



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente	DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Asunto	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	1100131050 04 2022 00395 01
Accionante	NANCY PATRICIA CARMONA PENAGOS
Accionados	NUEVA EPS Y LA AFP PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., primero (1º) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

I. ANTECEDENTES:

1.1. DE LA ACCIÓN:

La señora NANCY PATRICIA CARMONA PENAGOS instauró acción constitucional de tutela en contra de la NUEVA EPS Y LA AFP PORVENIR S.A., con la finalidad que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, seguridad social, petición y debido proceso administrativo.

Por consiguiente, pretende se ordene a la entidad correspondiente sufrague las incapacidades medicas adeudadas de mayo a noviembre de 2021 y del 7 de abril de 2022 a la fecha. Además, se ordene a la entidad correspondiente realice valoración médico laboral a fin de determinar las secuelas y establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo que labora desde noviembre de 2011 como vendedora en la empresa de calzado NUEVA MODA, devengando a la fecha un salario básico de \$600.000, más comisiones; que desde el 23 de noviembre de 2019 viene padeciendo graves problemas de salud, como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencia de artrosis en la rodilla derecha. Además, expuso que como consecuencia de dicha enfermedad ha tenido numerosas incapacidades médicas desde el 23 de noviembre de 2019 con algunas interrupciones ante la demora en la programación de cirugías, debiendo reintegrarse a su trabajo.

Igualmente, adujo que le han realizado cuatro (4) cirugías y está pendiente de llevarse a cabo una de cambio de implante ortopédico y que la ingesta de medicamentos para el tratamiento le ha ocasionado una gastritis, por lo que tuvo que ser hospitalizada el 4 de septiembre de 2022.

De otro lado, narró que la NUEVA EPS ha solicitado en varias ocasiones a PORVENIR S.A. le califique la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en atención a las secuelas por limitada flexión y extensión de la rodilla derecha y dolor articular, ya que la EPS niega que sea su competencia enviarla a medicina laboral.

Añadió que no le han pagado las incapacidades medicas generadas de mayo a noviembre de 2021 y desde el 7 de abril de 2022 hasta la fecha, pese a que la misma EPS ha expresado que las incapacidades han sido radicadas oportunamente, y se ha informado a la AFP y se han expedido igualmente los conceptos requeridos.

Mencionó que ha elevado derechos de petición a través de su empleador a las encartadas para obtener el pago de las incapacidades, y que radicó queja ante la SUPERSALUD ya que no se había dado respuesta de fondo a las peticiones, ya que las accionadas refieren que no es su obligación, endilgándose responsabilidad mutuamente entre sí, o que hace falta el concepto de rehabilitación de los años 2020 y 2021, los cuales señala la EPS remitió al fondo de pensiones y éste a su vez indica que no lo ha recibido.

Expone que su único ingreso es el salario que devenga, por lo que la falta de pago de las incapacidades no le ha permitido sufragar sus necesidades básicas como el arriendo, la alimentación, los servicios públicos, la salud, el transporte, entre otros, máxime cuando vive sola y no cuenta con el apoyo de sus hijos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

quienes no están en condiciones económicas de ayudarla, reitera que adeuda los cánones de arriendo y un crédito con una entidad bancaria, por lo que está a punto de ser desalojada y que uno de sus créditos ya está en cobro jurídico, situaciones todas que le generan angustia. (archivo 01).

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN:

Mediante auto adiado el 13 de septiembre de 2022, el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ avocó conocimiento de la presente acción en contra de la NUEVA EPS y la AFP PORVENIR S.A., concediéndoles el término de veinticuatro (24) horas a efectos de rendir el correspondiente informe. (Archivo 03).

En virtud de lo anterior, la accionada PORVENIR S.A. manifestó en su contestación que fue notificada de un concepto de rehabilitación emitido el 14 de agosto de 2019, en consecuencia, reconoció y pagó a favor de la actora el subsidio de incapacidad de las prórrogas causadas del 3 de noviembre de 2019 al 20 de diciembre de 2019.

De la misma forma, adujo que, pese a que la NUEVA EPS emitió un nuevo concepto favorable de rehabilitación el 22 de abril de 2022, esa administradora de pensiones desconoce si la promotora tuvo interrupción en su estado de incapacidad o por el contrario los rangos que solicita vía tutela son prórrogas de las inicialmente generadas, por lo que se hace necesario aclarar si en el presente caso se generó un nuevo rango de incapacidad y se establezca en que día exactamente se encuentra la actora, advirtiendo que únicamente asumirá el pago desde el día 181 hasta el 540 de incapacidad, siempre y cuando el concepto de rehabilitación hubiese sido emitido en el término descrito en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, de lo contrario la EPS deberá asumir el pago de las incapacidades.

Adicionalmente, señaló que el término para el reconocimiento y pago de incapacidades se encuentra debidamente reglado, pues del día 1 a 2 lo asume el empleador, del 3 al 180 la EPS, conforme lo establecido en el artículo 1º del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Decreto 2943 del 2013, del día 181 al 540 está a cargo del fondo de pensiones, según el artículo 52 de la Ley 962 del 2005 y del 541 en adelante la EPS, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

Así las cosas, solicita se denieguen o declaren improcedentes las pretensiones de la acción de amparo, ya que no ha vulnerado derecho fundamental alguno. (archivo 05).

La NUEVA EPS S.A., indicó en su informe que la accionante se encuentra en estado activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de esa entidad promotora en salud en el régimen contributivo.

Igualmente, relató que desde el área de medicina laboral de esa entidad se indicó que se emitió concepto de rehabilitación con pronóstico favorable que incluye el diagnóstico motivo de las incapacidades, el cual remitió a PORVENIR S.A. el 22 de abril de 2022, el cual brinda alcance del estado de salud actual de la usuaria previamente notificado a ese fondo el 29 de agosto de 2019, ello a fin de garantizar el pago de las incapacidades posteriores al día 181 por parte del fondo de pensiones y hasta definir la calificación de la pérdida de capacidad laboral, la cual en el caso de enfermedades de origen común está a cargo de la AFP, según lo normado en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Más adelante, señaló que la acción de tutela es improcedente para el pago de derechos de contenido económico, memorando el empleador tiene a cargo el pago de los dos (2) primeros días; desde el día 3 hasta el día 180 la obligación está a cargo de las EPS y a partir del día 180, la prestación económica corresponde a las Administradoras del Fondo de Pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable, periodo en el que es deber del fondo realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral, igualmente, sostuvo que las incapacidades posteriores al día 540 está a cargo de la EPS con recobro a la ADRES, siempre que se acrediten los requisitos de ley. En consecuencia, solicita se declare improcedente la acción de tutela y de manera subsidiaria solicita se verifique si se han realizado los pagos a seguridad social



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

oportunamente, so pena de que se ordene el pago de la respectiva mora de la cotización tardía. Por último, señala que en caso de acceder a la solicitud de amparo se ordene el recobro a la ADRES y que la AFP de la accionante emita el dictamen de PCL. (Archivo 06).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 26 de septiembre de 2020 tuteló los derechos pretendidos por la accionante.

Por ello, ordenó a la AFP PORVENIR pagar a la actora las incapacidades pendientes del periodo 2021 y 2022, y que en un término no mayor a 30 días proceda con los tramites tendientes a la calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionada, así mismo, conminó a la NUEVA EPS a que si hay lugar a emitir un nuevo concepto de rehabilitación se proceda con ello y se remita de manera inmediata a la AFP para lo correspondiente.

Para arribar a dicha conclusión, memoró el *a-quo* que lo pretendido por la actora era el pago de las incapacidades generadas de mayo a noviembre de 2021 y partir del 7 de abril de 2022 a la fecha, destacando que en el presente asunto es procedente la tutela debido al precario estado de salud de la actora y los limitados ingresos económicos de ésta, ya que no cuenta con otro medio para proveer su sustento, tal como lo afirmó en los hechos de la acción de tutela, sin que se acreditara lo contrario, lo que le generaría un perjuicio irremediable.

Expuso que las incapacidades son producto de una gonartrosis no específica, siendo su trabajo la única fuente de ingresos, advirtiendo que le fueron expedidas incapacidades desde mayo hasta el mes de noviembre de 2021, y posteriormente desde abril de 2022 a la fecha, todas consecuencias de la enfermedad que padece, las cuales refiere la accionante que no le han sido canceladas, derecho que le asiste conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así, una vez revisados los documentos aportado al plenario en cada una de las contestaciones y en la acción de tutela se evidencia que las incapacidades fueron allegadas por parte de la actora a la entidad accionada PORVENIR, en donde esa encartada le fue remitido concepto de rehabilitación el 20 de abril de 2022.

Así las cosas, el juez constitucional de instancia concluyó que las incapacidades pendientes de pago, le correspondía sufragarlas a PORVENIR, teniendo en cuenta el alcance del concepto de rehabilitación, según lo consagrado en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, siendo además forzoso concluir que hay lugar a realizar la calificación al accionante con miras a proteger sus derechos constitucionales, ello si se tiene en cuenta la situación específica de salud que padece, la cual se ha mantenido en el tiempo sin límite de recuperación. (archivo 07).

IV. IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la impugnó, arguyendo que la sentencia adolece de defecto sustantivo, ya que el juez de primer grado no tuvo en cuenta los periodos de interrupción de más de treinta días, frente al pago de las incapacidades, lo que significa que para cada interrupción se inicia un periodo de incapacidad nuevo y por lo tanto nace nuevamente el derecho al pago del subsidio a cargo del empleador y la EPS, tal como lo establece la norma que regula la materia.

Por tanto, solicita se revoque la sentencia de primer grado ya que no adeuda suma alguna a la gestora, por el contrario, solicita se ordene a la EPS enjuiciada sufrague las incapacidades no reconocidas, como quiera que se generó una interrupción de más de treinta días, lo que hace que se genere un nuevo rango de incapacidades.

V. CONSIDERACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sería del caso proceder con la resolución de la impugnación presentada por la encartada PORVENIR S.A., sino fuese porque dentro del presente asunto se configura una causal de nulidad por falta de integración del contradictorio, por las razones que pasan a exponerse.

Al respecto, debe decirse que, pese a la sumariidad del trámite de tutela, su desarrollo no escapa a las garantías constitucionales de todo proceso judicial, por tanto, si éste se ha surtido sin el conocimiento de cualquiera de las partes o de terceros con interés en la decisión que tome el Juez constitucional, dicha circunstancia comporta una violación al derecho de contradicción y defensa, y por ende, del debido proceso establecido en el artículo 29 de la Carta Política.

Además, el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, ordena que todas las providencias que se profieran en desarrollo de la acción de tutela *“se notifican a las partes o intervinientes por el medio que el Juez considere más expedito o eficaz”*, y de acuerdo con el artículo 5 del Decreto 306 de 1992, es parte *“la persona que ejerce la acción de tutela y el particular, la entidad o autoridad pública contra la cual se dirige la acción de tutela de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991”*.

De cara a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia SU116 de 2018, al referirse sobre el deber del Juez Constitucional de integrar el contradictorio en su totalidad, expuso lo siguiente:

Esta Corporación ha señalado que “el juez constitucional, como director del proceso, está obligado a -entre otras cargas- integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico”. En cuanto a la integración del contradictorio en sede de tutela, la jurisprudencia constitucional señala que es un deber del juez de primera instancia, puesto que de esa manera garantiza a la parte interesada la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa durante el desarrollo de la tutela, vinculando a los interesados, es decir, a todas las personas “que puedan estar comprometidas en la afectación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico”.

Bajo ese escenario, advierte este Juez Colegiado que dentro del presente asunto, la actora pretende el pago de las incapacidades médicas adeudadas de mayo a noviembre de 2021 y del 7 de abril de 2022 a la fecha; igualmente, solicita se ordene a la entidad correspondiente realice valoración médico laboral a fin de determinar las secuelas y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

En esa medida, el juez constitucional de primer grado al admitir la presente acción de amparo, ordenó integrar al contradictorio por pasiva a la NUEVA EPS S.A. y a PORVENIR S.A., como lo solicitó la gestora en el escrito tutelar; sin embargo, omitió vincular al empleador de ésta al cual hizo alusión en los hechos de la demanda de tutela, máxime cuando en el *sub lite* se controvierte la interrupción y la obligatoriedad en el pago de las incapacidades frente a cada una de las entidades establecidos en la ley, como viene de verse, según lo expuesto por las encartadas en los informes que rindieron ante el *a-quo*.

Luego, era necesario que, en aras de preservar el debido proceso, así como el de contradicción y defensa, el fallador de instancia procediera con la vinculación de la sociedad que funge como empleador de la promotora, ya que es uno de los responsables del pago del auxilio económico por incapacidad, conforme lo normado en el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013; ya que puede verse afectado como consecuencia de la decisión que aquí se adopte, al estar en controversia el pago de los rubros que aquí se reclaman.

Por lo anterior, habrá de declararse la nulidad de la sentencia proferida por el juez constitucional de primer grado, para que en su lugar proceda a vincular al trámite al empleador BLADIMIRO ALFONSO BEJARANO en su calidad de propietario del establecimiento de comercio CALZADO NUEVA MODA (folio 16 archivo 01 y folio 4 archivo 06), y una vez efectuado lo de su cargo, emita la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

respectiva sentencia, manteniendo incólumes todas las actuaciones y pruebas surtidas con anterioridad a la decisión de fondo. Así se decidirá.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, como consecuencia de la indebida integración del contradictorio, al no haberse integrado al empleador de la accionante, BLADIMIRO ALFONSO BEJARANO en su calidad de propietario del establecimiento de comercio CALZADO NUEVA MODA; de conformidad con lo establecido en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR al fallador de instancia VINCULAR al mencionado empleador, por lo que deberá efectuar su notificación a efectos de que se pronuncie respecto de la acción de tutela.

TERCERO: MANTENER incólumes las actuaciones y pruebas surtidas con anterioridad a la sentencia proferida.

CUARTO: DEVOLVER la tutela al Juzgado de Origen con la finalidad que dé cumplimiento a la orden aquí impartida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado