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 : Gloria Inés Garzón Osorio

Accionado : Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

Litisconsorte : Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones

Terceros : Gerencia de Determinación de Derechos y otros

Radicación : 66682-31-03-001-2020-00035-01

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 129 de 31-03-2020

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / CONCEPTO DESFAVORABLE DE REHABILITACIÓN / NO IMPIDE EL PAGO DE LA PRESTACIÓN / HECHO SUPERADO /**

… 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. (…)

… 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.” (…)

Aunado a lo dicho, cabe resaltar que la CC en su jurisprudencia dirimió el debate en torno a que el pago de aquel auxilio dependiera, exclusivamente, de la existencia de un concepto favorable, según lo establecido en el Decreto 2463 de 2001, al efecto refirió:

“…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%...”

En reiterada jurisprudencia 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.

  
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN 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

Pereira, R., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte (2020).

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

Mencionó el apoderado de la actora que Colpensiones se niega a reconocer y pagar las incapacidades causadas entre el 09-01-2017 y el 28-07-2017; y, que actualmente se encuentra desempleada (Folios 25-27, cuaderno digitalizado).

1. Los derechos invocados y la petición de protección

La seguridad social y el mínimo vital (Folio 23, cuaderno digitalizado). Pretende el amparo de los derechos y, en consecuencia, ordenar a la accionada pagar el auxilio de incapacidad laboral (Folio 26, cuaderno digitalizado).

1. La sinopsis de la crónica procesal

La *a quo* con providencia del 05-02-2020 admitió la tutela, vinculó a quienes se consideró pertinente y dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 31-35, ibídem); el 13-02-2020 decretó pruebas (Folio 92, ibídem); el 17-02-2020 vinculó terceros y litisconsortes (Folios 98-99 y 105, ibídem); el 18-02-2020 profirió sentencia (Folios 125-134, ib.); y, el 24-02-2020 concedió la impugnación formulada por la parte pasiva ante este Tribunal (Folio 176, ib.).

El fallo amparó el derecho a la seguridad social y ordenó a la autoridad accionada pagar los subsidios de incapacidad, habida cuenta de que el concepto de rehabilitación desfavorable, no es óbice para su reconocimiento (Folios 125-134, ib.).

La Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones pidió revocar la decisión porque dejó de considerar que el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 sí exige que el concepto sea favorable (Folios 169-173, ib.). Y, en esta instancia informó que ya acató la orden de tutela y solicitó declarar la carencia actual de objeto (Folios 192-232, este cuaderno).

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 cognoscente (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
   2. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, según la impugnación de la entidad accionada?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa porque la señora Gloria Inés Garzón Osorio solicitó el pago de las incapacidades (Folios 9-10, cuaderno digitalizado). En el extremo pasivo, la Dirección de Medicina Laboral porque respondió la solicitud (Folios 52-55, ibídem) y le corresponde: *“(…) Adelantar las actividades necesarias para la determinación y pago de los subsidios de incapacidad temporal”* (Artículo 4.3.2.7 del Acuerdo No.131 de 2018).

Referente a las demás dependencias de Colpensiones, es claro que carecen de legitimación, en razón a que son incompetentes para resolver ese tipo de peticiones; igual sucede respecto de las EPS vinculadas, porque los auxilios dejados de pagar se causaron en un interregno ajeno al que les corresponde cubrir (Entre los días 181-540); en consecuencia, se modificará la sentencia para declarar 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 (05-02-2020) (Folio 28, ib.) cuatro (4) meses después de que la Dirección de Medicina Laboral desestimara el pedimento de la actora (03-10-2019) (Folio 52-55, ib.) es decir, la acción 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)-[[2]](#footnote-2).

Cabe aclarar que el análisis del presupuesto se hace desde la última petición realizada, no obstante que las incapacidades dejadas de pagar datan del 2017, como quiera que la actora las deprecó porque actualmente carece de vinculación laboral y fue calificada su pérdida de capacidad laboral, es decir, acaecieron circunstancias nuevas que dieron lugar a que instara nuevamente su reconocimiento y pago.

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[[3]](#footnote-3): (i) Cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable y se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)[[4]](#footnote-4), y (ii) Cuando la vía ordinaria de defensa es ineficaz para la protección de los derechos reclamados.

Ha dicho la CC[[5]](#footnote-5) sobre el análisis de este requisito de procedencia: “*(…) 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 órdenes 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.”[[6]](#footnote-6).* 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 . …[[7]](#footnote-7).

En apoyo de lo anterior, es importante reseñar que la Alta Corporación[[8]](#footnote-8), 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 trabajo, fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 40,24% y, tiene un concepto de rehabilitación desfavorable (Folio 41, ib.), por lo tanto, es posible que se le cause un perjuicio irremediable, dado que actualmente carece de salario y es poco probable que acceda al mercado laboral en el estado de salud que se encuentra.

* 1. El pago de incapacidades de origen común

La jurisprudencia de la CC[[9]](#footnote-9), 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”,* a 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 (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si 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 (Ley 1753).

Aunado a lo dicho, cabe resaltar que la CC[[10]](#footnote-10) en su jurisprudencia dirimió el debate en torno a que el pago de aquel auxilio dependiera, 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 (…)”[[11]](#footnote-11)* (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[[12]](#footnote-12) 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[[13]](#footnote-13): *"(...) 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 (2019)[[14]](#footnote-14) 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[[15]](#footnote-15) (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 porque el concepto desfavorable de rehabilitación no impide el reconocimiento y pago del auxilio deprecado por la interesada, según la interpretación sistemática y reiterada que la CC hizo la sobre el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

Empero, como durante el trámite la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones obró de conformidad (BZ2020\_2533408 2020\_2333460 de 04-03-2020) (Folios 192-232, cuaderno digitalizado) y, la parte actora ya recibió el emolumento, según se convalidó en esta sede (Folio 233, ibídem), es claro que la situación que vulneró o amenazó, en un principio, los derechos fundamentales, ya cesó; de tal manera que no hay objeto jurídico sobre el cual fallar y la decisión que se adopte resultará inocua. Se configura, entonces, la carencia actual de objeto por el hecho superado, dado que la reclamación se encuentra satisfecha, y así se declarará.

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 el fallo proferido el 18-02-2020 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal que amparó el derecho a la seguridad social de la señora Gloria I. Garzón O. frente a la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones.
2. MODIFICAR los numerales 2º y 3º para DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela contra todos los vinculados, incluidas, la Gerencia de Determinación de Derechos, la Dirección de Atención y Servicio, y la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones, por carecer de legitimación.
3. DECLARAR la carencia actual de objeto, por hecho superado.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. 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-037 de 2019, T-093 de 2019, T-172 de 2013, T-548 de 2011, T-890 de 2006 y SU-961 de 1999. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ. STC2701-2020, STC13404-2019,STC2154-2016 y STC10383-2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-065 de 2019, T-154 de 2018, T-572 de 2015 y T-600 de 2002. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. CC. T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-419 de 2015, T-008 de 2018 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-401 de 2017 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. CC. T-401 de 2017, también puede consultarse la T-246 de 2018. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-970 de 2014. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-011 de 2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. 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. [↑](#footnote-ref-15)