



JUZGADO VEINTIDÓS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, 16 de febrero de 2022

Proceso	Acción de Tutela No. 019
Accionante	YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ con C.C. 1.193.511.694
Accionada	- NUEVA EPS - EMPLEADOR SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S
Radicado	No. 05001 31 05 022 2022 00050 00
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia N° 050 de 2022
Temas	Pago de incapacidades
Decisión	CONCEDE amparo constitucional

SENTENCIA TUTELA

Dentro de la oportunidad señalada en el artículo 86 de la Constitución Política se procede a resolver la presente Acción de Tutela formulada por **YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ con C.C. 1.193.511.694** en contra de la **NUEVA EPS** y **EMPLEADOR SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S.**

ANTECEDENTES

Pretende la accionante que mediante el presente trámite de amparo constitucional sean tutelados sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, se ordene de manera inmediata a la NUEVA EPS pagar las incapacidades prescritas desde el 15 de agosto de 2021 hasta la fecha y al empleador SOLUCIONES EN ASEO GE S.A.S., a realizar el pago completo del subsidio de incapacidad temporal por el mismo período.

Para fundar las anteriores pretensiones, expresa la accionante, que se encuentra afiliada al Sistema General de Salud a la NUEVA EPS en el régimen contributivo en calidad de cotizante y en el Sistema General de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual en la AFP PORVENIR, que sufrió un accidente de origen común el día 15 de agosto de 2021, el cual le generó un desgarro de meniscos, esguince y torcedura del ligamento cruzado de la rodilla derecha, que desde la fecha del accidente le han prescrito varias incapacidades, las cuales siempre han sido prorrogadas, porque aún continúa en tratamiento y le faltan un par de cirugías.

Por lo anterior, expone que no ha podido reintegrarse al cargo como auxiliar de aseo en la empresa SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., en la cual inició contrato de trabajo el 6 de agosto de 2021, con una remuneración de un salario mínimo, que a la fecha continúa vinculada. Sin embargo, el empleador ha incumplido con el pago del subsidio de incapacidad laboral, aduciendo que la NUEVA EPS no ha realizado el pago de las incapacidades enviadas y por tal motivo, no puede cumplir con los pagos en las fechas de la nómina.

TRÁMITE PROCESAL

Por cumplir con los requisitos consagrados en el art. 14 del Decreto 2591 de 1991, se admitió y se ordenó darle trámite preferencial a la presente acción de amparo

constitucional, comunicándole a la accionada dicho proveído, y se le solicitó que en el término de dos días hábiles informara lo que hubiere lugar sobre lo allí señalado.

RESPUESTA A LA TUTELA

Notificada en debida forma y vencido el término legal, la accionada apporto respuesta en la cual informa:

“Verificando el sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que el accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO en calidad de COTIZANTE categoría A.

PAGOS DE INCAPACIDADES, Su Señoría, en relación con este punto y en virtud de que las respuestas que proyecta el área jurídica dependen de la información que las áreas pertinentes le suministren, hemos procedido a dar traslado de las pretensiones al área de PRESTACIONES ECONOMICAS de la Nueva E.P.S para que realice el análisis correspondiente se rinda el respectivo informe y gestionen lo pertinente en aras de garantizar el derecho fundamental de nuestro afiliado, una vez se tenga respuesta, se allegará documento informativo como alcance para conocimiento del Despacho.

Se informa a su Despacho que EL ÁREA TÉCNICA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS se encuentra validando el caso, recolectando soportes y gestionando el servicio de salud petitionado y ordenado en fallo de tutela que nos ocupa; mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por ésta EPS, por el contrario, estamos desplegando las acciones positivas necesarias para que se materialice lo dispuesto por el despacho y lo ordenado por los especialistas tratantes con ocasión a la patología actual del usuario.

Una vez se obtenga el resultado de dicha gestión se pondrá en conocimiento de su Señoría a través de respuesta complementaria.

Ahora bien, es preciso indicar que para el pago de licencia por incapacidades se deberá tener en cuenta el tiempo de duración de la incapacidad, con el fin de determinar el obligado a cancelar la referida prestación económica.

Primero y segundo día, Respecto de los primeros dos días de incapacidad del auxilio correspondiente, estará a cargo del empleador. Esto en virtud del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016.

Tercer día hasta el día 180: Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentre a cargo de la Entidad Promotora de Salud, lo anterior de acuerdo al artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.”

Por su parte, la accionada SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., notificada en debida forma y vencido el término legal, no allegó respuesta alguna, razón por la que se tiene en cuenta tal situación para los efectos de que trata el art. 20 del Decreto 2591 de 1991.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para conocer la presente acción constitucional, conforme lo consagra los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991. Esta acción de tutela es un mecanismo para la protección inmediata de los Derechos Fundamentales Constitucionales cuando quiera que estos resulten amenazados o

vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la ley; dicho mecanismo opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo esos medios, la acción se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL EMPLEADOR PARTICULAR

Lo normal es que la acción de tutela, como medio judicial apto para la defensa de los derechos fundamentales, pueda ejercerse contra las autoridades públicas, por sus actos u omisiones, dado el poder que ejercen y la general impotencia del gobernado, considerado individualmente, ante ellas.

En principio, entonces, no cabe dicho procedimiento contra particulares, a menos que, según lo contempla el artículo 86 de la Constitución, se trate de una de las situaciones previstas en la ley, bajo condición de que la persona privada contra la cual se propone la tutela tenga a su cargo la prestación de un servicio público, haya asumido una conducta que afecte grave y directamente el interés colectivo, o sea alguien ante quien el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Ya la Corte ha resaltado antes este carácter extraordinario del amparo constitucional contra particulares:

"Excepcionalmente es posible intentarla contra particulares en los casos que establezca la ley, sobre el supuesto de que se hallen en una de las situaciones previstas por la propia disposición superior: que esos particulares estén encargados de la prestación de un servicio público; que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o que respecto de ellos el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión." (Sentencia T-512 del 9 de septiembre de 1992).

Los casos de subordinación o indefensión deben ser definidos en concreto por el juez, sobre la base del análisis de la situación específica del accionante o de la persona en cuyo nombre se instaura la acción.

La Corte ha distinguido así los dos conceptos:

"Entiende esta Corte que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate". (Sentencia T-290 del 28 de julio de 1993).

Así las cosas, por definición, emanada de la idea misma del contrato de trabajo (Código Sustantivo del Trabajo, art. 23, modificado por la Ley 50 de 1990, art. 1), quien presta sus servicios personales en desarrollo del mismo se encuentra ante su patrono en estado de subordinación, por lo cual ningún obstáculo hay, desde ese punto de vista, para que instaure contra él la acción de tutela con miras a la protección de sus derechos fundamentales.

En efecto, como lo contempla la legislación laboral, la continuada dependencia del trabajador respecto del empleador se concreta en la facultad de éste *"para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos"*. La misma preceptiva destaca que dicha relación debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

Hay, además, casos en los cuales la circunstancia particular del trabajador respecto de cierto derecho suyo lo coloca en estado de verdadera indefensión ante su patrono, por la actitud de éste, o por el hecho de que se halle bajo su exclusiva dependencia la ejecución de un acto que incide en los derechos del empleado.

En el asunto de estudio, en el cual, aparte de la subordinación propia del contrato de trabajo, existe la circunstancia según la cual el patrono, quien es responsable por el pago de las incapacidades -directamente o por conducto de alguna entidad del sistema de seguridad social integral, debe adelantar gestiones que únicamente él puede realizar y no las adelanta, causando perjuicio al trabajador; se puede evidenciar que el mismo se halla indefenso, resulta remitida de la empresa a la EPS y devuelto de allí a su empleador, sin que se satisfagan sus justas peticiones, sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades.

3. SOBRE EL TRÁMITE DE LAS INCAPACIDADES DE ORIGEN LABORAL O COMÚN

En aplicación de los fines constitucionales, y en procura de garantizar a los coasociados el cumplimiento progresivo de los programas creados por el Estado, para cubrir integralmente las contingencias de invalidez, vejez y muerte, el legislador expidió la Ley 100 de 1993¹, *"Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral"*.

Uno de los objetivos del Sistema de Seguridad Social Integral, es garantizar las prestaciones económicas, asistenciales y de salud que surgen de la incapacidad de un empleado, dependiente o independiente para el desempeño de sus funciones. Dicha *"incapacidad"* ha sido definida por la jurisprudencia constitucional como *"el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio"*²

En torno al estado de incapacidad, la Sentencia T-920 de 2009³ fijó tres (3) tipos de incapacidad: *" (...) (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 un 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 acuerdo con la Ley 1562 de 2012 *"por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional"*, la cual reformó la Ley 776 de 2002⁴ que creó el Sistema General de Riesgos Profesionales. La Ley 1562 de 2012

¹ Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral", entendido como *"el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"*

² Artículo 1 de la Resolución 2266 de 1998, por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el Instituto de Seguros Sociales.

³ M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁴ La Ley 776 de 2002 creó el Sistema General de Riesgos Profesionales, que lo define como *"el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan"*

define el Sistema General de Riesgos Laborales así: *“Es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”*.

En lo relativo al trámite de las incapacidades, en su artículo 5 párrafo 3º establece:

“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”.

Tratándose de incapacidad generada por enfermedad laboral, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia⁵ hizo especial énfasis sobre el trámite para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen laboral, el cual es el siguiente: (i) previamente debe realizarse la calificación del origen de la enfermedad, accidente o muerte, con la finalidad de determinar si la misma es de origen laboral, caso en el cual las prestaciones corren por cuenta de la Administradora de Riesgos Laborales, (ii) si la incapacidad es calificada como de origen laboral se le atribuye a la Administradora de Riesgos Laborales, a la cual se encuentre afiliado el trabajador, la obligación de garantizar de manera integral todas las prestaciones de carácter económicos, en salud, y asistenciales originadas por dicho suceso, (iii) en el evento en que existiera controversia sobre el dictamen de la pérdida de capacidad laboral, la ARL continuará cubriendo dicha incapacidad temporal hasta que quede en firme el dictamen emitido por parte de la Junta Regional o Nacional de calificación de invalidez, (iv) tratándose de la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral, le corresponderá al fondo de pensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez al trabajador.

Ahora, frente al reconocimiento de la incapacidad generada por enfermedad común o general el trámite será el siguiente: (i) las Entidades Promotoras de Salud del Sistema de Salud, son las responsables, en principio, del pago de las incapacidades originadas por los primeros 180 días, (ii) tratándose del pago de las incapacidades mayores a 180 días corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, prorrogable hasta que se produzca el dictamen de invalidez por lo menos 360 días adicionales, (iii) tratándose de la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral el fondo de pensiones deberá reconocerle al trabajador la pensión de invalidez, (iv) si el trabajador no consigue el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de éstas.

Sobre este aspecto la Sentencia T-980 del 10 de octubre de 2008⁶ consideró la Corte Constitucional que:

“El que legalmente a la EPS no le corresponda asumir el pago de incapacidades superiores a 180 días no significa que pueda abandonar al paciente enfermo a quien le ha sido

⁵ Ver Sentencias T-920 de 2009, T-137 de 2012, T-154 de 2011, y T-168 de 2007

⁶ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

extendida la incapacidad. Al hacer parte del Sistema de Seguridad Social, la EPS debe actuar armónicamente con las demás entidades que lo integran en aras de satisfacer efectivamente los derechos a la seguridad social del incapacitado.

Por esa razón, es la propia EPS a la que esté afiliado el paciente la que oficiosamente debe, una vez advierta que enfrenta un caso de incapacidad superior a 180 días, -por supuesto con la información que requiera por parte del enfermo-, remitir los documentos correspondientes para que el Fondo de Pensiones respectivo inicie el trámite y se pronuncie sobre la cancelación o no de la prestación económica reclamada debiendo esta administradora no sólo dar respuesta oportuna a dicha solicitud, sino que, en caso de ser negativa, estar debidamente justificada tanto normativa como fácticamente indicándole al paciente las alternativas que el Sistema de Seguridad Social le brinda para procurarse un mínimo vital mientras dure la incapacidad y no se tenga derecho a la pensión de invalidez”.

El trámite para el reconocimiento y pago de las incapacidades con ocasión de enfermedad de origen laboral o común, propugna la guarda de los derechos fundamentales de los trabajadores, en razón a que siempre se encuentren amparados de los efectos nocivos de estas contingencias, las cuales generan una merma en la salud y capacidad económica de éstos.

En este orden de ideas, el pago de incapacidades se configura como un mecanismo idóneo para la protección de los derechos al mínimo vital, y a la salud del trabajador que a todas luces se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, y que incluso se constituye como el único medio de digna subsistencia para remediar el padecimiento que lo aqueja.

Ésta es una expresión fehaciente de la concreción de los postulados constitucionales, y de los fines del Estado Social de derecho, el cual persigue garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, como el de asegurar la vigencia de un orden justo. Asimismo busca la protección del derecho fundamental a la igualdad en sus múltiples manifestaciones, circunscribiendo la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como es el caso de los trabajadores en situación de indefensión.

4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE ACREENCIAS LABORALES

En materia de acreencias laborales, por regla general la acción de tutela es improcedente por tratarse de derechos de rango legal, pues para dirimir las suscitadas controversias el mecanismo idóneo es la Jurisdicción Ordinaria Laboral; asimismo se considera improcedente en razón a que no se puede pretender obtener por medio de ésta una protección ágil o evitar las cargas procesales que implica un proceso ordinario.

No obstante, cuando se está en presencia de unas circunstancias especiales, que a todas luces generan una transgresión directa a los derechos fundamentales de la persona, la acción de tutela como mecanismo subsidiario será procedente, con miras a evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Bajo este contexto, el trámite de un proceso ordinario no será el idóneo cuando se evidencia una grave afectación de los derechos fundamentales que requieren ser amparados de forma urgente, inminente y apremiante.

Por esta razón, el Juez de Tutela tiene el deber de dilucidar en cada caso concreto el nivel de afectación de los derechos, lo cual implica la efectividad del mecanismo de la acción de tutela, en la medida que otro medio ordinario de defensa judicial resultaría ineficaz para la defensa inmediata de los derechos vulnerados.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que:

“(...) de manera excepcional, procede la acción de tutela para este tipo de reclamaciones laborales cuando como consecuencia de su no reconocimiento se vulnere o se ponga en peligro un derecho fundamental como la vida, la seguridad social o el mínimo vital. Sin embargo, para se conceda la tutela, previamente debe estudiarse el caso en particular y evaluarse si el mecanismo ordinario resulta ineficaz para la inmediata protección del derecho”⁷

De igual modo, es necesario resaltar que los requisitos para la procedencia excepcional de la acción de tutela tratándose de acreencias laborales, deben ser examinados con mayor flexibilidad, en ocasión a que los peticionarios sean sujetos de especial protección constitucional, es decir los trabajadores que se encuentren en estado de debilidad manifiesta.

Al respecto la Alta Corporación señaló:

“(...) al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional”⁸

Por otra parte, es importante aclarar que aunque en reiterada jurisprudencia se ha expuesto que la acción de tutela no tiene termino perentorio ni de caducidad, también ha enfatizado que se trata de un mecanismo residual y subsidiario que tiene como finalidad la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten amenazados o vulnerados.

En este sentido, debe existir una consonancia entre la configuración de la transgresión con el momento en el que se acude al mecanismo de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, la misma no puede impetrarse en cualquier momento sin atender el lapso en la que ocurrió la acción u omisión que origina la vulneración o amenaza directa de los derechos fundamentales de que se trate. La presentación oportuna de esta acción se constituye como un requisito de procedibilidad de este mecanismo de protección inmediata.

En la sentencia T-900 de 2004⁹ se expresó sobre este requisito:

“... la jurisprudencia constitucional tiene establecido que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela de tal suerte que la acción debe ser

⁷ Sentencia T-669 de 2009. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁸ Sentencias T-941 de 2005, T-1065 de 2005, T-326 de 2007 y T-182 de 2011

⁹ M.P Jaime Córdoba Triviño

interpuesta dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

“Esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que establezca la ley. Así, pues, es inherente a la acción de tutela la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos derechos.”

No obstante, la aplicación de este principio no es absoluta, en razón a que existe unas excepciones: (i) que la vulneración persista en el tiempo, sin perjuicio de que la acción u omisión que la origino sea muy antigua con relación la fecha de la interposición de la tutela. (ii) cuando la persona sobre la cual recae la vulneración se encuentra en una situación especial, que la hace merecedora de un trato preferente, se le generaría un perjuicio irremediable si es sometida a otro mecanismo de defensa judicial, que no ampare de forma inmediata sus derechos fundamentales.

Al respecto en Sentencia T-792 de 2007¹⁰ la Corte advirtió lo siguiente:

“en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.

Por último, se advierte que el Juez Constitucional se encuentra en el deber de analizar y determinar si las causas por las cuales no se interpuso la acción de tutela oportunamente son viables, razonables y proporcionadas, es decir que se constituyan como una justificación efectiva para la inactividad del sujeto afectado. Examinadas las causas, de forma excepcional no será exigible la aplicación del principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción constitucional.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que: *“(...) para la procedencia de la acción de tutela en relación con el requisito de inmediatez, entre otros elementos, el juez constitucional debe evaluar “... si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes...¹¹, es decir, si es predicable la existencia de una justa causa por la cual no ejerció la acción de manera oportuna...¹²”.*

5. CASO CONCRETO

La actora padece esguinces y torceduras que comprometen el ligamento cruzado de la rodilla derecha y desgarró de meniscos, ambos por origen accidente común, el más antiguo de fecha 31/08/2021. Y con ocasión a estos ha estado incapacitada, tal como se acredita en los documentos que obran en archivo 3 del expediente digital.

¹⁰ M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹ Sentencia SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹² Sentencia T-584-11.

Afirma la actora en el hecho quinto del escrito de tutela que el empleador SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., desde el mes diciembre no le realiza el pago del subsidio de incapacidad temporal, el cual asegura es su única fuente de ingreso y que este se ha realizado por el 66,6% del valor de la incapacidad, desconociendo que no habrá reconocimiento de prestaciones económicas inferiores al salario mínimo vigente.

Ahora, se encuentra que no cuenta la actora con más ingresos que los que percibía como salario, por lo que de manera clara se ve afectado su mínimo vital, pues según sus dichos no tiene más recursos económicos, y además esto no fue controvertido por ninguna de las accionadas.

Y es que la accionada SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., no allegó respuesta o informe alguno, pese haberse solicitado y señalado las consecuencias del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991; y por su parte la accionada NUEVA EPS, si bien allegó respuesta, en relación a la actora señaló que esta se encuentra en estado activo en calidad de cotizante en el régimen contributivo, aportando un reporte en el cual se evidencia el empleador, el último período pagado, entre otros datos. No obstante, en el tema concreto del pago de las incapacidades pretendidas, señaló que el área técnica de prestaciones económicas se encuentra validando y recolectando soportes, por lo demás se circunscribió a exponer las reglas aplicables al pago de las incapacidades.

Se tiene que, de las incapacidades que obran en los anexos aportados por la actora, la primera es de fecha 31/08/2021, y a la fecha de la última autorizada y pretendida en esta acción constitucional, esto es al 16/01/2022, no han superado los 180 días, correspondiendo desde el día 3 a 180 a la EPS.

El artículo 121 del Decreto 19 de 2012 señala sobre el trámite de las incapacidades:

*“TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS.** En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. **Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.**”*

Es así, que el trámite que corresponde con las incapacidades, como se anotó, es el siguiente: Una vez al empleado le es generada la incapacidad para trabajar, tiene la obligación de hacerlo saber con su empleador, circunstancia que se tiene por cierta en este caso, en el cual la actora afirma que el empleador ha incumplido con el pago, bajo el supuesto de que la NUEVA EPS no ha realizado el pago de las incapacidades.

Posterior el empleador conocer acerca de la incapacidad de su empleada, este, a su vez, tiene a su cargo, el trámite de la misma ante la respectiva entidad, para su reconocimiento ya sea de manera directa al trabajador o en busca del reembolso, si ella ha realizado el pago de la misma en forma directa.

Como se aprecia, la señora YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ, acreditó haber sido incapacitada, por lo siguientes periodos: del 31/08/2021 al 04/09/2021, 06/09/2021 al 12/09/2021, 13/09/2021 al 20/09/2021, 21/09/2021 al 05/10/2021, 06/10/2021 al

11/10/2021, 05/11/2021 al 04/12/2021, 18/12/2021 al 16/01/2022, 17/01/2022 al 15/02/2022, las cuales están debidamente transcritas tal como se evidencia en archivo 03 del expediente digital, pero tal como lo narra la actora desde el mes diciembre el empleador SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., no realiza el pago de incapacidad.

Es claro entonces que la empresa accionada, SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., desconoció abiertamente los derechos laborales de la actora, en cuanto a la mora, más que injustificada para el trámite a su cargo, que en forma adicional, no se ajusta al realizado, pues tenía que de manera conjunta con la NUEVA EPS, realizar las gestiones para que en forma expedita le fueran reconocidas a la tutelante las incapacidades generadas, y no dilatar de manera gravosa los términos de dicho reconocimiento; siendo de su cargo el pago en forma directa o el trámite ante la EPS para lo respectivo, con la posibilidad de obtener el recobro de lo cancelado a la actora.

En este caso, la señora YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ , se ve sometida a una caprichosa tramitomanía, que desborda abiertamente los principios que gobiernan el régimen laboral, en donde su mínimo vital se ve comprometido, pues no se entiende cómo es que la empresa SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., se abstiene de realizar el pago de incapacidades aduciendo que la NUEVA EPS no ha realizado el pago de las mismas; observándose con su actuar, dejar de lado el bienestar de la actora, diligencia que no se ajusta a lo normado en la materia referida.

Por todo lo anteriormente expuesto, la acción de tutela no se orienta simplemente a garantizar un derecho legal o una prestación económico, como es el de obtener el pago de las incapacidades antes mencionadas, sino el derecho que tiene el accionante de una vida en condiciones dignas y a su mínimo vital y el de su familia; igualmente con la acción de tutela lo que se evita es llegar a un perjuicio irremediable, causado a toda la familia, por el no pago de las incapacidades laborales.

Al ser la tutela procedente en el presente caso, se debe establecer quién es el sujeto obligado al pago las incapacidades laborales debidamente dictaminadas a la señora YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ; encontrando que, bajo estas circunstancias, el juez constitucional puede ordenar transitoriamente un responsable provisional que efectúe dicho pago, no sin antes dejar en claro que a quien le corresponda desembolsar las prestaciones económicas, puede repetir contra aquél que la ley ordena debe realizarlo.

Sobre la decisión que toma el juez de tutela respecto de ordenar provisionalmente el pago de incapacidades, la Corte Constitucional en Sentencia T-786 de 2009¹³, manifestó:

“... el hecho de que la definición sea provisional no quiere decir que sea arbitraria. Como quedó expuesto en la consideración 3.4 de esta providencia, hay una serie de criterios y de reglas legales y jurisprudenciales para definir, cuando menos prima facie, quién está obligado a correr con las incapacidades laborales. Tras aplicar esos criterios a este caso, puede concluirse, en primer lugar, que la ARP no está en principio obligada a correr con las incapacidades, porque la enfermedad concreta que se reputa causante de las mismas no ha sido calificada específicamente, de acuerdo con el procedimiento legal, como de origen profesional. Mientras no haya una determinación puntual definitiva en ese aspecto, la enfermedad se reputa de origen común. Queda por determinar si el responsable provisional de pagar las incapacidades laborales por enfermedad de origen común es el empleador o la EPS Saludcoop.”

¹³ M.P. María Victoria Calle Correa.

En virtud de lo visto, este operador constitucional tendría que emitir la orden a la NUEVA EPS, quien bajo el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, al tratarse de incapacidades para trabajar por el periodo que oscila entre el día 3 y 180, es la responsable de asumir el pago de las incapacidades, pero dada la negligencia, inactividad y desidia de la empresa SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., en el trámite a su cargo, será dicha empresa la obligada al reconocimiento en forma provisional del valor correspondiente a las incapacidades laborales, durante el tiempo en que le fueron establecidas médicamente, sin ser en ningún momento el pago del valor de la incapacidad inferior al salario mínimo, estando en todo caso, habilitada la empresa accionada para repetir contra la entidad NUEVA EPS, lo anterior siempre y cuando demuestre la actora la presentación de las incapacidades a la empresa accionada y mientras subsistan las causas que dieron origen a esta decisión.

En consecuencia, se ordenará a la empresa SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S., que, si aún no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, a pagar el valor correspondiente a las incapacidades laborales, a la señora YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ, causadas desde el 31 de agosto de 2021 hasta el 15/02/2022, sin ser el pago del valor de la incapacidad inferior al salario mínimo.

Para el cobro de lo pagado por la empresa accionada con respecto a la NUEVA EPS, la misma podrá acudir al cruce de cuentas, o descuento por aportes, de acuerdo a lo normado para estos casos.

Si la presente sentencia no fuere impugnada dentro del término señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por la secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIDÓS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR LOS DERECHOS invocados por la señora **YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ con cédula de ciudadanía 1.193.511.694** en contra de la **NUEVA EPS** y **EMPLEADOR SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S.**, conforme se dijo en las motivaciones.

SEGUNDO: ORDENAR a la empresa **SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S.**, que, si aún no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, a pagar el valor correspondiente a las incapacidades laborales, a la señora YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ, causadas desde el 31 de agosto de 2021 hasta el 15/02/2022, sin ser el pago del valor de la incapacidad inferior al salario mínimo.

TERCERO: AUTORIZAR a **SOLUCIONES EN ASEO GR S.A.S.**, a repetir contra **NUEVA EPS**, lo pagado por concepto de incapacidades laborales a la señora YARLIN ANDREA BOTERO PÉREZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Si la presente sentencia no fuere impugnada dentro del término señalado en el art. 31 del Decreto 2591 citado, por la secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese en legal forma a las partes la presente providencia.



ALEJANDRO RESTREPO OCHOA
JUEZ

JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN CERTIFICA: Que el auto anterior se notificó por ESTADOS **023** fijados en la secretaría del despacho y en la Página de la Rama Judicial hoy **18 de Febrero de 2022** a las 8:00 a.m.



MARCELA MARIA MEJIA MEJIA
Secretaria