República de Colombia

Rama Judicial

JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C

ACCIONANTE: SANDRA MILENA VILLAREAL CAICEDO.
ACCIONADO: NUEVA EPS Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
RADICACIÓN: 110013105030-2021-00526-00.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO POR DECIDIR

Procede el Despacho a pronunciarse de fondo respecto de la Acción de Tutela incoada por la señora SANDRA MILENA VILLAREAL CAICEDO, identificada con la C.C. No. 52.283.263, contra la NUEVA EPS y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, vida digna e integridad.

Lo anterior, de conformidad con la decisión proferida por el H. Tribunal Superior de Distrito judicial de Bogotá mediante providencia del 10 de marzo de 2022, por medio de la cual DECRETÓ la NULIDAD de todo lo actuado en el presente asunto a partir del auto admisorio de fecha 23 de noviembre de 2021, inclusive, ordenando que se integrara al empleador de la accionante, COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A.S., en razón a que dicha empresa podía salir afectada con las resultas de esta sentencia, dejando la claridad de que las pruebas allegadas al expediente mantienen su plena validez.

Para el efecto, se tendrán como hechos relevantes, los mismos expuestos por la accionante en el escrito de tutela inicial, adicionado lo manifestado mediante correo electrónico de fecha 27 de abril de 2022.

1. ANTECEDENTES

1.1. Señala la accionante que el 11 de diciembre de 2019, fue diagnosticada con: *"M751, M755 BURSITIS DE HOMBRO DERECHO, SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR DERECHO."*, y que por tales patologías ha sido incapacitada desde el 2019.

1.2. Que la Nueva EPS pagó desde el 2019 y hasta que cumplió el día 180 de incapacidad y posteriormente Colfondos pago hasta el día 540, es decir, hasta el 20 de junio de 2021.

1.3. Que el día 27 de febrero de 2020 el empleador COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A., le comunicó la remisión del concepto de rehabilitación de fecha 25 de febrero con resultado favorable expedido por la NUEVA EPS a la AFP COLFONDOS para que le fuera definido el pago de las incapacidades a partir del día 181 *"(si llegare a superarlo y le sea establecido el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional PCLO)"* y la fecha de estructuración de la misma, conforme lo establece la ley para efectos de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y que desconociendo tal concepto, ya que el mismo le fue entregado el 5 de octubre de 2021 por la NUEVA EPS, al reclamar las razones por las cuales no se le estaban pagando las incapacidades, siendo que tiene fecha de recibo en COLFONDOS el 4 de marzo de 2020.

1.4. Que, el día 7 de mayo de 2020, COLFONDOS le remitió solicitud con número de radicado 200505-000802 para que allegara la documentación pertinente para dar inicio al pago de incapacidades considerando que era una enfermedad común, mismos que fueron adjuntados y por ello la AFP le efectuó el pago de tales incapacidades hasta el mes de junio de 2021.

1.5. Señala accionante que fue incapacitada hasta el 24 de septiembre de 2021 y luego, con ocasión de cita con médico especialista fue nuevamente incapacitada el 13 de octubre de 2021 y así sucesivamente cada 15 días, especialista que también le generó la orden medica No. 7000016274 del 19/10/2021, ya autorizada, para la práctica de una RESONANCIA MAGNÉTICA DE ARTICULACIONES DE MIEMBRO SUPERIOR en el INSTITUO ROOSEVELT, el cual se encuentra programado desde el año 2019 pero que con ocasión a la pandemia

generada por el virus Covid-19, se le agendó nuevamente para el mes de enero de 2022, examen que es necesario para adelantar el procedimiento quirúrgico y ser nuevamente valorada y calificada para determinar la pérdida de capacidad laboral.

1.6. Que actualmente se encuentra incapacidad y el empleador no le recibe por el diagnóstico y el tratamiento médico en el que se encuentra, lo que le ha impedido generar ingresos económicos para su sustento, aunado en que se encuentra en mora del pago de las cuotas de la casa por falta del pago de las incapacidades.

1.7. Que desde el mes de junio de 2021, tanto LA NUEVA EPS como COLFONDOS se remiten el pago de las incapacidades entre una y otra sin que ninguna efectúe el respectivo pago.

1.8. Que el 5 de octubre de 2021, la NUEVA EPS en respuesta con radicado NEPS 1727670 se le indicó a la accionante que quien debe pagar las incapacidades es el fondo de pensiones y que solo la EPS se limita a emitir el concepto de rehabilitación, sin poder determinar a quién corresponde el pago de las incapacidades reclamadas.

1.9. Que con la omisión por parte de las entidades accionadas frente al pago de las incapacidades, se le están vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, vida digna, entre otros, por consiguiente, solicita que tales derechos le sean amparados y, en consecuencia, se le ordene a la entidad que corresponda, efectuar el pago de las incapacidades desde el mes de junio de 2021 a la fecha.

1.10. Finalmente señala la accionante que acuden a la acción de tutela en razón a que no cuenta con los medios económicos para acudir a la jurisdicción ordinaria a través de un profesional del derecho.

HECHOS ADICIONALES MANIFESTADOS POR LA ACCIONANTE

1.11. Mediante correo electrónico de fecha 27 de abril de 2022, luego de haberle puesto en conocimiento de la decisión proferida por el Despacho frente a la nulidad decretada por el Tribunal Superior, la señora SANDRA MILENA VILLAREAL CAICEDO puso de presente que, aún se encuentra en incapacidad, la cual es renovada por los médicos tratantes cada 15 días, que si bien el examen de resonancia magnética ha sido aplazada algunas veces por la Nueva EPS y otras a causa del estado de salud de la accionante, el mismo está programada para el próximo 5 de mayo de los corrientes y, con el resultado, proceder a la respectiva cirugía.

1.12. Que, en efecto, la AFP COLFONDOS le pagó las incapacidades hasta el día 542, luego de lo cual le corresponde tales pagos a la NUEVA EPS, quien efectivamente le pago la mismas desde el 11 de junio de 2021 y hasta el 5 de enero de 2022, posteriormente, menciona la accionante, que le fueron pagadas las incapacidades hasta el día 15 de febrero de esta misma anualidad y que el 12 de abril le fueron pagadas otras que estaban pendientes, pero que, aún así, le están adeudando el pago de las siguientes incapacidades: (i) del 04/03/22 al 13/03/22 (7679007), (ii) del 14/03/22 al 28/03/22 (7706790), (ii) del 29/03/22 al 12/04/22 (7746690), (iv) del 13/04/22 al 22/04/22 (7791314) y (5) del 13/04/22 al 27/04/22 (7813806).

1.13. Que, a la fecha, no se encuentra trabajado en razón a que el brazo derecho está totalmente inmovilizado, deteriorándose su estado de salud al punto de que el brazo izquierdo está presentado las mismas dolencias, por lo cual solicita el pago cumplido de sus incapacidades ya que son su único sustento económico.

1. TRÁMITE IMPARTIDO

La presente tutela fue admitida por auto del veintitrés (23) de noviembre 2021 y notificada por Estados Electrónicos el día veinticuatro (24) del mismo mes y año en el micro sitio de la página de la Rama Judicial en la forma como lo ha establecido el Consejo Superior de la Judicatura, auto en el cual se ordenó la notificación de las autoridades accionadas para que ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, diligencia que se efectuó a través del correo

institucional teniendo en cuentas las medias adoptadas por la misma corporación antes citada en relación con la situación actual del país frente al COVID-19.

Luego, con ocasión a la providencia de fecha 10 de marzo de 2022, proferida por el H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual DECRETÓ LA NULIDAD de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la tutela, inclusive, este estrado judicial procedió mediante auto calendado 26 de abril de 2022, a obedecer y cumplir lo resuelto por el Superior, ordenando la vinculación de la empresa COMPASS GROUP SERVIVCES COLOMBIA S.A.S., en su calidad de empleador de la accionante, dicha integración se realizó el día 27 del mismo mes y año, notificándola al correo electrónico cgscolombia@compass-group.com.co, remitiéndole para el efecto, copia del escrito de tutela, sus anexos, el auto proferido por el Superior, como el dictado por este Despacho para que procediera a ejercer su derecho a la defensa y contradicción.

2. Respuesta de la accionada

La NUEVA EPS, mediante correo electrónico de fecha 26 de noviembre de 2021, allegó contestación a la presente acción, exponiendo los siguientes argumentos de defensa:

2.1. En primer lugar, señaló los responsables de dar cumplimiento a los fallos de tutela según el área técnica, indicando que, que para el caso en concreto, es el área de prestaciones económicas a través del director de prestaciones económicas, señor CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE.

2.2. Con relación al caso en concreto, señaló que, con relación al estado de afiliación de la accionante ante la NUEVA EPS, la señora SANDRA MILENA VILLAREAL CAICEDO con la C.C. No. 52283263 se encuentra en estado ACTIVO en el RÉGIMEN CONTRIBUTIVO.

2.3. Que, conocida la presente acción de tutela, la misma fue trasladada al área técnica correspondiente de la Nueva EPS con el fin de que se realizara el estudio correspondiente.

2.4. Luego, procedió establecer los requisitos de procedencia de la acción de tutela, más específicamente con relación al requisito de la inmediatez, posteriormente se pronunció sobre la improcedencia de la acción constitucional cuando esta va dirigida al cobro de prestaciones económicas, indicando que la acción de amparo debe ser improcedente cuando se reclama el pago de incapacidades médicas como en este asunto, más adelante expuso sobre la responsabilidad del pago de incapacidades médicas, incluido sobre a quién corresponde el pago de tales con posterioridad al día 540, también expresó lo concerniente de las prórrogas de las incapacidades, el procedimiento de la transcripción de las mismas.

2.5. Finalmente, solicita que se nieguen las pretensiones de la accionante al no estar incurriendo en la vulneración de los derechos fundamentales por ella invocados en este asunto.

Con relación a la entidad accionada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ésta guardó silencio y no realizó pronunciamiento alguno en su defensa, razón la cual se dará aplicación al principio de veracidad contenido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, por que se tendrán por ciertos los hechos expuestos por la accionante frente a esta entidad.

Por último, en relación a la empresa COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A.S., entidad vinculada al presente asunto conforme lo ordenó el Superior, se tiene que mediante correo de fecha 28 de abril de 2022, dio contestación bajo los siguientes argumentos de defensa:

2.6. Que, para el caso de la accionante, la empresa suscribió con ella un contrato de trabajo fijo inferior a un (1) año con fecha de inicio 29 de mayo de 2019 ejerciendo el cargo de Auxiliar de Aseo.

2.7. Que la accionante se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, a la AFP COLFONDOS S.A., la ARL SEGUROS BOLIVAR y a la caja de compensación familiar COMPENSAR.

2.8. Que, en efecto, la accionante ya superó los 180 días de incapacidad permanente, por lo que remitió el 5 de mayo de 2020, mediante número

de guía 01400368821, notificación mediante la cual se le informaba que la EPS le reconocería las incapacidades hasta el día 180, las posteriores serían canceladas por la AFP, motivo por el cual la empresa, si bien no le canceló salarios, sí le cancelo lo correspondiente a la seguridad social.

2.9. Que la compañía ha cumplido durante toda la relación laboral con las obligaciones a su cargo como empleador y frente a los demás hechos, argumenta que los mismos no son de su competencia, en consecuencia, solicita que, al haber cumplido con todas sus obligaciones contractuales, se desvincule del presente trámite tutelar.

3. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico en este asunto consiste en lo siguiente: (i) Determinar la procedencia de la acción de tutela frente a las pretensiones de la accionante y (ii) en caso afirmativo del punto anterior, entrar a determinar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados en este asunto.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. **Aspectos Generales**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la Acción de Tutela es un mecanismo utilizado para que, reunidos algunos requisitos procesales, las personas puedan reclamar la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Señala además que los derechos fundamentales son aquellos cuya protección inmediata puede ser solicitada al juez.

Ahora, la tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiaria, residual y autónoma; dirigida a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas o excepcionalmente los particulares cuando estos presten servicios públicos, que vulneren los derechos fundamentales, que puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, para la pronta y efectiva defensa de los derechos constitucionales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial,

sobre los cuales no solo debe realizarse una simple enunciación sino que debe acreditarse siquiera sumariamente su efectiva consumación.

4.2. **Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de tutela.**

4.2.1. **Legitimación en la Causa por Activa.**

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establecen que está legitimado para interponer la acción de tutela, *i)* el titular de los derechos fundamentales, caso en el cual no se exige de mayores formalidades, pues bastará demostrar que es la persona directamente afectada por la vulneración o amenaza de tales prerrogativas. Simultáneamente, se ha sostenido que podrá formular la acción de amparo una tercera persona, quien actuará a nombre del titular, siempre que se acredite alguna de las siguientes calidades: *ii)* que actúa como su representante legal, en razón de la edad, discapacidad o estado de interdicción del actor; *iii)* por medio de la figura de la agencia oficiosa, pues el titular no está en condiciones físicas o psicológicas para promover la tutela de sus propios intereses; *iv)* en su papel de apoderado judicial, caso en cual deberá ostentar la calidad de abogado titulado y anexar a la demanda el poder para actuar en la causa y, por último, *v)* la condición de Defensor del Pueblo o personero municipal en los eventos autorizados por la ley.

En razón de lo anterior, se tiene que la accionante, en nombre propio, procedió a interponer la presente acción de tutela con el fin de buscar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las entidades accionadas ante la falta de los pagos correspondientes a las incapacidades médicas por el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2021 a la fecha ya que actualmente se encuentra con incapacidades médicas prescritas por la NUEVA EPS, situación que le da la legitimación en la causa por activa para buscar la protección de sus derechos presuntamente vulnerados a través de este medio constitucional.

4.2.2. **Legitimación en la Causa por Pasiva**

De igual manera, el artículo 86 del Carta Magna, en concordancia con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser

instaurada en contra de cualquier autoridad pública o privada en los casos en que así lo señale le ley, que inobserve, vulnere o amenace la satisfacción de los derechos fundamentales de los asociados, tanto por acción como por omisión de los mismos.

Para el caso sub-júdice, se debe tener en cuenta que, el empleador ya cumplió con la obligación a su cargo, pues pagó lo correspondiente a los dos (2) primeros días de incapacidad de la accionante conforme lo establece la ley, aunado a ello, también está efectuando los aportes a seguridad social de la tutelante, cumpliendo de esa forma con sus deberes contractuales, ahora, del día 3 al 180, la obligación del pago de las incapacidades de la accionante está en cabeza de la eps, que, para el caso en cuestión lo es la NUEVA EPS, posterior al día 180 y, hasta el día 540, dicha obligación recae en la AFP a la cual se encuentra afiliada la tutelante, es decir, a la AFP COLFONDOS y, del día 541 en adelante y hasta que se efectúe el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, la obligación en comento estará a cargo nuevamente de la esp.

Con lo anterior, claro esta que la única que tiene la legitimación en la causa por pasiva en este asunto es la NUEVA EPS, al tratarse de una reclamación sobre el el pago de incapacidades con posterioridad al día 540, como lo es el caso de la acá accionante.

4.2.3. **Principio de Inmediatez**

El principio de inmediatez en la forma como lo ha establecido la H. Corte Constitucional, debe entenderse como un plazo razonable para interponer la acción de tutela, el cual será contado a partir del momento en que se produce la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sin que con ello implique que haya un tiempo determinado para la procedencia de la acción, pues el artículo 86 de la Constitución Política, señala que *"toda persona tendrá acción de tutela en todo momento y lugar"* lo que quiere decir que no hay límite de tiempo para interponer la acción de amparo, no obstante, la jurisprudencia también ha señalado que no es admisible que el hecho vulnerador haya ocurrido en un momento determinado y que sin justificación alguna el afectado ponga en movimiento el aparato judicial mucho tiempo después, pues la acción de tutela es un instrumento preferente y sumario, es decir, de acción inmediata.

Frente a éste aspecto, debe tenerse en cuenta que la accionante está en estado de incapacidad médica, ahora, también está claro que la afectada ha venido gestionado el pago de las incapacidades acá reclamadas directamente ante las autoridades accionadas desde el mes de junio de 2021, periodo desde el cual se le dejaron de cancelar tales incapacidades, lo que da como resultado que se evidencia un plazo razonable entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca la tutelante y la búsqueda de protección de los mismo, por consiguiente, establece este estrado judicial que se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de esta acción con relación a la inmediatez.

4.2.4. **Principio de Subsidiaridad.**

El numeral 1° del Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991[1], establece como causal de improcedencia de la acción de tutela, *"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante"* …

Por su parte, la jurisprudencia Constitucional ha establecido a través de diversas sentencias, que la acción de amparo es improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial que le permita al actor reclamar la protección de los derechos fundamentales, pero excepcionalmente es procedente cuando la vía ordinaria no sea idónea y eficaz frente a las pretensiones del actor o que teniendo en cuenta tales pretensiones, la acción sea para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela es procedente de manera transitoria.

5. ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES.

[1] Decreto 2591 de 1991, *"Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"*

Frente a la subsidiaridad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades médicas, se trae a colación un aparte de la Sentencia T-268 de 2020[2], que refiere lo siguiente:

> *Se ha reiterado que la solicitud de amparo es un medio de protección de carácter residual y subsidiario que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa o, existiendo, no resulte idóneo, eficaz u oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*
>
> *Este Tribunal ha precisado que existen eventos en los cuales es posible que el juez de tutela pueda desatar de fondo controversias relacionadas con el reconocimiento de incapacidades médicas, dependiendo de las circunstancias del caso, toda vez que dicha prestación podría ser el único sustento de las personas en situación de discapacidad para garantizar para sí mismos y para su familia un mínimo vital y una vida digna.*
>
> *Así lo señaló la Corte en la Sentencia **T-008 de 2018**: "(…) Así las cosas, 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.*

[2] Sentencia T-268 de 2020, M.P. Dr. ALBERTO ROJAS RIOS.

De esta manera, no basta con la existencia de medios de defensa judiciales para establecer la improcedencia de la acción de tutela, sino que debe determinarse si los mismos son idóneos y eficaces (…).”

*En este mismo sentido, la Sentencia **T-246 de 2018**, al estudiar el caso de una ciudadana, quien presentó acción de tutela contra la empresa Perfumes y Cosméticos Internacionales –PERCOINT-, Nueva E.P.S. y Colpensiones, por el no pago de las incapacidades médicas prescritas por su médico tratante, indicó: “(…) De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo.*

Sin embargo, la Corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos de la Corporación, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando media este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

La acción de tutela con referencia T-6.577.261, cuestiona el no pago de las incapacidades que superan los 540 días por parte de la Nueva EPS. Por esto, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Sin embargo, con todo, recuerda la Sala que, en este caso, la acción de tutela la presenta una mujer de 56 años, que tiene afectaciones y padecimientos en su salud, que le generan dolor lumbar persistente como lo

> *evidencian las pruebas aportadas al proceso, y que, por ende, no se encuentra en capacidad de retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades y la obligación hipotecaria que recae sobre su vivienda. La accionante requiere del pago de las referidas incapacidades para ver incólume su derecho al mínimo vital, toda vez que, aunque cuenta con el apoyo de su esposo, de acuerdo con el análisis de gastos mensuales presentado ante esta Sala, no resulta ser suficiente para cubrir sus necesidades básicas.*
>
> *Así, la unicidad de su fuente de ingresos y el monto devengado, implican en los términos previamente expuestos, que la ausencia y la dilación de los pagos que la accionante reclama, la sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud. Por lo cual, esta Sala estima que la idoneidad y la eficacia del medio judicial ordinario es, en este caso en particular, inocua, más aún cuando de ello también se deriva que existe una amenaza grave sobre su mínimo vital y el de su familia, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes (…).”*

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, considera este Despacho que el presente asunto reúne los requisitos de la subsidiaridad para estudiar de fondo esta acción constitución, pues si bien la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial como lo es un proceso declarativo ante la Jurisdicción Ordinaria a efectos de obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas acá reclamadas, lo cierto es que, dicho mecanismo no es eficiente para salvaguardar los derechos fundamentales invocados por la tutelante, dadas las siguiente circunstancias especiales:

(i) De las pruebas allegadas al plenario por la parte actora, se evidencia que adelantó las actuaciones necesarias tendientes a que, ya sea la NUEVA EPS o la AFP COLFONDOS S.A., reconocieran y pagaran las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, sin embargo, ninguna de ellas ha realizado el pago correspondiente y hasta le han negado dicha prestación económica.

(ii) Frente a su estado de salud, también esta demostrado a través de la historia clínica que reposa como prueba en el expediente virtual, que padece de las afecciones señaladas en el escrito de tutela, tales como

"M751, M755 BURSITIS DE HOMBRO DERECHO y SÍNDROME DE MAGUITO ROTADOR DERECHO.".

(iii) De igual forma, se observa CERTIFICADO DE INCAPACIDAD emitido por la NUEVA EPS, que va desde el 12 de noviembre de 2021, al 26 del mismo mes y año.

(iv) Refiere la accionante que, debido a los diagnósticos emitidos por la EPS, la empresa empleadora no le ha permitido reintegrarse a sus labores y que, como consecuencia de ello, se ha venido atrasando en el pago de la cuota de su casa y que no tiene como solventar sus gastos personales ya que no cuenta con ninguna otra fuente de trabajo como tampoco de ingresos económicos, situación que ha empeorando con la falta del pago de las incapacidades médicas.

Con lo antes expuesto, es claro que la accionante es un sujeto de especial protección constitucional, dado su estado de salud, su condición de incapacidad y su precaria situación económica, que si bien no esta totalmente demostrada, las entidades accionadas tampoco hicieron pronunciamiento alguno frente a dicho aspecto, en especial la AFP COLFONDOS S.A., quien no contestó la presente acción dentro del término de traslado.

6. CASO CONCRETO

Como ya se dijo, la acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y se encuentra reglamentada por los decretos 2591 del 19 de noviembre de 1991 y 306 del 19 de febrero de 1992. Es un medio de defensa judicial que contiene un procedimiento preferente y sumario al cual se acude a fin de lograr la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales cuando son vulnerados, ya sea por acción u omisión o cuando se presente amenaza de violación. Eventualmente se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6º, indica que es improcedente la tutela, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales salvo que aquella se utilice como elemento temporal para impedir un daño irreparable.

Teniendo en cuenta los argumentos legales y jurisprudenciales expuestos anteriormente, se procede a resolver de fondo el asunto de esta acción de tutela de la siguiente manera:

Se tiene entonces, que la accionante fue diagnosticada por parte de la NUEVA EPS con los diagnósticos de M751, M755 BURSITIS DE HOMBRO DERECHO, SÍNDROME DE MAGUITO ROTADOR DERECHO desde el 11 de diciembre de 2019, fecha desde la cual ha venido siendo incapacitada de forma continua.

Que, en efecto, la NUEVA EPS ha venido pagando las incapacidades generadas hasta el día 180 y, con posterioridad y hasta el día 540 fueron asumidas por la AFP COLFONDOS S.A., es decir, hasta el 20 de junio de los corrientes.

También la accionante puso de presente que su empleador, COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A., el 27 de febrero de 2020 le comunicó la remisión del CONCEPTO FAVORABLE DE REAHBILITACIÓN de fecha 25 de febrero de 2021, expedido por la NUEVA EPS a la AFP COLFONDOS, para efectos de que le fuera definido el pago de las incapacidades a partir del día 181, se le realizara el dictamen de pérdida de capacidad laboral con su respectiva fecha de estructuración y origen.

Manifiesta que el día 7 de mayo de 2020, COLFONDOS le remitió solicitud con radicado No. 200505-000802 para que allegara los documentos necesarios para dar inicio al pago de incapacidades, documentos que fueron allegados y que, por consiguiente, le pagaron de forma cumplida tales incapacidades hasta el mes de junio de 2021.

Que las incapacidades generadas lo fueron hasta el 24 de septiembre de 2021, fecha en la cual le fueron suspendidas y generadas nuevamente el 13 de octubre de los corrientes, prorrogadas cada 15 días.

Que, en la fecha 5 de octubre de 2021, la NUEVA EPS, en respuesta NEPS 1727670, le indicó que quien debe pagar las incapacidades es la entidad de Fondo de Pensiones y que la EPS tan solo se limitaría a emitir el concepto de rehabilitación.

Finalmente indica la tutelante, que su empleador no le ha permitido retomar sus funciones laborales debido a los diagnósticos emitidos como al tratamiento

médico, y que la falta del pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, le está afectando su derecho al mínimo vital, pues señaló que no tiene otras fuentes de ingresos económicos para sustentar sus gastos personales como tampoco para cubrir el pago de las cuotas de su casa de las cuales ya se encuentra atrasada.

De otro lado, frente a las entidades accionadas, la NUEVA EPS, tan solo se pronunció respecto a la subsidiaridad de la acción de tutela, el estado de afiliación de la accionante, sobre la normatividad que rige el pago de incapacidades y su forma de pago y solicita que se nieguen las pretensiones de la tutelante bajo el argumento de que no le está vulnerando ningún derecho fundamental y, respecto a la AFP COLFONDOS S.A., ésta no realizó manifestación alguna durante el término de traslado de esta acción.

Ahora, con relación a la empresa COMPAAS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A.S., en su condición de empleadora de la accionante, esta manifestó en su escrito de contestación que ha cumplido con las obligaciones a su cargo frente al pago de los aportes a seguridad social de la accionante desde el inicio de la relación laboral hasta la actualidad, argumento con el cual solicita que se desvincule del presente asunto constitucional.

Teniendo en cuenta lo expuesto por cada una de las partes intervinientes, se pone de presente lo siguiente:

Para un mayor proveer, con relación de a quien corresponde el pago de incapacidades médicas, se trae a colación la misma sentencia antes citada, es decir, la Sentencia T-268 de 2020, ya que analiza de forma completa tales aspectos normativos.

> *"El Sistema General de Seguridad Social contempla en la Ley 100 de 1993, los Decretos 692 de 1994, 1748 de 1995, 1406 de 1999 y 2943 de 2013, postulados que propugnan por el amparo de los trabajadores que, en virtud de un accidente o una enfermedad de origen común, adviertan la imposibilidad de desempañar sus labores u oficios y por ende ven frustrada la posibilidad de percibir la remuneración correspondiente y que les facilita la manutención de sus necesidades.*
>
> *Según la Jurisprudencia de este Tribunal, con relación a la falta capacidad laboral existen tres tipos de incapacidades: "(...) (i)* ***temporal****, cuando se*

presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología;

(ii) ***permanente parcial****, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii)* ***permanente (o invalidez)****, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50% (…)".*

De igual forma, ha señalado la Corte que las incapacidades según su origen obedecen a dos tipos:

(i) Por enfermedad de origen laboral: Con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales. Estas incapacidades son asumidas y pagadas por las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, en atención a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

Se ha dicho que este pago se efectuará "(…) 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"

(ii) Por enfermedad de origen común: De conformidad con los Artículos 227 del Código Sustantivo del Trabajo y 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad incide en la denominación que se le dé a la remuneración que se perciba durante la vigencia de dicha incapacidad. Es así como, dentro de los primeros 180 días se reconocerá el pago de un auxilio económico y en tratándose del día 181 en adelante, se causará el pago de un subsidio de incapacidad.

Respecto de quien debe asumir el pago de incapacidades, este se efectúa conforme la siguiente explicación:

Término	***Responsable***	***Norma que reglamenta***
2 primeros días	*Empleador*	*Decreto 2943 de 2013*
Del día 3	*E.P.S.*	*Decreto*

hasta el día 180		*2943 de 2013*
Del día 181 al 540	*Fondo de Pensiones*	*Ley 962 de 2005*
Del día 541 en adelante	*E.P.S.*	*Ley 1753 de 2015*

Con relación al pago de las incapacidades que superan los 540 días, esta Corte reconoció hasta antes del año 2015, que no se evidenciaba protección con relación a quienes tuvieran concepto favorable de rehabilitación y/o calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y seguían incapacitados por la misma causa más allá de los 540 días.

Con el fin de superar este vacío, se expidió la Ley 1753 de 2015, que en el artículo 67 estableció que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinaran, entre otros: (…) a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. Es así como se fijó la obligación a cargo de las E.P.S. de asumir y pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540.

Para la Corte no existe duda que es obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por lo que, en los casos en que se reclame el reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540, las E.P.S. deberán asumir la carga prestacional.

En efecto, en la Sentencia ***T-144 de 2016,*** *la Sala Quinta de Revisión estudió la acción de tutela interpuesta, en la cual, una mujer reclamaba el pago de incapacidades superiores a los 540 días, las cuales le fueron generadas por virtud de un accidente de tránsito severo y adicionalmente le emitieron dictamen de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de PCL. La Corte Consideró que en atención a lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la E.P.S. a la que se encontraba afiliada la peticionaria debía asumir las incapacidades.*

"En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una

persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud".

En esta misma sentencia, se estableció lo siguiente para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 en casos similares: "(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y, (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad".

De igual manera, en la Sentencia ***T-161 de 2019,*** *al estudiar la acción de tutela interpuesta por el señor Ricardo Barahona contra Colpensiones, por la negativa en el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 180 días, generadas como consecuencia de un trasplante de codo que le impidió reintegrarse a sus labores, la Corte consideró que el referido fondo de pensiones deberá responder por el pago del subsidio de incapacidad a partir del día 181 hasta el día 540 y que, con relación a las incapacidades que superan los 540 días, la obligación de pago recae sobre la E.P.S. Precisó la Corte en este fallo: "(…) Por todo lo anterior, y con base en la obligación impuesta por la Ley 1753 de 2015, se le ordenará a la EPS SOS realizar el pago de las incapacidades que excedan los 540 días hasta que cese su emisión en favor del actor(…)".*

Decreto 1333 de 27 de julio de 2018

El Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018. Dicho Decreto reguló el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de la siguiente manera:

> ***"ARTÍCULO 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días.*** *Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
>
> *2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
>
> *3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.*
>
> *De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)".*
>
> *Del recuento Jurisprudencial y normativo anteriormente expuesto, se denotan las reglas mediante las cuales se orienta la atribución del pago de las incapacidades generadas, ya sean por el origen de dicha incapacidad o a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común."*

Conforme el marco legal y jurisprudencia expuesto, aplicándolo al caso en concreto, se evidencia que, en el "anexo 7", obra comunicación emitido por la NUEVA EPS de fecha 27 de febrero de 2020, dirigida a la accionante, con el *"ASUNTO: comunicación y remisión del Concepto de Rehabilitación"*, en la cual se le indica que el 25 de febrero de 2020, se efectuó la remisión del CONCEPTO DE REHABILITACIÓN FAVORABLE de la accionante a la AFP COLFONDOS, a fin de que le fuera definido el pago de las incapacidades a partir del día 181 y se le practicara el dictamen de perdida de capacidad laboral; comunicación de la que se deprende lo siguiente: (i) Ya existe CONCEPTO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN y (ii) si bien no existe a la fecha dictamen de perdida de capacidad laboral, tal situación obedece a la falta de un examen médico ordenado por el médico tratante a la accionante, el cual se surtirá hasta el mes de enero de 2022, mismo que de conformidad con lo manifestado por la

tutelante, el examen en comento tendrá lugar el día 5 de mayo de esta misma anualidad.

De igual manera, obran certificaciones de incapacidad en donde la última emitida por la EPS, va desde el 12 de noviembre de 2021 al 26 del mismo mes y año, en consecuencia, se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 del 27 de julio de 2018, frente a quien corresponde el pago de las incapacidades a favor del afiliado con posterioridad al día 540, que para el caso en concreto, lo es a la NUEVA EPS, ya que, como lo indica tal artículo y aplicado al caso en concreto, la señora SANDRA MILENA VILLAREAL CAICEDO, cuenta con un concepto de rehabilitación emitido por la NUEVA EPS, requiriendo tratamiento médico, del mismo modo, la accionante esta actualmente incapacitada por las mismas patologías ya descritas en párrafos anteriores y no hay prueba que demuestre la recuperación de la accionante que le permite reintegrarse a sus labores con su empleador.

Así las cosas, este estrado judicial concluye que: (i) Conforme lo establece la ley y la reiterada jurisprudencia expuesta por la H. Corte Constitucional, la obligación de efectuar el pago de incapacidades médicas con posterioridad al día 540, están a cargo única y exclusivamente de la eps a la cual se encuentra la afiliada, en este caso, a cargo de la NUEVA EPS, (ii) queda probado que la accionante, en la actualidad, esta con incapacidades médicas renovadas cada 15 días a causa las afecciones de salud ya descritas, (iii) la señora Sandra Milena no está laborando actualmente y, dado su estado de salud, tampoco está en condiciones laborales, lo que necesariamente se traduce en que el pago de dichas incapacidades se convierten en el medio económico de subsistencia (mínimo vital) y que le permite vivir en condiciones dignas.

Como consecuencia de todo lo expuesto, este estrado judicial TUTELARÁ los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna en favor de la accionante, señora SANDRA MILENA VILLAREAL CAICEDO en contra de la NUEVA EPS, en consecuencia, se le ordenará al Director de dicha entidad, y/o quien haga sus veces, o quien corresponda el cumplimiento de esta sentencia, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda al pago de todas y cada una de las incapacidades que no le haya pagado a la accionante a partir del día 541, inclusive, y todas aquellas que se sigan generando mientras subsistan las causas que dieron su origen,

pagos que deberán realizarse de forma oportuna y sin dilación administrativa alguna.

Una vez efectuado lo anterior, deberá demostrar al juzgado el cumplimiento de la orden acá impartida allegando con destino a la presente acción, los soportes correspondientes.

Con relación a la AFP COLFONDOS S.A., y a la empresa COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A.S., es claro que no tienen injerencia alguna en el pago de las incapacidades de la accionante, por tal motivo se ordenará su desvinculación del presente tramite tutelar.

Por último, frente a la solicitud de la NUEVA EPS con relación al recobro de las incapacidades reclamadas por la accionante, se indica que la misma no es procedente, ya que para tal efecto existe otro mecanismo de defensa judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud y, por consiguiente, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para tal fin.

En razón y mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna invocados por la señora SANDRA MILENA VILLAREAL CAICEDO identificada con la C.C. No. 52.283.263, únicamente en contra la NUEVA EPS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al director de la NUEVA EPS, y/o quien haga sus veces, o a quien corresponda el cumplimiento de esta orden de tutela, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda al pago de todas y cada una de las incapacidades que no le haya pagado a la accionante a partir del día 541, inclusive, y todas aquellas que se sigan generando mientras subsistan las causas que dieron su origen, pagos que deberán realizarse de forma oportuna y sin dilación administrativa alguna. Una vez efectuado lo anterior, deberá demostrar al juzgado el cumplimiento de la orden acá impartida allegando con destino a la presente acción, los soportes correspondientes.

TERCERO: NEGAR PRO IMPROCEDENTE la solicitud elevada por la NUEVA EPS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DESVINCULAR del presente trámite tutelar a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la empresa COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A.S., como administradora de fondos de pensiones y cesantías y como empleadora respectivamente, en la forma como se dispuso en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más expedito al alcance del Juzgado.

SEXTO: De no ser impugnada la presente decisión, remítanse las diligencias ante la Honorable Corte Constitucional a efectos de su eventual revisión en la forma como se estableció en el **ACUERDO PCSJA20-11594** del 13 de julio de 2020 y demás disposiciones que lo adicionen y/o modifiquen, de regresar el expediente excluido de revisión, archívese el mismo sin nuevo auto que lo ordene.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FERNANDO GONZALEZ
JUEZ

CALG

Firmado Por:

Amado Benjamin Forero Niño
Secretario
Juzgado De Circuito
Laboral 030
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **03817dcaf03d0ebcab52ea6594fd40f9f6a27e2158697d326c738c4807f84d7c**
Documento generado en 30/04/2022 05:59:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica