

*REPÚBLICA DE COLOMBIA*  
*RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO*



*JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO*  
*PALMIRA – VALLE*

**SENTENCIA TUTELA PRIMERA INSTANCIA N° 009**  
Veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**1. MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Proferir sentencia de primera instancia en este trámite de tutela iniciado por la señora **SANDRA PATRICIA HENAO ARISTIZABAL**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.781.129 expedida en Palmira (V), número telefónico 3183743572 y correo electrónico **lilivelezm29@gmail.com**, contra la **NUEVA EPS S.A.**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al **MÍNIMO VITAL, PETICIÓN, DIGNIDAD HUMANA Y SEGURIDAD SOCIAL**.

**2. ANTECEDENTES**

Sostiene la accionante que se encuentra afiliada a la **NUEVA EPS** desde hace varios años en calidad de trabajador independiente; durante varios años sufrió de dolor en la espalda y depresión por baja auto estima debido al tamaño desproporcional de sus mamas, razón por la cual el 17 de septiembre de 2021 le practicaron una cirugía de mamoplastia por reducción.

Agrega que, debido a la intervención quirúrgica, fue incapacitada desde el 17/09/2021 hasta 16/10/2021 y desde el 17/10/2021 hasta 31/10/2021, por lo que procedió a radicarlas, a través de su contratista construcciones hadi SAS, en la respectiva EPS, siendo las mismas autorizadas por la Nueva EPS, quedando pendiente de pago y/o consignación.

A finales del mes de enero presentó una PQR a la **NUEVA EPS**, donde les solicitaba el pago de las incapacidades, pues ya había pasado más de un mes desde autorizadas; petición que fue resuelta en los siguientes términos: “Validando la información, la incapacidad No. 7329033 con fecha de inicio 17/10/2021 se encuentra en estado pagada con fecha de transferencia 2022-01-12 a la cuenta Banco AV VILLAS 1580328 “ahorros”. No obstante, a la fecha, no existe consignación alguna por parte de la entidad en la cuenta de ahorros mencionada, generándose una afectación gravísima a su mínimo vital y al de su familia, toda vez que su salario como trabajadora independiente es el único sustento y ha debido soportar una situación indescriptible; en este



momento se encuentra desempleada, y no he podido seguir pagando la seguridad social.

Con la narración de los hechos solicita se ordene a la NUEVA EPS el pago de las incapacidades que le fueron expedidas por el galeno tratante. Como pruebas anexó; cédula de ciudadanía, respuesta de la Eps, incapacidades médicas.

### 3. DEL TRÁMITE

Mediante Auto Interlocutorio N° 009 del 8 de febrero de 2022, este Despacho asumió el conocimiento de la presente acción de tutela, ordenando la notificación del ente accionado –NUEVA EPS S.A., corriendo el respectivo traslado, en aras de resguardar el derecho a la contradicción y defensa. Igualmente se dispuso el decreto de oficio de las siguientes pruebas; 1)ORDENAR a los accionados que dentro del término de dos (2) días, contados desde la hora y día en que se reciba la comunicación, manifieste lo que considere pertinente con relación a la presente acción de tutela, en cuyo término podrá aportar pruebas, 2) ORDENAR al BANCO AV-VILLAS-Oficina Palmira-para que, en el término de dos (2) días, contados a partir de la notificación del presente proveído, informe con destino al presente asunto si a la señora SANDRA PATRICIA ARISTIZABAL, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.781.129 expedida en Palmira (V), le fueron depositados en su cuenta bancaria de ahorros 1580328\*\*, perteneciente a esa Entidad, dineros provenientes de la NUEVA EPS S.A., correspondientes a pago de incapacidades médicas, en especial para la fecha 12/01/2022”

#### 3.1. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

Al llamado concurre el apoderado especial de la NUEVA EPS S.A informando que la accionante pretende lograr mediante la acción de tutela el reconocimiento de prestaciones económicas, pretensión meramente económica que no puede ser dirimida por el mecanismo constitucional dicha controversia debe ser llevada a la jurisdicción ordinaria en este punto la acción de tutela perdió su esencia dado que no existe una afectación inmediata a un derecho fundamental de hecho a la fecha no se está vulnerando ningún tipo de derecho fundamental.

Agrega que, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales y, por tanto, no puede ser utilizada para perseguir el reconocimiento de derechos de diferente categoría a estos, pues precisamente la acción de tutela se institucionalizó, pero no con el objetivo de perseguir la protección a derechos que solo tienen rango legal, o para hacer cumplir las leyes, los decretos o cualquier otra norma de rango inferior a la Constitución Política.



Refiere que las incapacidades son canceladas con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, en tal sentido, la normatividad vigente en materia de seguridad social ha establecido que, una vez se realiza la verificación de los requisitos para el reconocimiento económico de la incapacidad, las entidades promotoras de salud efectúan el pago de la incapacidad con recursos propios a los empleadores y posteriormente proceden a efectuar el recobro de tales sumas al Fondo de Solidaridad y Garantía. En consecuencia, las incapacidades de los afiliados del régimen contributivo se cancelan con recursos públicos pues, como se vio, es el Fondo de Solidaridad y Garantía quien efectúa el pago.

Bajo sus argumentos, solicita se deniegue la acción de tutela por improcedente, como quiera que la EPS en ningún momento ha vulnerado o pretendido vulnerar algún derecho fundamental, ello por cuanto la controversia de derechos de origen económico no es susceptible de ampararse mediante la Acción de Tutela.

#### 4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

##### 4.1 PROBLEMA JURÍDICO. –

De acuerdo con la situación fáctica, normativa y probatoria que sustenta la acción de tutela que se decide, corresponde a este Despacho determinar su procedencia frente al caso particular y la presunta vulneración de los derechos incoados por la accionante, por parte de la NUEVA EPS S.A. al no cancelarle las incapacidades médicas que se le generaron del 17/09/2021 al 16/10/2021 y del 17/10/2021 al 31/10/2021, con ocasión a una cirugía plástica realizada, y que constituyen su única fuente de ingreso económico.

##### 4.2 DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

**4.2.1 *Derecho al Mínimo Vital y Móvil:*** La génesis de la Acción de Tutela deviene de la defensa de los derechos fundamentales, como parte inherente de la persona humana, y, que vista la amenaza o vulneración de estos, se puedan proteger por esta vía excepcional, dada la ausencia de otras vías judiciales ordinarias o por la posible ineptitud de las vías ordinarias si las hubiere. Por lo tanto, la acción de tutela no es, en principio, ni la vía ni la autoridad judicial apropiada, ***para reconocer derechos de orden legal.*** Sin embargo, la Corte Constitucional<sup>1</sup> en innumerables pronunciamientos ha establecido la improcedencia de la acción de tutela para el cobro de acreencias laborales, ante la existencia de otros medios de defensa judicial.

Sin embargo, ha establecido que **de manera excepcional** es viable cuando el pago oportuno de los salarios se convierte en la única fuente de ingresos para

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-285 de 2005.



llevar una vida en condiciones dignas y justas, constituyéndose el mencionado pago en un derecho fundamental de aplicación inmediata destinado a suplir el mínimo vital de las personas, en aras de evitar un perjuicio irremediable; de tal suerte que cuando el cese del pago de salarios se prolonga indefinidamente en el tiempo, el empleador no pone sólo al empleado sino a la familia que depende de él en una situación de indefensión que hace necesaria la intervención rápida y eficaz del juez de tutela, así éste cuente con otro mecanismo de defensa judicial en la vía laboral, ya que otros derechos empiezan a verse afectados por dicha omisión, situación que justifica la procedencia excepcional de la acción de tutela<sup>2</sup>.

Nuestro Cuerpo colegiado Constitucional ha indicado que se presume la violación al derecho del Mínimo Vital y Móvil, cuando: “... las hipótesis fácticas mínimas que deben cumplirse para que puedan tutelarse el derecho fundamental al mínimo vital mediante la orden de pago oportuno del salario debido son las siguientes: (1) Que exista un incumplimiento salarial (2) que afecte el mínimo vital del trabajador, lo cual (3) se presume si el incumplimiento es prolongado o indefinido, salvo que (4) no se haya extendido por más de dos meses excepción hecha de la remuneración equivalente a un salario mínimo, o (5) el demandado o el juez demuestren que la persona posee otros ingresos o recursos con los cuales puede atender sus necesidades primarias vitales y las de su familia, (6) sin que argumentos económicos, presupuestales o financieros puedan justificar el incumplimiento salarial. ...”<sup>3</sup>.

Igual circunstancia acontece ante el no pago de incapacidades, pues indudablemente se afecta el derecho al mínimo vital, ya que son ellas las que vienen a sustituir al salario del que pende la subsistencia de quien padece la enfermedad: “El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”<sup>4</sup>.

En el caso particular la señora Sandra Patricia Henao fue incapacitada entre los meses de septiembre y octubre de 2021, en razón a una cirugía (mamoplastia por reducción); ello le impidió en su momento laborar, y por tanto depender económicamente del pago de sus incapacidades. No obstante, la NUEVA EPS, pese haber transcurrido cerca de cuatro meses, no ha cancelado la mencionada prestación, mismas que se convierten en la única fuente de ingreso, por lo que la falta de pago de ellas, se configura una vulneración a su derecho del MÍNIMO VITAL Y MÓVIL, aunado que la situación se empeora debido a la contingencia que atraviesa el país por la pandemia del coronavirus *covid-19*, resultando admisible el estudio en instancia de tutela del *sub judice*.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2003.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-809 de 2006.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-311 de 1996.



**4.2.3 De reconocimiento y pago de incapacidades médicas.** La primera norma que reguló el tema de las incapacidades médicas, fue el Código Sustantivo del Trabajo que, en su artículo 227, la estipuló como el valor del “*auxilio monetario por enfermedad no profesional*”, así pues, cuando el trabajador es incapacitado y aquella no supera los dos días estará en cabeza del empleador el pago de ella y desde el día 3 hasta el 180 es responsabilidad de la E.P.S. en la que se encuentre afiliado el paciente– Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013–. Así, al superar los 180 días, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 establece que dicha obligación recae en cabeza de los fondos de pensiones y, de ser necesario, podrá prorrogarse por otros 180 días, mientras se establece la pérdida de capacidad laboral del trabajador o en su defecto pueda ser reintegrado a sus labores. Al respecto, en Sentencia T-144 de 2016, la H. Corte Constitucional dijo:

*“...Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.*

*Así, el lapso que hay entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, así:*

*“En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.*

*En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.*

*Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.”*

*Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.*

*La incapacidad para trabajar que persiste luego de este periodo y trasciende al día 181, puede suscitar debate en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios que genera, y a la exigibilidad de la misma en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación. Lo anterior en virtud del Decreto 2463 de 2001.*

*27. Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días corren*



---

*a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso.*

*Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda. (…)*

*La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”. El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se dejó dicho”.*

Partiendo de esa premisa, no cabe duda, entonces, que la responsabilidad del pago de incapacidades generadas, entre el 3er y 180vo día, se encuentra en cabeza de la EPS a la que se encuentra afiliado el paciente, quien, además, debe remitir al paciente, una vez se obtenga el concepto de rehabilitación por parte del médico tratante, a la Administradora Colombiana de Pensiones a la que se encuentra afiliado, a fin de que ésta continúe con el pago de las incapacidades superiores a los 181 días, si es del caso, y califique la pérdida de capacidad laboral del usuario, a fin de determinar si es beneficiario o no de prestación económica por invalidez.

En resumen, las **reglas** jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común son las siguientes:

- (i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.
- (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.
- (iv) No obstante, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150; si después de los 180 días iniciales las EPS



no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

#### 4.3 CASO EN CONCRETO:

En el caso que amerita la atención de este Despacho, según las pruebas obrantes en el proceso, se pudo establecer que, debido a una cirugía (mamoplastia por reducción), a la señora Sandra Patricia Henao Aristizábal se le prescribieron las siguientes incapacidades médicas: del 17/09/2021 hasta 16/10/2021 y desde el 17/10/2021 hasta 31/10/2021, situación que se corrobora con los certificados de incapacidad que reposan dentro del proceso; mismas que no han sido canceladas por la entidad promotora de salud, pese a que la accionante desplegó el procedimiento administrativo para ello. Conforme a ello, acude ante esta Judicatura en busca de la salvaguarda de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual ha sido desmejorado ante el no pago de las incapacidades médicas reclamadas.

Conforme a ello, resulta pues claro para esta operadora jurídica la procedencia del trámite de tutela, toda vez que la citada negación enmarca vulneración al mínimo vital de la accionante, por cuanto el pago denegado comporta prestación social que tiene como fin sustituir el salario durante el tiempo de su incapacidad, dada la limitación de la afiliada para ejercer sus labores, constituyendo igualmente el goce efectivo de otros derechos, como la salud y la dignidad humana, al permitir la subsistencia y cumplimiento de obligaciones básicas, y las de su núcleo familiar, sin que dicha atestación haya sido desvirtuada la entidad de salud y mucho menos la capacidad económica de su usuaria.

Lo anterior se colige no solo de las manifestaciones realizadas por la peticionaria en su escrito tutelar, sino además de las pruebas anexadas al trámite, de las cuales se desprende que la tutelante i) no se encuentra vinculada a Compañía alguna que en virtud de la ley anti tramites gestione y materialice el pago de sus incapacidades, ii) no cuenta con ingresos económicos adicionales que permitan su subsistencia y iii) ha realizado sus aportes en forma continua sobre la base de un salario mínimo, estando afiliada a la EPS accionada con anterioridad a la expedición de las incapacidades tal como se pudo corroborar haciendo la consulta en la base de datos del Fosyga; lo que permite deducir que efectivamente se cumplen con las 4 semanas exigidas por el artículo 9 del Decreto 783 de 2000, demostrándose claramente que a la accionante si se le han vulnerado los derechos fundamentales que ha mencionado. Con ello, se demuestra que es necesario garantizarle a la actora el pago de las incapacidades medicas adeudadas por la EPS, en razón a que se trata de una remuneración a la que tiene derecho y que garantiza la efectuación de su mínimo vital. Misma que, como se ilustro anteriormente, le corresponde asumir al ente de Salud, no solamente porque la licencia otorgada comprende un total de 45 días que no supera el tope legal establecido a su cargo, sino porque no se



estructuró la defensa de la EPS en el incumplimiento de los requisitos legales para el pago de las incapacidades médicas, sino que solamente refuta las pretensiones de la actora haciendo alusión a que la tutela no resulta el medio idóneo para su reclamación. Aunado a la falta de compromiso con la usuaria al brindarle una información errónea, como que las incapacidades ya habían sido pagadas, sin ser cierto.

En consecuencia, se accederá al amparo constitucional y se ORDENARÁ a la NUEVA EPS que reconozca y pague a favor de la actora las incapacidades de los siguientes periodos: 17/09/2021 hasta 16/10/2021 por 30 días y desde el 17/10/2021 hasta 31/10/2021 por 15 días respectivamente.

#### **5. PARTE RESOLUTIVA:**

Por lo anteriormente expuesto, El JUZGADO CUARTO PENAL DE CIRCUITO DE PALMIRA – VALLE, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** TUTELAR los derechos fundamentales AL MÍNIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL de la señora SANDRA PATRICIA HENAO ARISTIZABAL, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.781.129 expedida en Palmira (V).

**SEGUNDO:** ORDENAR la NUEVA EPS S.A, que en el término máximo de seis (06) días, siguientes a la notificación de la presente decisión, RECONOZCA Y PAGUE a favor de la señora SANDRA PATRICIA HENAO ARISTIZABAL las incapacidades de los siguientes periodos: del 17/09/2021 hasta 16/10/2021 por 30 días y desde el 17/10/2021 hasta 31/10/2021 por 15 días respectivamente, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**TERCERO:** NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el Art. 31 del Decreto 2591 de 1.991.

**CUARTO:** De no ser impugnada esta decisión, dentro de los tres días siguientes a su notificación, REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual REVISIÓN conforme a lo previsto en el Art. 31 del Decreto 2591 de 1.991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CAROLINA GARCÍA FERNÁNDEZ  
Juez

