

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicado: 005 **2020 – 00279** 00
Proceso: Acción de Tutela
Accionante: Elsa Milena Wilches Moreno
Accionada: Administradora Colombiana de Fondo de Pensiones -
Colpensiones y Nueva E.P.S.
Asunto: **SENTENCIA**

Superado el trámite que es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la Acción de Tutela señalada en la referencia.

ANTECEDENTES

1.- Sustento Fáctico.

Interpone la señora Elsa Milena Wilches Moreno, acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, fundado en los siguientes hechos:

1. Que tiene 26 años de edad y es madre de un menor de 8 años y se desempeña como auxiliar de servicios generales en la empresa Casa Limpia, devengando el salario mínimo.
2. Que el único ingreso con el que cuenta para para sufragar los gastos de su familia, proviene de su salario y en la actualidad del subsidio por incapacidad.
3. Que en febrero de 2019, sufrió un accidente, que le ocasionó las patologías denominadas “lumbago con ciática, ruptura traumática de

la muñeca y del codo, otros estados quirúrgicos especificados y fractura anterior de la epífisis y del radio”.

4. Que como consecuencia de lo anterior, se le han venido prescribiendo incapacidades por más de 540 días.
5. Que la Nueva EPS pagó los primeros 180 días de incapacidad.
6. Que las incapacidades posteriores al referido término han sido pagadas de manera parcial por parte de Colpensiones, argumentando que “provienen de un diagnóstico distinto”, desconociendo que corresponden a las mismas enfermedades causadas por el accidente, por lo cual el problema del fémur forma parte de las lesiones que le han venido tratando.
7. Que mediante comunicación de fecha 03 de junio de 2020, proveniente de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, se efectuó el pago de una parte de las incapacidades causadas y se negó el pago de las causadas del 30/10/2019 al 13/11/2019; del 14/11/2019 al 28/11/2019; del 05/01/2020 al 10/01/2020; del 27/01/2020 al 03/02/2020; del 11/01/2020 al 25/01/2020.
8. Que el 07 de julio de 2020, la EPS emitió un nuevo concepto de rehabilitación de favorable a desfavorable remitiendo el caso al fondo de pensiones para iniciar el proceso de pérdida de capacidad laboral.
9. Que desde el 27 de agosto de 2020, se cumplieron los 540 días de incapacidad, las cuales ya fueron remitidas a la Nueva EPS, sin embargo, tampoco se ha efectuado el pago.
10. Que requiere el pago de todas las incapacidades ya que son los únicos ingresos con los que cuenta para atender sus necesidades básicas.
11. Que no se trata de una enfermedad nueva, sino de lesiones ocasionadas por un accidente de trabajo, por tanto la controversia se debe resolver entre la EPS y el Fondo de Pensiones.

2.- La Petición.

Con miras a obtener la protección de las garantías superiores mencionadas, solicita:

PRIMERO: Tutelar mis derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, la vida en condiciones dignas, a la salud, a la Seguridad Social, a la dignidad humana y a la igualdad y demás derechos fundamentales que el señor encuéntreme están siendo vulnerados

SEGUNDO: Ordenar y disponer que el Nueva EPS y/o Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, proceda al reconocimiento y pago de todas y cada una de las incapacidades que han sido negadas, conforme a los oficios emitidos por dicha entidad.

TERCERO: Ordenar y disponer que la EPS o a quien corresponda el pago de las incapacidades posteriores a los 540 días, hasta que recupere mi estado de salud o en su defecto el médico tratante cierre el caso y me califiquen la pérdida de capacidad laboral.

CUARTO: Tutelar mis derechos que el señor juez establezca que han sido vulnerados por parte de las entidades accionadas

QUINTO: Ordenar y disponer que en lo sucesivo se abstengan de seguir vulnerando mis derechos.

3.- La Actuación.

La presente demanda de tutela fue admitida mediante providencia del once (11) de septiembre del año en curso, a través de la cual se dispuso oficiar a las accionadas, para que en el improrrogable término de un (1) día se pronunciaran acerca de los hechos, en los que se funda la solicitud de amparo.

Así mismo, se ordenó la vinculación al trámite de la tutela de Casa Limpia, IPS Exclusiva Viva Bogotá Sede Américas, Clínica Mederi y Seguros de Vida Suramericana,

4.- Intervenciones

Advierte el Despacho que se recibieron informes de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, de la Nueva EPS, Casa Limpia, SURA y la Clínica Mederi

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones informó:

Ante la existencia de un concepto de rehabilitación favorable, tal y como lo ha mencionado la accionante en su escrito de tutela, esta Administradora ha reconocido subsidio por incapacidades.

El 10 de julio de 2020 se ha emitido nuevo concepto de rehabilitación el cual ha sido desfavorable, por lo que no tendría lugar al reconocimiento del subsidio por incapacidades, de acuerdo al marco normativo legal.

Además, se evidencia cambio de diagnóstico, los cual no fueron informados por la EPS en el concepto de rehabilitación emitido.

Es por ello, que corresponde a la EPS el reconocimiento de dichas incapacidades, debido al cambio de diagnóstico. “

A su turno la Nueva EPS, hizo referencia al antecedente jurisprudencial que la Corte Constitucional ha decantado en cuanto al carácter residual de la acción de tutela, la responsabilidad en el pago de las incapacidades y la subsidiariedad de dicha acción.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Sea lo primero relieves la competencia de esta Juzgadora para conocer de la acción, dada su naturaleza; el lugar donde ocurrieron los hechos; y la propia escogencia genérica de la petente.

2.- Problema Jurídico.

Se circunscribe a determinar si la acción de tutela es la vía idónea para reclamar los pagos derivados de una incapacidad y de ser el caso a que entidad del Sistema General de Seguridad Social corresponde la liquidación y reconocimiento del subsidio correspondiente.

3.- Marco Constitucional.

Debe admitirse, así mismo, la procedibilidad de la queja en estudio en la medida que ella se refiere a aspectos denotados por nuestra Carta Magna como derecho constitucional fundamental, cuya violación se le imputa, entre otras, a Colpensiones, situación que encaja dentro de lo previsto en artículo 5º del Decreto Reglamentario 2591 de 1.991.

La tutela es un mecanismo de defensa de preceptos fundamentales, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, y ella procede frente a la violación o amenaza de estos derechos por parte de las autoridades públicas, bien por acción u omisión, y en algunos casos frente a particulares, cuando estos desempeñan funciones Administrativas; según el Decreto en cita, su naturaleza es residual o subsidiaria, ya que resulta improcedente, cuando el afectado tiene otros medios legales de defensa, salvo que para evitar un perjuicio irremediable solicite el amparo con el carácter de transitorio.

4.- El Mínimo Vital

Esta garantía entendida como la parte de los ingresos que destina una persona para cubrir sus necesidades básicas, ha sido protegido por la Corte Constitucional en diferentes dimensiones entre ellas el derecho que tiene a percibir las sumas correspondientes a los subsidios de incapacidad como garantía de su subsistencia mínima, en tal sentido se pronunció mediante sentencia T-025 de 2017 en los siguientes términos:

“Este problema ha sido resuelto afirmativamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Concretamente ha establecido que el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, independientemente de su origen, “constituye uno de aquellos emolumentos económicos y sociales destinados a sustituir el salario durante el periodo en que conforme lo

indiquen los médicos tratantes la persona debe permanecer inactiva por razones de salud debidamente certificadas”. El objeto de esta prestación es el de garantizar el derecho al mínimo vital del trabajador y su familia, así como los derechos a la salud y a la dignidad humana, y además, le permite a la persona enferma, recuperarse en un tiempo prudente y en condiciones óptimas de bienestar”

5.- Procedencia de la Acción de Tutela para Obtener el Pago de Incapacidades

Teniendo en cuenta el carácter residual de la acción de tutela ante la existencia de otros medios de defensa de los derechos invocados como vulnerados, la Corte Constitucional mediante sentencia T-008 de 2016 se pronunció en relación con la procedencia de la misma para obtener el pago de incapacidades laborales en los siguientes términos:

“El mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria. Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital. En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.”

6.- Análisis del caso concreto

6.1- Sea lo primero señalar que a juicio de este Estrado la tutela impetrada resulta procedente, en la medida en que, si bien, existen mecanismos ordinarios para la pretensión de pago del subsidio por incapacidades ante la jurisdicción ordinaria laboral, lo cierto es que tal como se manifestó en la narración fáctica de la tutela, la accionante tiene a su cargo a su hijo menor de edad y su única fuente de ingresos resulta ser su salario, afirmación que

no fue desvirtuada o rebatida por ninguna de las accionadas, pudiéndose con ello afectar o vulnerar su derechos al mínimo vital y móvil y a la vida digna.

6.2.- Ahora bien, descendiendo al caso objeto de estudio se precisa, que de acuerdo con el concepto de pronóstico de rehabilitación obrante a folio 30 del escrito de tutela y que data del 11 de junio de 2019, la accionante con ocasión del accidente sufrido, padece de las siguientes patologías:

CODIGO	DIAGNOSTICO
M-544	Lumbago con Ciatica
S-633	Ruptura Traumática de Ligamentos de la Muñeca y del Carpo
Z-988	Otros Estados Postquirúrgicos Especificados
S-526	Fractura de la Epifisis Inferior del Cubito y del Radio

6.3 Igualmente, con su respuesta la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, aportó otro concepto de pronóstico de rehabilitación, expedido el 10 de julio de 2020, determinando que el mismo era desfavorable respecto de los siguientes diagnósticos:

CODIGO	DIAGNOSTICO
S-729	Fractura del Fémur parte no especificada
S-328	Fractura de otras partes y de las no especificadas de la columna lumbar
S-526	Fractura de la Epifisis Inferior del Cubito y del Radio
Z-544	Convalecencia consecutiva a tratamiento de fractura
S-740	Traumatismo del nervio ciático a nivel de la cadera y del muslo.

6.4. En este orden de cosas, de las comunicaciones obrantes a folios 31 y 32 del escrito de tutela, remitidas a la accionante por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, fue negado a la accionante el pago de las siguientes incapacidades;

NUMERO	F. INICIO	F. FINAL	DIAGNOSTICO
6006927	21/04/2020	05/05/2020	S-729
5982607	20/03/2020	03/04/2020	S-729
5936700	05/03/2020	06/03/2020	S-729
5606294	30/10/2019	13/11/2019	S-729
5643944	14/11/2019	28/11/2019	S-729
5813577	05/01/2020	10/01/2020	S-729
5832398	27/01/2020	03/02/2020	T-931
5789703	11/01/2020	15/01/2020	S-729

6.5. Así las cosas, del material probatorio aquí analizado se desprende que el diagnostico que ha originado la prescripción de las incapacidades anteriormente relacionadas, corresponde al código S-729, esto es “*fractura del fémur parte no especificada*”, el cual tiene concepto desfavorable de rehabilitación, razón por la cual la AFP accionada niega su pago.

6.6. Respecto del particular, debe tenerse en cuenta que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 establece que “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.”, disposición que, si bien, en un principio podría pensarse condiciona el pago de los subsidios de incapacidad al trabajador enfermo, a la existencia de un concepto favorable de rehabilitación, lo cierto es que la misma ha sido modulada por la Corte Constitucional, a efectos de

garantizar sus derechos a la salud, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, dado que los prenotados subsidios constituyen el salario dejado de percibir al momento de la enfermedad y le permiten restablecer su estado de salud, sin el afán devengar los recursos de los que se deriva su sustento y el de su núcleo familiar.

6.7. En este orden de ideas, debe recordarse lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-020 de 2018, en los siguientes términos:

“El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así: "(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS. (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 (...)". (subrayas adicionadas por el despacho)

Igualmente, en sentencia T-246 de 2018 se refirió frente al particular así:

“En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación (...)

si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al

día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.”

6.8. De acuerdo con los apartes jurisprudenciales anteriormente referidos, resulta dable colegir, que la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, no puede excusarse en la existencia de un concepto desfavorable de rehabilitación, para sustraerse de la obligación de pagar los subsidios de incapacidad reclamados por la actora derivados de uno de los diagnósticos objeto de dicho concepto, como quiera que tal actuación, sin lugar a dudas, vulnera sus derechos fundamentales.

6.9. Ahora bien, en cuanto a la incapacidad No. 5832398 derivada del diagnóstico con código T-931, se tiene que tal diagnóstico no se encuentra incluido en los conceptos de pronóstico de rehabilitación aquí relacionados por tanto, su pago no le corresponde a la Administradora Colombiana de Pensiones, sino a la Nueva EPS, teniendo en cuenta además que de la certificación de incapacidades expedida por ésta última entidad, se desprende que esa incapacidad es la única que se ha extendido por tal concepto, por tanto, no hay lugar a colegir que se hubiesen cumplido los 180 días previstos por el legislador, para que su pago esté a cargo de la AFP.

7.0. De acuerdo con lo aquí expuesto, habrá de ordenarse que la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a liquidar y pagar a la señora Elsa Milena Wilches Moreno las siguientes incapacidades:

NUMERO	F. INICIO	F. FINAL
6006927	21/04/2020	05/05/2020
5982607	20/03/2020	03/04/2020
5936700	05/03/2020	06/03/2020
5606294	30/10/2019	13/11/2019
5643944	14/11/2019	28/11/2019
5813577	05/01/2020	10/01/2020

5789703	11/01/2020	15/01/2020
---------	------------	------------

7.1. Igualmente, se ordenará a la Nueva EPS, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a liquidar y pagar a la señora Elsa Milena Wilches Moreno la incapacidad No. 5832398 comprendida entre el 27/01/2020 y el 03/02/2020.

V. DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

1.- CONCEDER la solicitud de amparo formulada por la señora Elsa Milena Wilches Moreno, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

2.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a liquidar y pagar a la señora Elsa Milena Wilches Moreno las siguientes incapacidades:

NUMERO	F. INICIO	F. FINAL
6006927	21/04/2020	05/05/2020
5982607	20/03/2020	03/04/2020
5936700	05/03/2020	06/03/2020
5606294	30/10/2019	13/11/2019
5643944	14/11/2019	28/11/2019
5813577	05/01/2020	10/01/2020
5789703	11/01/2020	15/01/2020

3.- ORDENAR a la Nueva EPS, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a liquidar y pagar a la señora Elsa Milena Wilches Moreno la incapacidad No. 5832398 comprendida entre el 27/01/2020 y el 03/02/2020.

4. NOTIFICAR por el medio más expedito el contenido de esta providencia a todos los intervinientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

5.- CONTRA la presente providencia procede el recurso de impugnación ante el superior, dentro de los tres (3) días siguientes a su comunicación, en la forma prevenida en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

6.- DISPONER que si este fallo no es impugnado por Secretaría se remita la actuación de tutela a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA
JUEZA