y subsidiariedad

El artículo 86 de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este *mecanismo "(...) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".*

En ese entendido, nuestra CC 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 inmediatez debe indicarse que se cumple porque la acción se formuló el 13-02-2019, veintiséis (26) días después de la expedición del acto administrativo denegatorio del pedimento (17-01-2019) (Folio 15, ib.); es decir, se propuso dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1).

Ahora bien, la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con prestaciones económicas laborales, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general[[2]](#footnote-2): (i) Cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable y se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)[[3]](#footnote-3), y (ii) Cuando la vía ordinaria de defensa es ineficaz para la protección de los derechos reclamados.

Respecto del análisis de este requisito de procedencia la CC[[4]](#footnote-4) ha dicho que: “*(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…) la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial está supeditado a que estos sean eficaces y suficientemente expeditos. De no serlo, el juez de tutela puede ordenar la protección de manera directa y definitiva o emitir ordenes transitorias para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable según sea el caso (…)”.*

Además, en tratándose del 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.”[[5]](#footnote-5).* También, la doctrina constitucional ha referido:

… que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancia 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 . …[[6]](#footnote-6).

En apoyo de lo anterior, es importante reseñar que la Alta Corporación[[7]](#footnote-7), no solo ha equiparado el pago de las incapacidades laborales con el salario que el trabajador deja de percibir durante el tiempo de convalecencia, sino también, y más importante aún, lo ha reconocido como la garantía para la recuperación de la salud, en pro de su dignidad humana, pues le permite atender la enfermedad sin tener que preocuparse de procurar el sustento propio y de su familia.

De ahí, la imposibilidad de continuar con las actividades laborales por razones de salud y la inexistencia de ingresos distintos del salario para satisfacer las necesidades básicas propias y de su familia, hace procedente la acción de tutela como mecanismo excepcional.

En este caso la accionante no tiene otros ingresos diferentes a su salario, por lo tanto, es posible que se le cause un perjuicio irremediable pues las patologías que presenta le impide continuar trabajando, es así que lleva, más de doscientos (200) días consecutivos siendo incapacitada (Folio 12, ib.,) con ocasión de una enfermedad mental con pronóstico de rehabilitación desfavorable (Folio 16, ib.).

* 1. El pago de incapacidades de origen común

La jurisprudencia de la CC[[8]](#footnote-8), luego de analizar los cambios que realizó el Decreto Ley 19 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”,* y las responsabilidades en el reconocimiento y pago de las incapacidades, estableció unas pautas normativas que se encuentran vigentes.

Determinó, entre otros aspectos, que las incapacidades por enfermedad general que se causen a partir del tercer día y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100, artículo 206). La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación y enviarlo a la AFP, antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Artículo 23, Decreto 2463 de 2001).

Superados esos 360 días adicionales, el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, será la EPS la encargada de su reconocimiento y pago con cargo a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Artículo 67, inciso 2º, literal “a”, Ley 1753).

Aunado a lo dicho, cabe resaltar que la CC[[9]](#footnote-9) en su jurisprudencia dirimió el debate en torno a que el pago de aquel auxilio dependía exclusivamente de la existencia de un concepto favorable, según lo establecido en el Decreto 2463 de 2001, al efecto refirió:

*… Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren****a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones****a la que está afiliado el trabajador,****ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación****, como se expondrá a continuación...*

… cabe indicar que la norma legal referida [Artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012] no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado…

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal

en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009** que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%... (Negrillas originales).

Así entonces, *“(…) (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las****AFP****, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable (…)”[[10]](#footnote-10) (Resaltado original).*

También indicó que si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de pagar las incapacidades causadas desde el día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido. Asimismo, ha sido reiterativa en cuanto a la obligación de las EPS de acompañar y asesorar al usuario en los trámites de solicitud de incapacidad que superen los 180 días y que corresponden por ley a los fondos de pensiones.

* 1. La carencia actual de objeto

En reiterada jurisprudencia[[11]](#footnote-11) la CC ha señalado que si durante el trámite de una acción de tutela, la circunstancia que causa la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales deprecados, cesa o es superada, o, por el contrario, se consuma el daño que se pretendía evitar, la solicitud de amparo pierde su razón de ser, pues es inexistente el objeto jurídico sobre el que pronunciarse. En palabras de la Corte[[12]](#footnote-12): *"(...) En estos supuestos, la tutela no es un mecanismo judicial adecuado pues ante la ausencia de supuestos fácticos, la decisión que pudiese tomar el juez en el caso concreto para resolver la pretensión se convertiría en ineficaz (...)"*.

Dicho fenómeno se denomina carencia actual de objeto que, conforme a la teoría jurisprudencial, se presenta como alternativa para que los pronunciamientos en sede de tutela no se tornen fútiles. Se materializa de diferentes maneras, destacándose dos eventos específicos (i) El hecho superado y (ii) El daño consumado, con consecuencias diferentes.

En tratándose de la primera hipótesis dispuso la CC[[13]](#footnote-13) que la expresión "hecho superado" debe considerarse en el sentido estricto de las palabras, esto es, que se satisfizo lo pedido en la tutela, así entonces, se presenta cuando la vulneración o amenaza se supera porque el accionado realizó o dejó de hacer la conducta que causaba el agravio, es decir, atendió las pretensiones del accionante.

Así, para determinar si se está en presencia o no de un hecho superado, conforme lo dicho por el máximo ente constitucional[[14]](#footnote-14) (i) Debe comprobarse que con anterioridad a la interposición de la acción exista un acto u omisión que viole o amenace violar un derecho fundamental; y (ii) Que durante el trámite del amparo se supere el agravio o amenaza.

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

De acuerdo con las premisas jurídicas anotadas y teniendo en cuenta el petitorio de amparo junto con las pruebas allegadas al expediente, la sentencia venida en impugnación habrá de confirmarse.

Sin embargo, como durante el trámite de la acción la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones con la Resolución No.30546 del 01-04-2019 ordenó el pago de las prestaciones económicas (Folios 138 a 139, cuaderno principal), y la interesada ya recibió los dineros, según se corroboró en esta sede (Folio 4, este cuaderno), es claro que la situación que vulneró o amenazó, en un principio, los derechos, ya cesó; de manera que no hay objeto jurídico sobre el cual fallar y la decisión que se adopte resultaría inútil. Entonces, se configura el hecho superado, pues la pretensión principal se encuentra satisfecha, y así se declarará.

Ahora bien, de acuerdo con las premisas jurisprudenciales y legales referidas, considera la Sala que fue acertada la decisión del Juez de primera instancia habida cuenta de que la existencia de un concepto desfavorable de rehabilitación no puede ser talanquera para el reconocimiento y pago de los subsidios de incapacidad que son de competencia de la accionada. Sus argumentos son notoriamente infundados y se contraponen con la interpretación sistemática y reiterada que la CC hizo en sede de tutela sobre el Artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

Aquí está probado que (i) las incapacidades causadas durante los primeros 180 días fueron pagadas por la EPS (Folios 16 a 23, cuaderno principal); (ii) se comunicó a Colpensiones el concepto desfavorable de rehabilitación (Folio 55, ibídem), (iii) se negó a pagar el auxilio (Folio 15, ib.), y, (iv) aún no se superan los 540 días de incapacidad ininterrumpida, y tampoco se ha calificado la PCL e iniciado el eventual trámite de reconocimiento pensional por invalidez*.* De tal suerte que es su obligación pagarla.

Además, debe decirse era perfectamente dable que el *a quo* extendiera la orden más allá de lo pedido por la actora puesto que es concebible que en el futuro la accionada vuelva a denegar el pago con base en la misma premisa (Concepto desfavorable), de manera que para evitar la proliferación de nuevos amparos y proteger integralmente el mínimo vital y la seguridad social de la actora, se confirmará parcialmente esa decisión y se ajustará a los términos legales[[15]](#footnote-15).

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. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada.
2. DECLARAR la carencia actual de objeto por el hecho superado en lo relacionado con el pago de las incapacidades laborales reconocidas con la Resolución No.30546 del 01-04-2019.
3. MODIFICAR el numeral 2º, en el sentido de que la Dirección de Medicina Laboral de Coplensiones solo deberá reconocer y pagar a favor de la señora Ana Matilde Restrepo los subsidios de incapacidad que se causen entre los días 181 y 540, mientras se califique la PCL y finiquite el trámite de reconocimiento, siempre que aquella sea superior al 50%, en caso contrario, deberá continuar con el pago hasta el último día reseñado.
4. MODIFICAR el numeral 3º, para DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela contra la Nueva EPS, por carecer de legitimación en la causa por pasiva.
5. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
6. REMITIR el expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

 *M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

1. CC. SU-499 de 2016 y SU-037 de 2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-600 de 2002, tesis reiterada por en variados fallos T-572 de 2015, T-154 de 2018 y T-065 de 2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-225 de 1993: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, es que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-419 de 2015, también puede consultarse la T-008 de 2018 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-401 de 2017 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-333 de 2013, T-698 de 2014, T-097 de 2015, T-691 de 2015, T-144 de 2016, T-401 de 2017 y T-218 de 2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-401 de 2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC.T-970 de 2014. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC.T-011 de 2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-044 de 2019, T-005 de 2019, T-063 de 2018, T-218 de 2017, T-062 de 2016, y SU-540 de 2007. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-025 de 2019, T-106 de 2018, T-218 de 2017, T-059 de 2016, T-041 de 2016, y T-045 de 2008, entre otras. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-008 de 2018 y T-246 de 2018. [↑](#footnote-ref-15)