

REPUBLICA DE COLOMBIA  
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA

Magistrado Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Decisión discutida y aprobada según Acta No. 024

Barranquilla, D.E.I.P., veintiséis (26) de Marzo de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO.**

Se decide la impugnación presentada por la accionada Nueva EPS contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado Octavo de Familia de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Carmen Elena Mendoza Hernández contra la Nueva EPS y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al Mínimo Vital.

**ANTECEDENTES**

1. HECHOS:

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción, pueden ser expuestos así:

1. Que la señora Carmen Eliana Mendoza Hernández, es adulta mayor y labora como madre comunitaria, afiliada a la Nueva EPS, perteneciente al régimen contributivo.
2. Fue intervenida quirúrgicamente por presentar en el año 2010 cáncer de vejiga urinaria, y tras la operación, objeto de quimioterapias que fueron realizadas en la zona afectada, que desembocó en una incontinencia urinaria, produciendo la necesidad de realizar una dilatación de vejiga. Luego de haber sido intervenida nuevamente, comenzó a presentar fuertes dolores abdominales, realizándose estudios para descubrir lo que ocasionada ello.
3. En Junta Médica se determinó que presentaba obstrucción intestinal, viéndose en la obligación de ser intervenida quirúrgicamente, cortándose 40 ms de intestino, y realizándose una colostomía con una duración de seis (6) años. De dicho procedimiento paso de la Unidad de Cuidados Intensivos por padecer de una peritonitis crónica, durante su estadía en dicha unidad le efectuaron 3 lavados quirúrgicos como consecuencia de habersele cerrado el abdomen por el desarrollo de un cuadro infeccioso interno. Que los músculos de su abdomen no han sido cocidos, solo la piel superficialmente bajo la recomendación médica de usar faja permanente, encontrándose en constante riesgo por la realización de algún movimiento o esfuerzo.
4. Teniendo en cuenta que la patología ha aumentado, el 13 de octubre de 2019 ingreso por urgencia para ser intervenida, debido a que, previa bioxia, se le diagnosticó nuevamente Cáncer de vejiga, por lo que el 15 de enero de 2020 se

dirigió a la nueva EPS, para recibir valoración médica con oncología, siendo remitida a la Organización Clínica Bonnadona Prevenir, para recibir el respectivo tratamiento y estipular controles médicos de chequeo.

5. Que la Nueva EPS, le niega el pago de la última incapacidad iniciada el 10 de octubre de 2019, aduciendo que Colpensiones es la que debe Cancelar la misma Perdida de capacidad laboral y rehabilitación desfavorable.
6. El tiempo que ha estado incapacitada de gozar de devengar su salario.

### **PRETENSIONES:**

Solicita la accionante que se le conceda el amparo, y se ordene a la Nueva EPS realice el pago de la incapacidad médica.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

El conocimiento de la presente acción de tutela correspondió al Juzgado Octavo de Familia Oral de Barranquilla, quien dispuso por auto de fecha 28 de enero de 2020 su admisión en contra de la Nueva EPS y Colpensiones, para que dentro del término de 48 horas (2) días rindan informe sobre los hechos que motivan la presente acción de tutela. Así mismo, se Vinculó al Gerente Nacional de Nóminas de Colpensiones Dra. Doris Patarroyo Patarroyo, Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones, Dra. Paula Marcela Cardona Ruiz, Gerente Nacional de Reconocimiento Dr. Luis Fernando Ucros Velásquez Vicepresidente Jurídico Y Secretario General Dr. Mario Fidel Rodríguez Narváez.

Recibiéndose el informe de Colpensiones del 31 de enero. Surtido lo anterior, se profirió sentencia el 14 de Febrero de 2020 en la que se Concedió el Amparo Solicitado a cargo de la Nueva EPS, decisión que fue impugnada oportunamente por la accionada, que fue concedida en auto de fecha 21 de Febrero del 2020.

### **CONSIDERACIONES DE LA A-QUO**

La A quo indica que, de la documentación arrimada al expediente, no se desprende que la incapacidad reclamada en sede de tutela, hubiere sido concedida con posterioridad al día 180 de las incapacidades temporales para efectos de que no le correspondiere su pago a la E.P.S si no que debería asumirla la Administradora De Fondos De Pensiones.

Así mismo, solo hasta el 3 de enero de la presente anualidad, es que la Nueva E.P.S, le pone en conocimiento a Colpensiones el concepto de rehabilitación desfavorable de la actora, por lo que no se presume que con anterioridad a dicha fecha, se hubieren cumplido en su totalidad los 180 días, para que resultare imputable a esta ultima el pago de la licencia reclamada, o que dicha E.P.S, hubiere emitido concepto de rehabilitación – sea- favorable o desfavorable, antes del día 120 de la incapacidad temporal y efectuó su remisión a a administradora del fondo pensional correspondiente, antes del día 150, de lo contrario le competaría a la E.P.S pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva

incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prologue más allá de los 180 días.

### **ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE**

En el escrito de impugnación expresa que la incapacidad 5579810 emitida a nombre de la accionante fue solicitada para pago por la aportante FUNDACION REY DAVID con el NIT 802018138 a través del portal WED, donde le dieron respuesta al correo [meryg-26@hotmail.com](mailto:meryg-26@hotmail.com).

Donde se les informó se le informó que durante el seguimiento que se realizó a la accionante, la nueva E.P.S, pudo establecer que no se le reconociera las prestaciones económicas objetivo de su solicitud, debido a que el afiliado presentaba concepto desfavorable de rehabilitación, por lo se le indicó que realizaran el trámite para el reconocimiento de la pensión por invalidez, que se trata del mero recobro de una prestación económica.

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo a atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de éste no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia del mismo, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Por ello, para entrar a resolver sobre la procedencia del amparo solicitado se hace necesario considerar diez aspectos en cada caso concreto:

1. La legitimidad en causa activa en el peticionario, a fin de establecer si tiene o no la titularidad del derecho que invoca.
2. La legitimación en causa pasiva de quien resulta ser accionado.
3. Que el derecho en mención, tenga el carácter de "constitucional fundamental".

4. Que no exista un medio ordinario de defensa judicial de esos derechos que pueda utilizar, a menos que se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o,
5. Que habiendo existido ese medio ordinario de defensa judicial de esos derechos, el accionante no hubiera sido remiso o negligente en su utilización.
6. Que se trata de un acto u omisión arbitrario e injusto,
7. Que no se esté en presencia de un daño ya consumado,
8. Que no se hubiera producido la cesación de la actividad o de las omisiones que vulneraban o ponían en peligro el derecho de los accionantes, antes de proferir la sentencia correspondiente,
9. Que se interponga dentro de un plazo justo y razonable.
10. Que la decisión cuestionada no sea una sentencia de una acción de tutela anterior.

### **CASO CONCRETO**

En el caso de estudio pretende la señora Carmen Elena Mendoza Hernández que se le tutele, en forma definitiva, sus derechos fundamentales vulnerados y en consecuencia se le ordene a la Nueva E.P.S que le reconozca el pago de una incapacidad médica del 10/10/2019 hasta el 08/11/2019.

Si bien la accionante indica en los hechos de su memorial unas situaciones en su estado de salud de varios años, desde que fue diagnosticada en el año 2010 como con Cáncer de Vejiga, no se extrae de esa redacción la circunstancia de que se encuentre incapacitada en forma permanente a causa de ese padecimiento, solo relata que el 13 de octubre de 2019 ingresó por urgencias para una intervención quirúrgica.

Presentada la presente acción en enero 21 de 2020, no se menciona que la accionante siga incapacitada, no se hace referencia a que se le hubieran concedido otras incapacidades con posterioridad al 8 de noviembre de 2019, debiéndose entender que luego de ello se reintegró a sus labores.

Se reconoce que pertenece como cotizante al renglón contributivo de la Salud; en el cual se encuentra activa de lo que se aprecia en la información de página Web de la ADRES y ello coincide con la planteado por la Nueva EPS en el sentido que no fue la accionante quien solicitó el pago de dicha incapacidad sino su patrono la Fundación Rey David.

El concepto del Ministerio de Salud Radicado No.: 201711601624791, Fecha: 18-08-2017, concluye:

“Teniendo en cuenta la previsión normativa del artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, donde se establece que el empleador tiene el derecho de solicitar a las EPS el reembolso del pago de las prestaciones económicas y conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes reseñada, es dable concluir que la incapacidad tiene por objeto suplir el salario del trabajador que ha sido incapacitado, razón por la que resulta lógico que en cumplimiento de dicha premisa, sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad, para

que luego sea reconocida a este por la respectiva EPS, en los términos de lo previsto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016.

En este orden de ideas y frente a lo consultado, debe entenderse que continúa en cabeza del empleador la obligación de realizar el pago de las incapacidades de sus trabajadores, para luego realizar el cobro a la EPS respectiva, conforme al procedimiento del artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016.”

En ese orden de ideas, debe considerarse que en el caso presente, no se encuentra acreditada la circunstancia de que se le esté afectando el mínimo vital de la accionante por no estar en capacidad de percibir un salario ante un estado de incapacidad permanente, que es lo que permite que excepcionalmente se resuelva sobre la orden del pago de esa prestación económica a través del mecanismo excepcional y subsidiario de la Acción de tutela. Por lo pertinente es de revocar la decisión de la A Quo con respecto a la Nueva EPS, manteniendo su negativa con respecto a Colpensiones.

En mérito de lo expuesto anteriormente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en Sala Segunda de Decisión Civil Familia, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

### **RESUELVE**

**PRIMERO.** Revocar la sentencia emitida por el Juzgado Octavo de Familia Oral del Circuito de Barranquilla, el día 14 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído y en su lugar se dispone:

Negar por improcedente la acción de tutela instaurada por Carmen Elena Mendoza Hernández en contra de la Nueva EPS y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

**SEGUNDO.** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**TERCERO.** Notifíquesele a las partes, intervinientes y a la Funcionaria de primera instancia, la presente decisión por telegrama o cualquier otro medio expedito y eficaz posible.

(Aprobado)

ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES

CARMIÑA ELENA GONZÁLEZ ORTIZ

(En Licencia)

(Aprobado)

JORGE MAYA CARDONA