

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencia múltiple de Bogotá D.C.

Ref.: 2020-00317-00 ASUNTO: FALLO DE TUTELA

Bogotá D.C. tres (03) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Expediente N° 11001-41-89-005-2020-00317-00

**REF: ACCIÓN DE TUTELA de OSCAR MENDOZA GALEANO contra
EPS COMPENSAR / FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS
PROTECCIÓN**

Como quiera que el trámite propio de la instancia se encuentra agotado, procede el Despacho, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, a resolver la acción de tutela de la referencia. Dicha tarea se acometerá con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1.1 Aspectos fácticos

Se sintetizan en los siguientes términos:

PRIMERO: El día 14 de junio de 2019, alrededor de las 7:40 PM, a lo largo de la avenida Boyacá, Dirección CI-71 8447 881-77, existiendo una diligencia en desarrollo a cargo del agente de tránsito, el cual quedaba cerca a la Dirección de Policía, conocido como Pato Turquesa de propiedad de la Empresa Compensadora BLDA S.A., cuando en la vía se presentó un accidente vial donde un motociclista fue atropellado y arrollado por una motociclista, identificada con Placas Y83C-818.

SEGUNDO: Debido a la gravedad de la lesión sufrida por integridad física, fue trasladado de forma inmediata a través del servicio de ambulancia a las instalaciones de la Clínica Mediana para ser atendido por parte del médico de guardia del lugar, el cual, en primera instancia determinó que tenía una Fractura Cerrada Ceballos Cerrada sencilla sencilla de fractura de tibia y fémur de la Pierna Derecha, esto en atención al diagnóstico realizado por parte del traumatólogo, entre otros golpes y contusiones de gran severidad. Pidiendo la diligencia por parte del agente de tránsito de realizar un procedimiento de remoción y calceos inmediatos para lograr mantenerlo con vida.

TERCERO: Como consecuencia del accidente en referencia, se han generado las siguientes incapacidades:

1.2 Derechos Vulnerados

Haciendo uso del mecanismo señalado en el art. 86 de la Carta Política, solicita el accionante, el amparo de los derechos fundamentales a LA VIDA Y EL MÍNIMO VITAL Y MOVIL.

1.3. Pretensiones

En síntesis el accionante solicita que por medio de este mecanismo constitucional, le sean amparados los derechos precitados y se le ordene a las entidades accionadas FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, reconozca y pague las incapacidades desde el 20 de noviembre en adelante, se ordene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN o a la EPS COMPENSAR el pago de las incapacidades que se generen hasta la determinación de pérdida de capacidad laboral, finalmente ordenar al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN iniciar el trámite de pérdida de capacidad laboral respectivo.

1.4. Actuación Procesal

Tras disponerse el trámite de la acción correspondiente, mediante providencia del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), se admitió la presente acción de tutela, corriéndosele traslado de la misma a la accionada EPS COMPENSAR / FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PROTECCIÓN. Así mismo se ordenó vincular a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – ADRES y SECRETARIA DE SALUD. Para que ejercieran su derecho de defensa. La entidad accionada, dentro del término legal

URGENTE FALLO DE TUTELA 2020-00317-00

concedido por el Despacho para proceder a contestar la presente acción guardó silencio FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PROTECCIÓN.

Ante la omisión de contestar, sería del caso entrar a darle aplicación a lo preceptuado en el Art. 20 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que se podría tener la conducta de la entidad accionada, como una omisión, sin embargo, pertinente resulta, entrar a analizar si efectivamente fueron vulnerados los derechos fundamentales invocados por la accionante.

En respuesta allegada por el Ministerio de Salud y Protección Social atendiendo la vinculación realizada por el Despacho responde enunciando que:

- Se notifica la acción de tutela de la referencia con la que la accionante solicita a través de este mecanismo constitucional, solicita se le proteja los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, a la vida, la salud y la dignidad, presuntamente vulnerados por la entidad de la referencia peticionando se le reconozca la prestación económica derivada de una licencia de maternidad, que le fue expedida por el médico tratante en su totalidad o proporción.
- Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "la acción de tutela es improcedente para proteger derechos de rango legal, pues para obtener su protección, existen medios ordinarios de defensa judiciales. **En este sentido, la jurisprudencia Constitucional ha sido clara en indicar que la acción de tutela no está diseñada para declarar derechos litigiosos, menos aun cuando de éstos se predica su carácter legal o patrimonial."**1. **(Negrita y subrayado fuera de texto)**

Así pues, debe recordarse que si surge entre el cotizante y su EPS una controversia por el reconocimiento de incapacidades, la misma debe ser dirimida por la Superintendencia Nacional de Salud, dentro de las funciones jurisdiccionales que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 le concediera para tal efecto.

Vale recordar en último lugar que las incapacidades han de ser reconocidas, ya sea por la Empresa Prestadora de Salud, el Fondo de Pensiones y Cesantías o por la Administradora de Riesgos Profesionales, según sea el caso.

Ha manifestado ya la Honorable Corte Constitucional, Sentencia T-786 de 2010 que:

"Como se advierte, el FOSYGA se crea como una subcuenta de compensación sobre la cual puede repetir las Entidades Prestadoras de Salud que asuman obligaciones que exceden las estipuladas contractual y legalmente. Por tanto, la posibilidad de recobro se encuentra supeditada a que las entidades obligadas a compensar estén en un escenario en el que la prestación requerida esté expresamente excluida del Plan Obligatorio de Salud.

8. En lo que respecta a las incapacidades laborales, estas se encuentran expresamente reconocidas por en el artículo 206 de la ley 100 de 1993 (supra 5), y de conformidad con lo establecido por los Decretos 1804 de 1999 y 783 de 2000, el reconocimiento de los prestaciones derivadas de incapacidad laboral es una obligación de carácter legal que recae sobre las Entidades Prestadoras de Salud, por cuyo reconocimiento y pago las EPS no se puede solicitar ningún tipo compensación o reembolso por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía

No se puede considerar que cuando una EPS asume el pago de una incapacidad laboral, el equilibrio financiero del sistema se ve afectado, por cuanto los afiliados al régimen contributivo tienen derecho a recibir dentro del Plan Obligatorio de Salud el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general, y a su vez, las EPS tienen el deber legal de asumir dichas prestaciones."

- No es loable que el juez de tutela excluya a las EPS de la responsabilidad de cancelar las incapacidades pues es un deber legal de estas, como se ha dicho, y si se le cargara tal injustificada responsabilidad al ADRES se

atentaría contra principios como el de Legalidad y Buena Fe en el Gasto Público, los cuales ha de tener cuenta en la decisión a proferir.

- Por lo expuesto, solicito se exonere al Ministerio de Salud y Protección Social – ADRES de todas las responsabilidades que se le endilgan dentro de la acción de tutela de la referencia.

De igual forma se pronuncia la Secretaria de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, concordando en las afirmaciones del Ministerio de Salud y Protección Social, reiterando además que:

- Corresponde a la (sic) **EPS COMPENSAR** la evaluación de los documentos aportados por el accionante para el pago de las incapacidades, ya que si bien el auxilio por incapacidad es reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual, de conformidad con el literal b) del artículo 287 del Decreto 806 de 1998 expedido por el Presidente de la República, también es cierto que para su reconocimiento se requiere que el afiliado haya cotizado como mínimo durante cuatro (4) semanas anteriores a la fecha de causación del derecho de conformidad con el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015.
- Así las cosas, es responsabilidad de la **EPS COMPENSAR** el pago de las incapacidades, por lo cual solicito requerir a **ARL EQUIDAD SEGUROS**, para que demuestre el trámite efectuado para el reconocimiento de las incapacidades a la accionante y explique las razones por las cuales no ha procedido a reconocer y cancelar la incapacidad.
- En este sentido es obligación de **EPS COMPENSAR** asumir el pago de las incapacidades generadas a la usuaria hasta la fecha en que se emita el concepto de rehabilitación aun cuando se hayan sobrepasado los 540 días de incapacidad, pues así lo dispone el artículo 67 de la ley 1753 de 2015.

Pertinente resulta, entrar a analizar si efectivamente fueron vulnerados los derechos fundamentales invocados por la accionante.

1.5. Elementos de juicio

La accionante adjuntó a su escrito de tutela, los siguientes documentos:

- Copia Simple conceptos médicos, contrato de trabajo, extracto de semanas cotizadas (fols. 14 al 79)
- Escrito de tutela (fols. 1 a 13)

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Al tenor del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, resulta este Despacho competente para conocer de la presente acción de tutela, pues de conformidad con el inciso 3° del numeral 1° de dicha norma, las acciones de este linaje, interpuestas en contra de los particulares, son de conocimiento en primera instancia de los Jueces Municipales. La misma competencia es diferida en

tratándose de solicitudes de amparo elevadas contra de entidades del orden municipal o distrital.

2. Finalidad del amparo constitucional.

Por conocida se tiene la finalidad del amparo constitucional, en cuanto mecanismo de origen superior y estirpe excepcional, que se encuentra al alcance de toda persona cuando observa que sus derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por parte de las autoridades, o de los particulares, pero en los casos taxativamente señalados por la ley.

3. Del objeto de la presente acción de tutela.

Acudió la actora al excepcional mecanismo de protección en orden a que le sean amparados los derechos arriba referidos y se le ordene a la ordene a la EPS accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, reconozca y pague las incapacidades desde el 20 de noviembre en adelante, se ordene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN o a la EPS COMPENSAR el pago de las incapacidades que se generen hasta la determinación de pérdida de capacidad laboral, finalmente ordenar al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN iniciar el trámite de pérdida de capacidad laboral respectivo.

4. Sobre el derecho a la salud en conexidad con la vida.

El derecho a la salud, comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener tanto la normalidad orgánica como la funcional, tanto física como psíquica y psicosomática, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de la persona, lo cual implica una acción de conservación y de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo.

En este sentido, el alto Tribunal Constitucional ha señalado además que *"la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo"*. La jurisprudencia se ha caracterizado por su perfil garantista, asentando claros sus criterios entorno a éste particular; en Sentencia T-645 de 1996, M. P., Dr. Alejandro Martínez Caballero, la Corte sostuvo lo siguiente:

"Debe aclararse, como también se hizo en las sentencias relacionadas, que el concepto de Vida al que se ha hecho referencia, supone un derecho constitucional fundamental no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima afectación posible del cuerpo y del espíritu".

Es por lo anterior, que tanto la vida como la salud deben ser vistas como prerrogativas máximas, cuya observancia resalta una carácter único, más no separado, es decir, que no podría estimarse la Vida Digna sin la garantía previa de una salud e integridad correlativas, siendo del caso que la fundamentabilidad de tales derechos deba reconocerse como un todo, en el cual sea la Vida la piedra angular sobre la cual se soporta la existencia digna de la persona.

4.1. Ahora bien, y en atención a la respuesta allegada por La Secretaria de Salud y demás vinculadas, resulta dable colegir que las incapacidades deben ser asumidas por la EPS esto siempre y cuando no hubiese actuado con diligencia

y no hubiere notificado al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN, el concepto pérdida de capacidad laboral mayor al 50% de la accionante, sin embargo, dicho concepto no es acreditado en la presente acción.

Lo anterior traslada la responsabilidad a la varias veces citada EPS de asumir el pago de las incapacidades que se llegaren a generar después del día 180, claro está, que dicho trámite también es de interés y responsabilidad del aquí accionante, pues la estructura administrativa se pone en marcha con la asistencia personal del interesado en el Fondo de Pensiones y Cesantías, no de oficio, los trámites administrativos necesarios mancomunadamente con Protección, para que sea esta quien continúe con el subsidio económico que ha dejado de percibir y que en los sucesivos se llegue a indicar por el médico tratante, bajo los preceptos de la ley 1753 de 2015, sin embargo, lo único que ha recibido de la administradora de sus fondos es negativas y trabas, ahora citando a otra entidad para que asuma el "siniestro" de la accionante.

4.2 Conforme la respuesta emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la EPS accionada tiene la responsabilidad de cumplir los trámites administrativos para el caso concreto, esto es, pagar y reportar los primeros 180 días de incapacidad de manera clara para que Protección pueda entrar a pagar las incapacidades que se lleguen a generar en adelante, quiero decir desde el día 181 y hasta el día 540, pasados estos días sin solución definitiva para la accionada nuevamente entraría la EPS accionada a cancelar las incapacidades superiores a los 541 días, lo que no es admisible para este fallador es el actuar cómodo, desentendido y pasivo de la entidad accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN** la cual tiene la obligación de amparar a las personas que así lo requieran y por el contrario le den trabas administrativas en vez de soluciones proteccionistas.

Es por ello, que es procedente la protección de los derechos fundamentales del accionado, pues la violación de su mínimo vital es más que evidente, como el actuar de la EPS ha sido diligente incluso demuestra en el plenario que ha pagado al empleador del accionante incapacidades incluso hasta febrero de 2020, lo que recae tanto para el accionante como para el fondo confirmar los trámites a seguir para el reconocimiento y pago de las incapacidades que sigan generando el médico tratante del accionante, pues como indica la EPS el accionante no ha radicado nuevas incapacidades para que sean reconocidas por ella, en este caso el accionante debe actuar de manera diligente y solicitar el pago de dichas incapacidades al responsable de ese pago en este momento esto es el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN desde el día 181 hasta el día 540.**

No resta decir que la **EPS SALUD TOTAL** tiene la obligación de reportar al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN** las fechas y los pagos de las incapacidades reconocidas y pagar dichas incapacidades hasta el día 180, a fin de que el **PROTECCIÓN**, no rechace por falta de requisitos o documentación incompleta la solicitud de reconocimiento de las incapacidades del día 181 al 540, o si así el fondo debe dar inicio al trámite de pérdida de capacidad laboral del señor **OSCAR MENDOZA GALEANO de manera inmediata**, para confirmar si tiene o no derecho de iniciar un trámite de pensión de invalidez, de igual forma se rememora a las accionadas que en adelante si fuere el caso nuevamente la EPS deberá reconocer las incapacidades superiores a esos 540 días, sino se le da una solución definitiva a la pérdida de capacidad laboral y posterior si es del caso de pensión de invalidez, si se le sigue incapacitando por su médico tratante, por tal motivo es más que procedente el amparar por la vía de tutela los derechos vulnerados al aquí accionante.

Por las consideraciones anteriores, se concederá la protección constitucional a la accionante y se ordenará a la **FONDO DE PENSIONES Y**

CESANTIAS PROTECCIÓN accionada a reconocer y pagar las incapacidades faltantes, esto de los meses de febrero de 2020 en adelante en el término de cuarenta y ocho (48) horas, informándose de manera inmediata entre accionados, las fechas exactas de los pagos reconocidos en incapacidades desde el día 1 hasta el día 180, para no incurrir en presuntos dobles pagos de los mismo periodos, de igual forma **EPS COMPENSAR** debe continuar con los tratamientos integrales para la superación de las enfermedades que padece la accionante, conforme las directrices impartidas por el médico tratante.

Respecto a las pretensiones de iniciar el trámite de pérdida de capacidad laboral respectivo, este fallador ordenara al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN** para que se pronuncie frente a dicha calificación en el término de 5 días contados a partir de la notificación del presente acción constitucional.

En ese orden de ideas, el Despacho concluye que es procedente amparar, los derechos fundamentales a la salud, el mínimo vital y a la vida en desarrollo del decreto 2591 de 1991 y la Ley 1751 de 2015, pues se cumplen los requisitos para ello de acuerdo a las consideraciones hechas anteriormente.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,



Rama Judicial
RESUELVE:
Consejo Superior de la Judicatura

PRIMERO: CONCEDER, por las razones dadas, la tutela presentada por **OSCAR MENDOZA GALEANO** contra **EPS COMPENSAR / FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PROTECCIÓN**

SEGUNDO: ORDENAR a la accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN**, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de éste fallo, proceda a reconocer y pagar las incapacidades faltantes, esto desde febrero 2020 en adelante hasta el día 540 si fuere el caso, informándose de manera inmediata entre accionados, las fechas exactas de los pagos reconocidos en incapacidades desde el día 1 hasta el día 180, para no incurrir en presuntos dobles pagos de los mismo periodos.

TERCERO: ORDENAR a la accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN**, que dentro del término de cinco (05) días a partir de la notificación de éste fallo, proceda a iniciar el trámite de pérdida de capacidad laboral respectivo solicitado por la accionante en la presente acción constitucional.

CUARTO: Respecto a las entidades vinculadas por el Despacho de manera oficiosa, Secretaría Distrital de Salud, Superintendencia de Salud, Ministerio de Salud y la Protección Social, y Adres, Medimas, Arl Seguros De Vida Colpatria, Afp Colpensiones se ordena su desvinculación de la presente acción.

QUINTO: Si el presente fallo no fuere impugnado conforme el Art. 32 del Decreto 2591 REMÍTASE a la Corte Constitucional para su eventual revisión. **OFICIESE.**

SEXTO: **NOTIFÍQUESE** por el medio más **expedito y eficaz** a las partes y a las vinculadas. **OFICIESE.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NESTOR ALEXIS FUENTES RODRIGUEZ
JUEZ.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia