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 INCAPACIDADES MÉDICAS / ACCIONANTE FALLECIDO / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.**

Acude en esta oportunidad la señora Mena Mosquera, actuando como agente oficiosa de su cónyuge fallecido, con el propósito de que se le ordene a la Nueva EPS, pagarle una incapacidad de 20 días, durante los cuales estuvo hospitalizado en la Clínica San Rafael. (…)

… la jurisprudencia ha difundido desde antaño la improcedencia de la acción de tutela en favor de una persona ya fallecida:

“Al dar aplicación a los criterios expuestos, la Sala estima que, en el presente caso, no se dan los presupuestos propios de la agencia oficiosa en materia de tutela, pues el titular de los derechos pretendidos falleció con anterioridad al ejercicio de la acción, sin que existiera poder alguno de su parte, otorgado con anterioridad a dicho suceso…

“A lo anterior se agrega que, como ya se observó, la finalidad que persigue la acción de tutela es la de restablecer los derechos constitucionales conculcados, recuperando para su titular el goce efectivo o, así mismo, evitando se produzca su vulneración cuando se trata de una amenaza, cuya existencia física le permitirá al sujeto destinatario de las medidas de tutela, la protección de los consiguientes derechos solicitados. Así pues, el fallecimiento de la persona hace improcedente el amparo de los derechos por la vía tutelar, en relación con los derechos fundamentales que por su naturaleza son esenciales e inherentes a su condición humana.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA CIVIL - FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, octubre seis de dos mil veintiuno

Expediente: 66001311000320210025501

Acta: 477 del 6 de octubre de 2021

Sentencia: TSP. ST2-0331-2021

Procede la Sala a decidir la impugnación formulada contra la sentencia del 4 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Tercero de Familia local, en la presente acción de tutela promovida por **Birgelina Mena Mosquera,** *“como agente oficiosa y en representación de mi cónyuge Fall.* ***BALDOMERO RENTERIA MENA*** *Q.E.P.D”,* contra la **Nueva EPS**, a la que fueron vinculados, la sociedad **Muebles Albura S.A.S.** y la **Sociedad Comercializadora de Insumos y Servicios Médicos S.A.S.** **-Socimédicos S.A.S.-,** propietaria de la **IPS Clínica San Rafael.**

#### **ANTECEDENTES**

Contó la demandante, en síntesis, que su cónyuge laboró en Muebles Albura Ltda., desde el 20 de enero de 1994 hasta su fallecimiento el 13 de mayo de 2021.

Con el deceso de su esposo, quedó pendiente el pago de una incapacidad médica durante el periodo comprendido entre los días 24 de abril y 13 de mayo de 2021; por ello, elevó un derecho de petición a la IPS Clínica San Rafael el 29 de junio de este año, solicitando la expedición de la respectiva incapacidad.

Frente a ello, la IPS emitió una contestación el 16 de julio de 2021, informando que en las bases de datos no reposaban incapacidades en relación con el señor Mena Rentería, a pesar de que en la historia clínica está detallada la cronología de todo lo ocurrido desde su hospitalización el 24 de abril hasta su fallecimiento.

Pidió, entonces, ordenarle a la Nueva EPS el reconocimiento y pago de la incapacidad médica de su cónyuge, desde el 24 de abril, hasta el 13 de mayo de 2021.

El representante legal de Muebles Albura S.A.S. indicó que es deber de la Nueva EPS pagar la incapacidad médica causada durante el periodo de hospitalización del señor Mena Rentería.[[1]](#footnote-1)

Aparece una contestación de quien se presentó como *“Gerente de Recursos Humanos”* de la empresa Muebles Albura S.A.S., que no será tenida en cuenta, en consideración a que es inexistente un poder especial que faculte al libelista para representar a esa sociedad en este trámite.[[2]](#footnote-2)

La sociedad Socimédicos S.A.S., propietaria de la IPS Clínica San Rafael, se opuso a las pretensiones, dado que *“(…) la incapacidad médica solicitada en la acción de tutela, no se expidió, dado que la misma solo tiene lugar, posterior al tiempo en que el paciente estuvo internado en la institución. En concordancia, la incapacidad solo se expide en los días que el paciente requiere para su recuperación”;* explicó que, según el Ministerio de Salud, lo que corresponde expedir en este caso, es una certificación del periodo en que el paciente estuvo hospitalizado, y tal documento lo anexó a su contestación. Por lo expuesto, y al estimar que no hubo ninguna vulneración a las garantías constitucionales del paciente, solicitó declarar improcedente la protección.[[3]](#footnote-3)

La Nueva EPS, indicó que *“(…) no está legitimada para expedir incapacidades, por lo tanto, es el médico tratante que, en valoración médica, determina o no la expedición de incapacidades de acuerdo con el estado del paciente y por lo tanto, carece de sustento, el hecho de indicar que NUEVA EPS deba reconocer y pagar incapacidades cuando no han sido expedidas bajo la competencia autónoma y exclusiva del profesional de la salud”;* pidió negar las pretensiones de la demanda.[[4]](#footnote-4)

Sobrevino la sentencia de primer grado que declaró improcedente la acción de tutela, por una parte, porque la accionante carece de legitimación para agenciar oficiosamente la protección de los derechos fundamentales de su cónyuge fallecido, y por otra, porque no se acreditó que, por la falta de pago de la incapacidad deprecada, se viera afectado su mínimo vital.[[5]](#footnote-5)

Impugnó la actora para hacer énfasis en que, mientras su cónyuge estuvo hospitalizado *“estuvo privado de sus necesidades primarias básicas que le permitiera subsistir en los que no estaba laborando y que su núcleo familiar dependía de dichos ingresos para cubrir dichas necesidades a nivel de nuestro hogar”.* Agregó que es incomprensible que la EPS retenga los dineros de unas prestaciones sociales, con lo cual se configura un enriquecimiento sin causa. Reprochó que la obliguen a acudir a un proceso laboral, cuando es demorado y costoso.[[6]](#footnote-6)

**CONSIDERACIONES**

Desde 1991, con la entrada en vigencia de la Constitución Política, el constituyente incluyó en el derecho positivo nacional la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario destinado a la protección de los derechos fundamentales de las personas, por parte de los jueces, cuando quiera que ellos se hallen amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en ciertos eventos.

Acude en esta oportunidad la señora Mena Mosquera, actuando como agente oficiosa de su cónyuge fallecido, con el propósito de que se le ordene a la Nueva EPS, pagarle una incapacidad de 20 días, durante los cuales estuvo hospitalizado en la Clínica San Rafael.

De entrada, advierte la Sala el consenso con la sentencia de primera instancia, pues es palmaria la improcedencia de la demanda.

Primero que todo, la jurisprudencia ha difundido desde antaño la improcedencia de la acción de tutela en favor de una persona ya fallecida[[7]](#footnote-7):

Al dar aplicación a los criterios expuestos, la Sala estima que, en el presente caso, no se dan los presupuestos propios de la agencia oficiosa en materia de tutela, pues el titular de los derechos pretendidos falleció con anterioridad al ejercicio de la acción, sin que existiera poder alguno de su parte, otorgado con anterioridad a dicho suceso o proveniente de sus herederos, para el cabal ejercicio de la correspondiente acción en la defensa de los derechos fundamentales invocados.

A lo anterior se agrega que, como ya se observó, la finalidad que persigue la acción de tutela es la de restablecer los derechos constitucionales conculcados, recuperando para su titular el goce efectivo o, así mismo, evitando se produzca su vulneración cuando se trata de una amenaza, cuya existencia física le permitirá al sujeto destinatario de las medidas de tutela, la protección de los consiguientes derechos solicitados. Así pues, el fallecimiento de la persona hace improcedente el amparo de los derechos por la vía tutelar, en relación con los derechos fundamentales que por su naturaleza son esenciales e inherentes a su condición humana.

(…)

Es improcedente, en consecuencia, adentrarse en el análisis de la posible vulneración de las prerrogativas fundamentales del señor Baldomero Rentería Mena, si con la culminación de su existencia física, cesó también la necesidad de que se le garantice su goce. Más aún, dejó de ser titular de cualquier tipo de derechos subjetivos, por lo cual, no hay cómo aplicar la representación, sea judicial o legal.

Ahora bien, si se aceptara que la accionante busca la garantía de sus propios derechos, específicamente de su mínimo vital, posiblemente afectado por no contar con el dinero correspondiente al salario del periodo de inactividad de su esposo mientras estuvo hospitalizado, y ello a pesar de que ella fue enfática en decir que buscaba la protección de las garantías de su ex compañero, tendría que concluirse, sin mayores prolegómenos, que la tutela así planteada, también es improcedente porque se omitió acreditar que la falta de pago de la subvención, que ascendería a $605.684,oo según informó la impugnante, se tradujera en un perjuicio irremediable, en los términos que caracteriza a la doctrina constitucional[[8]](#footnote-8).

Para la Sala es diáfano, entonces, que no es la tutela, caracterizada por su residualidad (Núm. 1°, Art. 6° Dec. 2591/91), la acción llamada a zanjar la diferencia que se ha suscitado entre las entidades convocadas y la demandante, máxime porque nada se anunció sobre una situación calamitosa que obligara al juez constitucional a intervenir en dicha contienda y, por el contrario, quedó demostrado que la señora Mena Mosquera es beneficiaria de una pensión a cargo de Colpensiones de *“Sobrevivencia vitalicia riesgo común”[[9]](#footnote-9)*, lo cual da cimiento a la tesis planteada en primera instancia, que apunta a que su mínimo vital está a salvo, mientras se tramita el juicio ante la jurisdicción ordinaria, si es que decide incoar la respectiva demanda.

**DECISIÓN**

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, **Sala de Decisión Civil - Familia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **CONFIRMA** el fallo impugnado.

Notifíquese esta decisión a las partes y demás interesados, en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992; oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Documento 05., C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 06., C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 07., C. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 08., C. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 10., C. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 12., C. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-249/98. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre las características del perjuicio irremediable, pueden leerse recientes sentencias como la T-218-21 y la T-020-21 [↑](#footnote-ref-8)
9. Documento 01, C. 1. [↑](#footnote-ref-9)