

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.: 110013103038-2020-00245-00
DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ
DEMANDANDO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, FAMISANAR
E.P.S. y ADMINISTRADORA DE RIESGOS
LABORALES COLMENA – ARL COLMENA

ACCION DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.794.284 en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FAMISANAR E.P.S. y ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES COLMENA – ARL COLMENA, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud, dignidad humana e igualdad.

PETICIÓN Y FUNDAMENTOS

Para la protección de los mencionados derechos la accionante solicita:

"PRIMERA: *Con el fin de garantizar y restablecer los derechos fundamentales invocados en esta acción de tutela, se les ordene a las demandadas y/o a quien corresponda el pago de:*

(i) Las incapacidades ocasionadas desde el pasado 29 de enero de 2020 y hasta la fecha actual.

(ii) Todas aquellas incapacidades que puedan llegarse a ocasionar en razón de mi estado de salud y con posterioridad al fallo, en el término que establezca el Señor Juez, contado a partir de la Notificación del fallo de primera instancia.

SEGUNDO: *En subsidio de lo anterior, respetuosamente solicito al Juez de la República, ordenar todo lo que el despacho considere pertinente para*

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

garantizar el restablecimiento de mis derechos fundamentales ya mencionados.” (Sic).

Las anteriores pretensiones se fundan en los hechos que se compendian así:

Manifiesta la accionante que es una persona de 51 años, que se desempeñaba en servicios generales hasta el 7 de julio de 2019, fecha desde la cual no se encuentra laborando.

Agrega que su inactividad laboral se debe a que empezó a presentar un dolor fuerte y continuo en su hombro y brazo derecho, por lo que fue diagnosticada con síndrome de manguito rotatorio por parte de la E.P.S. FAMISANAR, entre otras enfermedades, razón por la cual sus incapacidades empezaron a ser frecuentes, por lo cual la E.P.S. el 20 de noviembre de 2019 emitió pronóstico de rehabilitación desfavorable.

Indica que a pesar de que el síndrome de manguito rotador puede curarse a través de cirugía, el 11 de septiembre de 2019 el ortopedista le informo que debe tener autorización por parte de Nefrología, Neumología y Cardiología para poder realizarla, pero por su estado de salud ningún especialista aprobó su cirugía.

Que el 29 de febrero de 2020 FAMISANAR E.P.S. realizo calificación de origen de su enfermedad, la cual califico de origen laboral, sin embargo, la ARL COLMENA, no se ha pronunciado, así como el 9 de junio de 2020 fue notificada del dictamen de perdida de capacidad laboral emitido por COLPENSIONES, quien determino perdida de capacidad labora del 33%, dictamen que se encuentra en controversia.

Aunado a lo anterior, informa que no ha podido regresar a su trabajo, y por tanto su único sustento es el pago de las incapacidades, pero que desde el 29 de enero de 2020 no ha vuelto a recibir el paga de las mismas, dado que FAMISANAR E.P.S. argumenta que debido a que su enfermedad se califico como de origen laboral, a quien le corresponde pagar dichas incapacidades a partir de ese momento es la ARL COLMENA, pero al realizar la petición ante la ARL, no ha realizado pago alguno, por su parte COLPENSIONES también se niega al pago; ya han pasado 7 meses sin percibir pago de incapacidad alguna,

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

por lo que considera se le están vulnerando sus derechos fundamentales invocados.

TRÁMITE

Repartida la presente acción a este Despacho Judicial, mediante proveído del 27 de agosto de 2020 se admitió y ordeno comunicar a las entidades accionadas la existencia del trámite, igualmente se les solicitó que en el término de un (1) día se pronunciaran sobre los hechos de esta tutela y de considerarlo procedente, realizaran un informe de los antecedentes del asunto y aportaran los documentos que consideraran necesarios para la resolución de esta acción.

En desarrollo del citado proveído, se notificó vía correo electrónico el 28 de agosto de 2020, a las accionadas.

CONTESTACIÓN

COLPENSIONES, indico que la accionante solicito reconocimiento de pago de incapacidades laborales, solicitud que fue resuelta a través de oficio BZ 2020 4471296-0945111, en la que entre otras cosas le indico que, revisado el expediente de la señora MARÍA DEL CARMEN se evidencia que a la fecha la EPS FAMISANAR le radico el Concepto de Rehabilitación - CRE indica que cuenta con pronostico laboral desfavorable bajo radicado 2019-16168235 del 2 de diciembre de 2019, que por existir este concepto se debe proceder a dar inicio al trámite de calificación de perdida de capacidad laboral, iniciado por la accionante, emitiendo dictamen de pérdida de capacidad laboral DML -4934 de 2020 del 7 de mayo de 2020, el cual se encuentra en proceso de notificación.

Igualmente, precisa que el pago de las incapacidades con diagnostico M 751, son competencia de la administradora ya que las mismas es de origen laboral, siendo competencia de la ARL a la cual se encuentra afiliada la accionante.

Agrega que el procedimiento interno llevado a cabo por esa entidad para el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad, es arduo y minucioso, se compone de cinco etapas cuyos tiempos entre una y otra varia de conformidad con las situaciones particulares de cada caso.

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, solicita se deniegue el amparo, por cuanto esa entidad no ha vulnerado derechos fundamentales de la accionante.

ARL COLMENA indica que el 16 de marzo de 2020 recibió dictamen emitido por la EPS Famisanar, calificando el síndrome manguito rotado derecho como de origen laboral, decisión contra la cual no estuvo de acuerdo por lo que presento su inconformidad el 3 de abril de 2020, pagando los honorarios ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, quien no ha emitido dictamen.

Agrega que la accionante el 22 de mayo de 2020 solicitó información frente al pago de incapacidades, la cual fue atendida el 3 de junio de 2020 indicándole que el pago de las incapacidades de la patología en controversia de origen, que le hayan sido expedidas posterior a la fecha de calificación en primera oportunidad, debe radicar las incapacidades transcritas, con la respectiva copia de la historia clínica de la fecha de expedición de la incapacidad y certificación de la EPS de las incapacidades remitidas y canceladas.

Por lo anterior, el 27 de julio de 2020 radica incapacidad de fecha 29 de enero de la misma anualidad, la cual se devuelve el 30 del mismo mes y año, indicándole que la incapacidad radicada fue expedida antes de la calificación de origen emitida por la EPS, por lo que debe radicar IT en la EPS para que allí realicen el trámite correspondiente, puesto que así está descrito en la norma.

Resalta que para el trámite de revisión y aprobación de incapacidades que sean emitidas por las patologías que emitió la EPS de afiliación como de origen laboral y se encuentren en controversia de origen, se pagaran las que provengan posterior al 29 de febrero, fecha que se expidió el dictamen de calificación, y que a la fecha no hay nuevas incapacidades radicadas ante esa entidad para revisión y trámite de las mismas.

Por lo que solicita se sirva desvincularla de la presente acción, toda vez que se evidencia que no existe ninguna vulneración por parte de esa aseguradora a los derechos deprecados por la accionante.

FAMISANAR E.P.S. indico que las pretensiones de la accionante corresponden al pago de incapacidades desde el 29 de enero de 2020 a la fecha, las cuales se encuentran en diagnóstico M 751 que corresponde Síndrome de Manguito

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

Rotador el cual se encuentra calificado como diagnostico Calificación de Origen Laboral.

Agrega que dicha entidad realizo el pago de incapacidades hasta el día 181, teniendo en cuenta que esto se realizó antes de la calificación de origen, por lo que informa, las incapacidades con las que cuenta a la fecha la accionante son, incapacidad continua del 23 de mayo de 2019 al 25 de agosto de 2020, un total de 424 días; cumpliéndose el día 180 el 24 de diciembre de 2019.

Por lo afirmado, señala que la accionante debe acudir a la ARL COLMENA y solicitar el pago de incapacidades derivado del diagnostico calificados como de origen laboral.

Afirma que no existe evidencia de vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, como quiera que ha actuado conforme a las normas establecidas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por o cual solicita la desvinculación de la presente acción.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo que refiere el presente expediente de tutela debe determinarse a quien le corresponde asumir el pago de la incapacidad de origen laboral y continua de la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.794.284 a partir del 29 de enero del año en curso hasta la fecha, para proteger sus derechos fundamentales invocados.

Sobre este respecto ha referido la Corte Constitucional en Sentencia T-140 -16 que:

"A pesar de que es claro el régimen que regula el pago de incapacidades según el origen de la enfermedad, puede suceder que en un caso concreto existan posiciones encontradas entre las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral en relación con el origen laboral o común de la enfermedad o el accidente y en consecuencia, sobre quién debe asumir las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho el afiliado por la afectación de su salud. En todo caso, para evitar que el afiliado se vea afectado por las discusiones que se generan al interior del sistema sobre el sujeto responsable, el ordenamiento jurídico ha dispuesto un procedimiento para determinar el origen de las contingencias, así como las reglas aplicables a las disputas entre las entidades por este motivo, asignando en todo caso, un responsable provisional mientras se llega a una decisión en firme por parte de las autoridades en la materia.

...

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

En este sentido, se tiene que la primera calificación del origen de la enfermedad o el accidente lo hacen las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral de tal manera que si alguna de las partes afectadas por este dictamen, bien sea el afiliado, el empleador o las mismas entidades del sistema, no están conformes con el contenido del mismo, deberán manifestar su inconformidad ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez en los términos establecidos por la mencionada norma. En el caso de las incapacidades temporales, a pesar de que el primer dictamen se encuentre bajo revisión de alguna de las juntas de calificación, la entidad a la que le correspondió el pago de las prestaciones económicas en primera instancia deberá continuar sufragando el costo de las mismas. En este sentido, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012 dispone que:

"El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral".

Por su parte, el parágrafo 4 del artículo 6 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001 establece:

"Cuando se haya determinado en primera instancia el origen de una contingencia, el pago de la incapacidad temporal deberá ser asumido por la entidad promotora de salud o administradora de riesgos profesionales respectiva, procediéndose a efectuar los reembolsos en la forma prevista por la normatividad vigente".

En este orden de ideas, la primera calificación del origen de la enfermedad será la que determinará quién es el responsable del pago de las incapacidades hasta que la misma sea revisada o modificada por la entidad, junta médica o autoridad judicial correspondiente, quedando el pago de estas prestaciones a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales en los casos de enfermedades o accidentes de origen laboral y en cabeza de la Entidades Promotoras de Salud y las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando las afectaciones a la salud del trabajador tengan un origen común. Lo anterior, sin perjuicio de los casos en los que no haya afiliación al sistema de seguridad social del individuo o exista mora en el pago de las cotizaciones, en donde deberá atenderse a los criterios jurisprudenciales relevantes sobre ausencia de cobertura y allanamiento a la mora para determinar si tales prestaciones quedan a cargo del empleador o del Sistema de Seguridad Social Integral."

Por lo que refiere la E.P.S FAMISANAR se pudo establecer que la accionante fue calificada con diagnóstico M 751 que corresponde – Síndrome de Manguito Rotador de origen laboral de fecha 29 de febrero de 2020, dictamen que fue objeto de recurso por la ARL COLMENA; sin embargo la Corte Constitucional en Sentencia T-008/18 señaló que el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida la pensión de invalidez.

Para el caso en estudio, la accionante cuenta con una incapacidad continua del 23 de mayo de 2019 al 25 de agosto de 2020, según afirma FAMISANAR E.P.S. en su contestación, además señala que cumplió con el pago del auxilio económico de las incapacidades generadas hasta el 24 de diciembre de 2019, correspondientes a los 180 días que por norma está obligado a cancelar.

La accionante refiere que no recibe el pago de las incapacidades generadas desde el 29 de enero de 2020 en adelante, lo que a su sentir afecta su situación económica y la de su familia, puesto que afirma no poseer otra fuente de ingreso distinta a la de su trabajo.

En consecuencia, de lo anterior, es procedente el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por medio de acción de tutela de conformidad con el Artículo 86 de la Constitución, pese a su carácter residual y subsidiario, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, cuando este emolumento constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, buscando la defensa derecho fundamental al mínimo vital.

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

El pago lo surtirá la ARL correspondiente "(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez".

Así mismo, en sentencia T-218 de 2018 la Corte Constitucional indico:

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

"De otra parte, esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención de la prestación económica que se deriva de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, puesto que deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así, la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.

59. En este sentido, las incapacidades permiten al trabajador asegurar un ingreso económico durante el período de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizarse su derecho al mínimo vital, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral."

Por lo que refiere la accionante, se evidencia el estado de debilidad manifiesta a ser su única fuente de sustento, tanto para ella como para su grupo familiar, lo devengado de su actividad laboral, a la que no se ha podido reincorporar dado a su actual estado de salud que la mantiene incapacitada completando más de 424 días continuos según lo manifestado por la EPS, elementos que conllevan a considerar que a la tutelante le asiste el derecho en el reconocimiento y pago de las incapacidades a partir del 29 de enero del año en curso.

Por tanto, y bajo las condiciones antes señaladas, para el caso de la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ, se aplicará lo ya indicado por la Corte Constitucional cuando tratándose de una incapacidad de enfermedad de origen laboral, hasta tanto no se emita el dictamen por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez; se otorgará de manera transitoria el amparo solicitado para la protección del derecho al mínimo vital de la accionante y quien deberá realizar el pago de la incapacidad reclamada es la ARL COLMENA a partir del día siguiente de la calificación de origen emitida por la E.P.S. con fecha 29 de febrero de 2020, hasta tanto se emita el dictamen por parte de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez o la Junta Nacional en caso de haber apelación.

Así mismo la E.P.S. FAMISANAR deberá realizar el pago de las incapacidades causadas desde el 29 de enero del año en curso hasta la fecha de expedición de la calificación de origen de la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ, por emitir el concepto de rehabilitación fuera del termino establecido para ello. (Artículo 142 Decreto Ley 19 de 2012).

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER transitoriamente el amparo solicitado por la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.794.284, de su derecho fundamental al mínimo vital.

SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) proceda a reconocer y pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.794.284, las incapacidades causadas a partir del 29 de enero de 2020 hasta el 29 de febrero de ese mismo año.

TERCERO: ORDENAR a la ARL COLMENA que en el término de cuarenta y ocho (48) proceda a reconocer y pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.794.284, las incapacidades causadas con posterioridad al 29 de febrero de 2020, hasta tanto se emita el dictamen por parte de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez o la Junta Nacional en caso de haber apelación.

CUARTO: REQUERIR a FAMISANAR E.P.S. y a la ARL COLMENA para que, a más tardar, vencido el término aquí concedido para el cumplimiento de este fallo, allegue la prueba demostrativa de tal cumplimiento.

QUINTO: ADVERTIR a FAMISANAR E.P.S. y a la ARL COLMENA, que el incumplimiento de este fallo genera consecuencias pecuniarias y privativas de la libertad para el responsable del desacato, según lo previsto en los artículos 52 y 53 del decreto 2591 de 1991.

SEXTO: ENTERAR a los extremos de esta acción, que contra la presente determinación procede la impugnación, ante la Sala Civil del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

SÉPTIMO: REMITIR esta actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado; lo anterior en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 31 del precitado decreto.

OCTAVO: NOTIFICAR el presente fallo por el medio más expedito, de tal manera que asegure su cumplimiento, tal como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ**

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D. C., once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.: 110013103038-2020-00245-00
DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ
DEMANDANDO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, FAMISANAR
E.P.S. y ADMINISTRADORA DE RIESGOS
LABORALES COLMENA – ARL COLMENA

ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA

En atención al informe secretarial que antecede, y en uso de la facultad contemplada en el artículo 286 del Código de General del Proceso, el Juzgado DISPONE:

PRIMERO: CORREGIR el numeral SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutive de la sentencia de tutela de proferida por este despacho el ocho (8) de septiembre de 2020, los cuales quedarán así:

"SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S. que, en un término no superior a 48 horas, seguidas a la notificación de este fallo; proceda a reconocer y pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.794.284, las incapacidades causadas a partir del 29 de enero de 2020 hasta el 29 de febrero de ese mismo año.

TERCERO: ORDENAR a la ARL COLMENA que, en un término no superior a 48 horas, seguidas a la notificación de este fallo; proceda a reconocer y pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN MORALES RUIZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.794.284, las incapacidades causadas con posterioridad al 29 de febrero de 2020, hasta tanto se emita el dictamen por parte de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez o la Junta Nacional en caso de haber apelación."

SEGUNDO: ADVERTIR a las partes que en lo demás en la sentencia objeto de corrección se mantiene incólume.

TERCERO: NOTIFICAR esta determinación a las partes por el medio más expedito, de tal manera que asegure su cumplimiento, tal como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE,

**CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ**