

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	Acción de Tutela
<b>Radicado</b>	13001-33-33-007-2021-00024-01
<b>Accionante</b>	TRANSPORTES FORMACK S.A.S.
<b>Accionada</b>	NUEVA EPS y COLPENSIONES
<b>Tema</b>	Pago incapacidades por enfermedad general/ vulneración al derecho al debido proceso.
<b>Magistrada Ponente</b>	Digna María Guerra Picón

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, sociedad de Transportes Formack S.A.S. contra la sentencia de fecha 16 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se declaró improcedente la acción de tutela promovida contra la NUEVA EPS y COLPENSIONES.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. DEMANDA

#### 3.1.1. Pretensiones

La sociedad accionante por medio de su representante legal solicitó:

*“PRIMERO: Se tutele el derecho fundamental constitucional al debido proceso, en favor de la empresa TRANSPORTES FORMACK SAS vulnerados por la NUEVA EPS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES*

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

*SEGUNDO: ORDENAR a quien corresponda bien sea NUEVA EPS o COLPENSIONES en un término no mayor a 24 horas, cancelar las incapacidades registradas desde el 04 de abril de 2018 hasta el 06 de mayo de 2019, las cuales no han sido canceladas a la empresa TRANSPORTES FORMACK SAS."*

### **3.1.2. Hechos**

Afirma la sociedad demandante que el señor Augusto Manuel Vélez Muñoz es trabajador de la empresa y, que desde el año 2011 ha venido presentado diagnóstico de cardiomiopatía isquémica, polineuropatía diabética, hipertensión arterial y diabetes mellitus.

En virtud de lo anterior, sus médicos tratantes de la NUEVA EPS le otorgaron incapacidades desde el 4 de abril de 2018 hasta el 1 de mayo de 2019.

Que la NUEVA EPS no ha cancelado a la empresa empleadora -Transportes Formack S.A.S.-, lo concerniente al pago del auxilio de incapacidad y, que por el contrario de manera injustificada ha argumentado en todas las peticiones que se le han formulado, que no le corresponde el pago, por existir concepto médico desfavorable para el trabajador.

Que, de igual forma, COLPENSIONES también se ha negado al pago de las incapacidades que le fueron otorgados al trabajador, argumentando que, al existir concepto de rehabilitación desfavorable, los exonera de dicho pago.

Señaló que ha cancelado todos los aportes correspondientes por salud y pensión del trabajador, así mismo asumió el pago de dichos auxilios de incapacidad, por ser una obligación legal frente al trabajador, pero la negativa de la NUEVA EPS y de COLPENSIONES, le han ocasionado un detrimento a la empresa, por cuanto no han devuelto los aportes correspondientes.

### **3.2. CONTESTACIÓN**

#### **3.2.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**

No rindió el informe, a pesar de haber recibido el mensaje de datos donde se le notificó la acción de tutela, el 8 de febrero de 2020.

#### **3.2.2. NUEVA EPS**

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

En el informe rendido, señaló que el señor Augusto Manuel Vélez Muñoz se encuentra afiliado a la Nueva EPS, en estado activo en régimen contributivo desde el 11 de marzo de 2011.

Que completó los 180 días de incapacidad el día 27 de marzo de 2019 Y presentó 220 días de incapacidad continuos al 6 de mayo de 2019.

Que las incapacidades fueron notificadas a la parte accionante, sin derecho a reconocimiento económico porque presentaba concepto de rehabilitación desfavorable. El día 9 de octubre de 2020 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó la pérdida de capacidad laboral con un 41.15% y fecha de estructuración del 31 de julio de 2019.

Argumenta que el señor Augusto Manuel Vélez Muñoz presenta una PCL inferior al 50%, razón por la cual no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que, si la pérdida de capacidad laboral es calificada entre el 5% y el 49.9%, se adquiere el status de afiliado incapacitado permanente parcial, de acuerdo a lo establecido en el literal b) del artículo 2 del Decreto 917 de 1999.

En ese sentido, asevera que la acción de tutela en cuestión debe declararse improcedente, atendiendo a la naturaleza misma de esta acción, toda vez que la empresa accionante pretende que se le reconozcan derechos económicos, existiendo otros medios de defensa para acceder a la justicia y reclamar dichos derechos.

Por las anteriores razones, solicita que no se acceda a las pretensiones del accionante y se declare la improcedencia de la acción de tutela.

### **3.3. ACTUACIÓN PROCESAL**

Por auto de fecha 4 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena admitió la presente acción de tutela, ordenando la notificación a la NUEVA EPS y a COLPENSIONES. Se dispuso, además, correr traslado del escrito de tutela y de sus anexos a la parte accionada, para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas allegara el informe correspondiente.

### **3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

Mediante sentencia de fecha 16 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena resolvió declarar improcedente la acción de tutela promovida por TRANSPORTES FORMACK SAS contra la NUEVA EPS y COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, sostuvo el A quo que la acción de tutela es improcedente porque no se satisface el requisito de inmediatez teniendo en cuenta que la acción de tutela se presentó el 3 de febrero de 2021, cuando han pasado once (11) meses desde la respuesta negativa, sin que medie debidamente acreditada una causa que justifique la inactividad de la accionante para ejercer este medio judicial, y que, teniendo en cuenta lo anterior, supera entonces el termino razonable que exige la correlación temporal entre la vulneración de los derechos y la activación del mecanismo de protección constitucional.

Tampoco se cumple con el requisito de subsidiaridad porque la empresa accionante tiene a su disposición medios que el despacho encuentra idóneos para obtener el reembolso de las incapacidades pagadas, ya que bien puede acudir ante la Superintendencia de salud, conforme con la ley 1438 de 2011 y el decreto 4023 de 2011, o ante el juez laboral mediante el proceso ordinario.

### **3.5. IMPUGNACIÓN**

El 22 de febrero de 2021, la parte accionante impugnó la sentencia de primera instancia, señalando que, respecto al requisito de inmediatez, el despacho de primera instancia obvió la respuesta negativa que se obtuvo de la NUEVA EPS y COLPENSIONES el día 22 de diciembre de 2020, lo cual se enunció en el hecho sexto de la acción de tutela.

Con respecto al requisito de subsidiariedad, el impugnante cuestionó la tesis del juez de primera instancia, cuando invoca que la garantía es únicamente para el trabajador, desconociendo que la empresa Transportes Formack SAS, ha garantizado el auxilio económico al trabajador, en aras de que su mínimo vital no se vea afectado, pese a la grave situación económica que se originó a raíz de la pandemia del COVID 19, que en el mes de marzo paralizó el objeto que adelanta la empresa.

Finalmente, el impugnante considera que la negativa de Colpensiones al no dar respuesta a la acción de tutela, debió dar aplicación a las sanciones

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

procesales existentes, ya que el accionado demandado no cumplió con la carga procesal impuesta por el juzgado.

Por las anteriores razones, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se concedan los derechos fundamentales incoados.

### **3.5.1. Trámite de la impugnación**

Por auto de fecha 23 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena concedió la impugnación interpuesta oportunamente por la sociedad accionada.

## **IV. -CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que, en el desarrollo de las etapas procesales, no existen vicios que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **5.1. COMPETENCIA**

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver las impugnaciones presentadas contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena.

### **5.2. PROBLEMA JURÍDICO**

Atendiendo a los argumentos planteados en el escrito de tutela y en la impugnación, corresponde a la Sala determinar:

*¿Resulta procedente la acción de tutela en este caso para ordenar el reembolso de lo pagado por el empleador por concepto de incapacidades?*

En caso de ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, se determinará:

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

*¿COLPENSIONES y la NUEVA EPS, vulneran el derecho fundamental al debido proceso de Transportes Formack SAS, al sustraerse de devolverle a la empresa demandante lo pagado por concepto de incapacidad del señor Augusto Manuel Vélez Muñoz?*

### **5.3. TESIS**

La Sala sostendrá como tesis que no es procedente la acción de tutela, esencialmente, porque se considera que no se supera el requisito de subsidiariedad, en tanto que, la demandante dispone de otros medios de defensa para solicitar la devolución de lo pagado por concepto de las incapacidades del señor Augusto Manuel Vélez Muñoz.

### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

#### **5.4.1. Generalidades de la acción de tutela**

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que, de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

#### **5.4.2. Procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades.**

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y la doctrina constitucional vigente, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar el pago de acreencias laborales, específicamente de incapacidades, salvo que i) se vean afectados o amenazados los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y subsistencia del interesado, ii) en tanto el medio ordinario, atendiendo las circunstancias del caso particular, resulta ineficaz y iii) siempre que quien acciona carezca de fuente de ingresos adicional que le permita sufragar sus gastos y los de su núcleo familiar<sup>1</sup>.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado tres situaciones en las que resulta procedente la acción de tutela para efectos de obtener el pago que, por concepto de incapacidades laborales corresponde, a saber:

1. Cuando las sumas recibidas por incapacidades constituyen el único medio de subsistencia del accionante, cuestión que debe determinarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular, debiéndose ponderar los ingresos respecto de las necesidades.
2. Cuando se produce un menoscabo en la salud del interesado, en tanto la falta de recursos impide su recuperación satisfactoria, por cuanto puede verse obligado a reincorporarse a sus labores de manera prematura.
3. Cuando las EPS no cancelan el valor de las incapacidades alegando el pago tardío o extemporáneo, por parte del empleador o del trabajador independiente, de los respectivos aportes<sup>2</sup>, caso en el cual se configura lo que se ha denominado allanamiento a la mora, sin que le sea dable transferir la carga a quien efectúa la cotización.

## **5.5. CASO CONCRETO**

### **5.5.1. Hechos probados**

5.5.1.1. El señor Augusto Manuel Vélez Muñoz tiene diagnóstico de cardiomiopatía isquémica, polineuropatía diabética, hipertensión arterial y diabetes mellitus, como se desprende de la comunicación y concepto de

---

<sup>1</sup> La Corte Constitucional, Sentencia T-485 de 2010, Referencia: expediente T-2550566 - Acción de tutela instaurada por Sandra Silva Bustamante contra Techno Digital S.A. y Fondo de Pensiones Porvenir S.A. - Magistrado Ponente: - Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Pág. 6. Ver también Corte Constitucional sentencia T- 200 de 2017

<sup>2</sup> Ver Sentencia T-1242 de 2008.

**Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01**

rehabilitación de la Nueva EPS de fecha 8 de enero de 2019 y del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 9 de octubre de 2020.

5.5.1.2. Con ocasión del anterior diagnóstico, sus médicos tratantes le han expedido incapacidades desde el 4 de abril de 2018 hasta el 6 de mayo de 2019, las cuales no han sido canceladas a la empresa Transportes Formack SAS.

5.5.1.3. La Nueva EPS emitió el concepto de pronóstico de rehabilitación desfavorable del señor Augusto Manuel Vélez Muñoz, por las patologías de cardiomiopatía isquémica, polineuropatía diabética, hipertensión arterial y diabetes mellitus, el cual tiene fecha de expedición del 5 de enero de 2019.

5.5.1.4. El referido concepto fue comunicado y remitido a la administradora de pensiones Colpensiones el 8 de enero de 2019, indicándose que no se requiere cursar procedimiento de calificación de origen para las patologías. En la misma fecha, le fue comunicada la remisión del concepto al señor Augusto Manuel Vélez Muñoz.

5.5.1.5. La sociedad accionante radicó solicitud de reintegro de las incapacidades expedidas a nombre del trabajador Augusto Manuel Vélez Muñoz ante la Nueva EPS el 21 de junio de 2019.

5.5.1.6. El 2 de julio 2019, mediante comunicación electrónica dirigida al representante legal de Transportes Formack SAS, la Nueva EPS reiteró que no se le reconocería las prestaciones económicas objetos de la solicitud, debido a que el afiliado presenta concepto desfavorable de rehabilitación.

5.5.1.7. Mediante oficio de fecha 24 de julio de 2019 Colpensiones informa, entre otras cosas, que se ha negado al pago de las incapacidades que le fueron otorgados al trabajador, argumentando que, al existir concepto de rehabilitación desfavorable, los exonera de dicho pago.

5.5.1.8. El día 09 de octubre de 2020 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó la pérdida de capacidad laboral con un 41.15% y fecha de estructuración del 31 de julio de 2019.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

### **5.6. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

Con fundamento en el marco normativo y jurisprudencial expuesto, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, siendo el primero de ellos, el relacionado con la procedencia de la acción de tutela.

De una confrontación de los hechos probados, de cara al marco jurídico y jurisprudencial señalado en esta providencia, evidencia la Sala que no están acreditados los supuestos excepcionales para que la acción de tutela sea procedente para el pago de acreencias laborales.

Aplicando las reglas señaladas por la jurisprudencia constitucional, para encontrar acreditado el requisito de inmediatez en el presente asunto, la Sala coincide con la A quo en que se probó dentro del expediente que la última respuesta negativa fue dada por la NUEVA EPS el 5 de marzo de 2020, por cuanto más allá de lo expresado por la parte demandante en los hechos, no existe prueba que corrobore dicha actuación, de manera que hasta la presentación de la acción de tutela, que ocurrió el 3 de febrero de 2021, han transcurrido casi 9 meses desde la respuesta negativa, sin que se exponga y demuestre causal justificativa por el no uso oportuno de esta garantía constitucional.

Ahora, si en gracia de discusión se acepta que la sociedad demandante presentó una nueva petición vía telefónica ante las accionadas el 22 diciembre de 2020, y con ello dar por acreditado el requisito de la inmediatez; tampoco estaría acreditado el requisito de la subsidiariedad, en tanto, se estima que este no es el mecanismo para solicitar la devolución de lo pagado por concepto de incapacidades, ni para dirimir el aparente conflicto existente entre empleador, EPS y Fondo de Pensiones, por el pago de esta prestación económica.

Se debe aclarar que por vía jurisprudencial se ha determinado la procedencia de la acción de tutela cuando el empleado solicita el pago de las incapacidades, en aras de preservar el mínimo vital del trabajador, por cuanto ello constituye el único sustento económico que podría recibir en ese momento de convalecencia.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el conflicto es planteado por el empleador, porque la EPS y el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el empleado, se oponen al reembolso de lo pagado por concepto de incapacidades, pues, para ello el legislador previó un trámite jurisdiccional que debe ser agotado en este caso por el empleador.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

En lo referente al conflicto suscitado entre el empleador y la NUEVA EPS, se tiene que el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, indica que el empleador tiene derecho de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas, las cuales prescriben en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador. En ese mismo orden, el literal g) del artículo 126 de la misma ley, le confiere facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, para dirimir los conflictos que se susciten entre el empleador y la EPS por el pago de prestaciones económicas.

En lo que corresponde al posible conflicto que se pueda suscitar entre el empleador y el Fondo de Pensiones, se tiene que el mismo puede ser dirimido por los jueces laborales, conforme la competencia establecida en el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social<sup>3</sup>, que estipula el conocimiento de controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.

En ese orden de ideas, se concluye que la sociedad demandante dispone de otros medios de defensa para ventilar el reconocimiento de la prestación económica cuyo reembolso procura de la NUEVA EPS y COLPENSIONES. Por lo tanto, al no evidenciarse la posibilidad de que se le cause un perjuicio irremediable si acude a los mecanismos ordinarios que dispone, se considera que la solicitud de amparo es improcedente.

Por las anteriores razones, no es posible dar aplicación a la presunción de veracidad de los hechos de la demanda, cuando no hay respuesta a la acción de tutela por parte de los demandados, de acuerdo a lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y se debe confirmar la decisión de primera instancia que declaró improcedente la solicitud de amparo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

<sup>3</sup> Modificado por el artículo 622 del Código General del Proceso.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00024-01

**VI.- FALLA**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Comuníquese la presente providencia a las partes y al juzgado de origen.

**TERCERO:** Remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

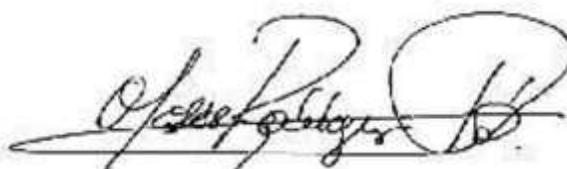
**LOS MAGISTRADOS**



**DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN**



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**



**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ**  
Magistrado