

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2021-00543-00

ACCIONANTE: BRAYAN STIVEN BARRERA GIL

ACCIONADAS: E.P.S. COMPENSAR

HL DRYWALL S.A.S.

VINCULADA: A.F.P. PORVENIR S.A.

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los veintiún (21) días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, vida en condiciones dignas y seguridad social, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. COMPENSAR** y **HL DRYWALL S.A.S.**

RESEÑA FÁCTICA

Afirma el accionante, que se encuentra afiliado en el régimen contributivo en salud a la **E.P.S. COMPENSAR** como cotizante dependiente.

Que se vinculó a la empresa **HL DRYWALL S.A.S.**, a través de contrato laboral, en donde percibía como remuneración un salario mínimo legal mensual vigente incluyendo los aportes a seguridad social y las prestaciones sociales.

Que en el mes de octubre de 2020 en horas laborales sufrió fuertes dolores y malestar general, razón por la cual requirió de atención médica.

Que después de varios procedimientos médicos, le diagnosticaron “*tumor hueso y cartílago articular*”, lo cual le ocasionó una hospitalización de varios días con incapacidades laborales sin interrupción.

Que actualmente continúa incapacitado.

Que venía recibiendo el pago de las incapacidades sin dificultad alguna, empero, a partir del 7 de marzo de 2021, la **E.P.S. COMPENSAR** le suspendió el pago, argumentando que su caso se encontraba en estudio.

Que de igual forma su empleador **HL DRYWALL S.A.S.** se negó al pago de las incapacidades arguyendo que la **E.P.S. COMPENSAR** no ha desembolsado el dinero.

Que elevó un derecho de petición de manera verbal ante las accionadas solicitando el pago de las incapacidades, quienes reiteraron que, debía esperar pues su caso se encontraba en estudio.

Que por desconocimiento no acudió previamente a la acción de tutela.

Que depende única y exclusivamente de su salario y por ende, del valor de lo que reciba por las incapacidades, pues constituyen su única fuente de ingreso.

Que el no recibir el pago oportuno de las incapacidades le ha ocasionado una grave afectación, pues vive con su hijo menor de edad, y además cuenta con responsabilidades económicas como el pago de arriendo, alimentación, servicios públicos y transporte.

Por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales, y como consecuencia se ordene a la **E.P.S. COMPENSAR** y/o a **HL DRYWALL S.A.S.** realizar el desembolso de los dineros por concepto de incapacidades, incluyendo las que se causen con posterioridad.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

A.F.P. PORVENIR S.A.

La vinculada allegó contestación el 10 de septiembre de 2021, en la que manifiesta que desconocía los hechos relatados frente al estado de salud e indefensión del accionante.

Que, una vez consultado sus bases de información, no encontró que el accionante haya elevado petición alguna ante la entidad para el reconocimiento y pago de incapacidades.

Que la **E.P.S. COMPENSAR** no ha aportado el concepto médico obligatorio cuya responsabilidad le compete por ser la encargada de administrar la historia médica y reportar ante las Administradoras de Fondos de Pensión la información sobre las patologías, conceptos o dictámenes médicos de sus afiliados.

Que la única responsable del pago de subsidio de incapacidades del actor es la E.P.S. accionada, toda vez que no ha cumplido con su deber legal de notificarle el concepto de rehabilitación integral, especificando si su pronóstico es favorable o desfavorable o, en su defecto, que haya solicitado la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Que la Compañía de Seguros de Vida con la cual se tiene contratado el seguro previsional realizará el análisis y posterior determinación de la pérdida de la capacidad laboral del accionante y el origen, siempre y cuando la E.P.S. remita el concepto de rehabilitación favorable o desfavorable en su debida oportunidad.

Que las incapacidades ya sobrepasaron los 120 días, y la **E.P.S. COMPENSAR** no cumplió su deber legal de expedir y remitir a la A.F.P. el concepto de rehabilitación en forma oportuna.

Finalmente, afirma que en el plenario no se logró acreditar la existencia de un perjuicio irremediable por parte del accionante.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela.

E.P.S. COMPENSAR

La accionada allegó contestación el 10 de septiembre de 2021 en la que manifiesta que el accionante se encuentra afiliado a la E.P.S. en calidad de cotizante dependiente de la empresa **HL DRYWALL S.A.S.**

Que la empresa **HL DRYWALL S.A.S.** se encuentra en mora con el pago de aportes para los meses de abril y mayo de 2021.

Que una vez revisada sus bases de información, encontró que el señor **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL** acumula un total de 137 días de incapacidad consecutivos por el diagnóstico C480 que corresponde a la patología *“Tumor maligno del retroperitoneo”*, las cuales comprenden entre el 5 de febrero y el 26 de junio de 2021.

Que después del 26 de junio de 2021 no ha sido radicada ninguna otra solicitud de reconocimiento económico por concepto de incapacidad por parte del accionante o por su empleador.

Que el reconocimiento de incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador ante las E.P.S., por ello, en primera instancia, debía el empleador disponer del pago de las incapacidades reclamadas por su trabajador y posteriormente adelantar las gestiones de cobro ante la E.P.S.

Que solo dispuso el pago de los primeros 30 días de incapacidad comprendidos entre el 5 de febrero y el 3 de marzo de 2021 toda vez que el empleador **HL DRYWALL S.A.S.** se encuentra en mora en el pago de los aportes de abril y mayo de 2021, por consiguiente, la responsabilidad de pago de las incapacidades se traslada exclusivamente al empleador.

Conforme a lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela y así mismo, se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva.

HL DRYWALL S.A.S.

La accionada inicialmente allegó contestación el 10 de septiembre de 2021, sin embargo, mediante memorial de fecha 14 de septiembre de 2021 solicitó retirar la primera contestación y tener en cuenta la segunda.

Afirma que, terminó la relación laboral con el señor **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL** el 18 de febrero de 2021, toda vez que el trabajador no justificó las constantes inasistencias a su puesto de trabajo.

Que al momento de la terminación del contrato, el accionante no le informó que padeciera de algún tipo de discapacidad o que se encontrara incapacitado.

Que en examen médico "*post incapacidad*" del 26 de enero de 2021, evidenció que el concepto fue satisfactorio, por lo que, el accionante se encontraba en condiciones optimas para trabajar y no contaba con justificación alguna para ausentarse de sus labores.

Que el concepto favorable fue confirmado por la ARL SURA, quien, de igual forma, manifestó que el trabajador se encontraba en condiciones aptas para trabajar.

Que el accionante afirmó que no tiene un vínculo laboral con **HL DRYWALL S.A.S.**, tanto así que allegó la carta de terminación del contrato por causas imputables al trabajador.

Que de manera voluntaria se le siguieron realizando aportes a Seguridad Social en Salud y Pensión, sin existir vínculo laboral, con el fin de colaborarle mientras solucionaba su situación laboral.

Que el accionante no acreditó la existencia de una afectación.

Que el accionante no es trabajador activo, por ende no percibe un salario, y no tiene derecho al pago de las incapacidades, las cuales tienen la finalidad de sustituir el salario.

Que cuenta con otros mecanismos judiciales para requerir el pago de las incapacidades.

Por lo anterior, solicita ser desvinculada, toda vez que no se encuentra en la obligación de sufragar los gastos correspondientes a la prestación solicitada por el accionante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, dadas las particularidades del caso concreto? En caso de ser positiva la respuesta, (ii) ¿La **E.P.S. COMPENSAR**, la **A.F.P. PORVENIR S.A.** y/o la empresa **HL DRYWALL S.A.S.**, han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna del señor **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL**, al negarle el pago de las incapacidades comprendidas entre el 07 de marzo y el 19 de septiembre de 2021?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES (T-008 DE 2018)

La acción de tutela tiene carácter residual, y procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad *“reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*¹.

En la Sentencia T-530 de 2017, la Corte Constitucional dijo al respecto:

“La acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.

*La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable”*².

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital³.

En la Sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

“...esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.

¹ Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

² Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

³ Sentencia T-140 de 2016.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la Sentencia T-468 de 2010:

“Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar”.

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por la Corte en la Sentencia T-182 de 2011:

“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que 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...”.

Tales consideraciones fueron reiteradas en las Sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable.

En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN (T-401 DE 2017 y T-246 DE 2018)

Es importante distinguir tres conceptos: El ***certificado de incapacidad temporal***, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de *“un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”* y, por tanto, en su emisión *“el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”*. Éste genera durante los primeros 180 días un ***auxilio económico*** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un ***subsidio de incapacidad*** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían *“en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional”* y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos.

Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *“un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[l] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”*.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al régimen contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta última disposición se mantuvo en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

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, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, compete al **empleador**, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición “[e]n 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”.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud **E.P.S.**, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantararlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

Ahora bien, respecto de las incapacidades expedidas a partir del día 181, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, establece lo siguiente:

“(...) Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”

En síntesis, las reglas para el reconocimiento y pago de las incapacidades 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, existe una excepción a la regla anterior. 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.

EL PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES ES UN SUSTITUTO DEL SALARIO (T-312 DE 2018)

El ordenamiento jurídico contempla una serie de medidas que permiten garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencia de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia. Por tal motivo, se ha previsto el reconocimiento del pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios económicos y la pensión de invalidez⁴.

Lo anterior cobra relevancia, toda vez que se identifica con aquellas medidas encaminadas a proteger el mínimo vital de quien se ve en imposibilidad de percibir un salario por sus condiciones de salud. Así, de no reconocer la importancia de proveerse sus propios recursos, el sistema no se ocuparía de garantizar el pago de las incapacidades laborales, puesto que no tendrían una relación con el derecho mencionado y los que guardan conexión con el mismo⁵.

Bajo ese orden, la Corte Constitucional a través de distintos pronunciamientos, por ejemplo, la Sentencia T-200 de 2017, ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud.

En dicha providencia reiteró la Sentencia T-876 de 2013, en el que se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados *"(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea*

⁴ Sentencia T-200 de 2017.

⁵ *Ibídem*.

el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”.

En igual sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-490 de 2015, fijó unas reglas que permiten comprender mejor la naturaleza y el fin del pago de las incapacidades, en los siguientes términos:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

Con base en ello, la Corte concluyó, que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentre en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que éste reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas⁶. De esta manera la Corte reconoce implícitamente que la incapacidad sustituye el salario que devengaría el trabajador por realizar su función.

Ahora bien, el artículo 260 de la Ley 100 de 1993, establece lo siguiente en cuanto a las incapacidades:

“ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

⁶ Sentencia T-200 de 2017.

Los afiliados de que trata el literal A del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, son los siguientes:

“ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.”

Así las cosas, y de conformidad con las normas anteriores, para tener derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general, se debe pertenecer al régimen contributivo del Sistema de Salud, bien sea como trabajador dependiente vinculado al servicio de una empresa, o como trabajador independiente que realiza sus propios aportes. Ello es precisamente lo que justifica que la incapacidad sea el sustituto del salario.

CASO CONCRETO

Como cuestión previa es menester indicar, que el accionante a través de correo electrónico del 12 de septiembre de 2021 allegó la copia de un acta de reparto al parecer de la misma acción de tutela, pero asignada al **JUZGADO 45 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**.

Ante esta situación, mediante Auto del 13 de septiembre de 2021 se ofició al Juzgado Penal para que se sirviera indicar si allí se adelantaba una acción de tutela idéntica a ésta y, en caso afirmativo, allegara: (i) Una copia del acta de reparto; (ii) una copia del auto admisorio; (iii) Una copia del escrito de tutela y; (iv) Una copia de la sentencia si la hubiere.

El **JUZGADO 45 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS** atendió la solicitud a través de correo electrónico en el cual adjuntó el acta de reparto y la tutela, y requirió a este Despacho para que aportara los mismos documentos, petición que fue atendida de manera inmediata.

Una vez revisadas las piezas procesales, se concluyó que se trataba de la misma acción de tutela, la cual fue repartida dos veces el mismo 08 de septiembre de 2021, pero con unos minutos de diferencia, pues, la que correspondió a este Juzgado fue radicada a la 01:41 p.m., mientras que la del Juzgado Penal se presentó a las 02:04 p. m.

Por lo anterior, el Juzgado Penal informó a través de correo electrónico del 14 de septiembre de 2021 que archivaría las diligencias, pues el conocimiento ya estaba a cargo de este Juzgado, quien la recibió primero.

Establecido lo anterior, y descendiendo al caso concreto, se tiene que el señor **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL** interpone acción de tutela en contra de **COMPENSAR E.P.S.** y de la empresa **HL DRYWALL S.A.S.**, por considerar que han vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida en condiciones dignas al negar el reconocimiento y pago de las incapacidades que le fueron generadas entre el 07 de marzo y el 19 de septiembre de 2021.

Conforme a ello, lo primero que debe advertirse, es que la presente acción de tutela cumple con el requisito de *inmediatez*, toda vez que entre el 07 de marzo de 2021 -fecha del reclamo- y el 08 de septiembre de 2021 -fecha de la presentación de la acción de tutela- ha transcurrido un término razonable.

De otro lado, en atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en este caso se cumple el requisito de *subsidiariedad*, o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Al respecto, el accionante manifiesta en el escrito de tutela que depende exclusivamente del “*salario que devenga*” y, por ende, de los dineros que recibe por concepto de auxilio por incapacidad, por lo que, el no pago ha comprometido su mínimo vital pues no cuenta con los medios para su sostenimiento y el pago de sus obligaciones mensuales.

Las anteriores circunstancias, en criterio del Despacho, hacen procedente el mecanismo constitucional, en tanto que las incapacidades que reclama el accionante constituirían la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que los medios ordinarios de defensa no resultarían idóneos ni eficaces⁷.

⁷ De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-008 de 2018.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo respecto de las incapacidades cuyo pago se pretende:

(i) De conformidad con el certificado de incapacidades expedida por la **E.P.S. COMPENSAR** y aportado por el accionante⁸, le han sido generadas incapacidades desde el 05 de febrero hasta el 21 de junio de 2021, para un total de 137 días, de la siguiente manera:

TIPO INCAPACIDAD	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAGNOSTICO	DESCRIPCIÓN	Nº DIAS DE INCAPACIDAD	ESTADO
ENFERMEDAD GENERAL	2021/02/05	2021/03/06	C480	TUMOR MALIGNO DEL RETROPERITONEO	30	PAGADA
ENFERMEDAD GENERAL	2021/03/07	2021/04/05	C480	TUMOR MALIGNO DEL RETROPERITONEO	30	NO AUTORIZADO
ENFERMEDAD GENERAL	2021/04/06	2021/04/22	C480	TUMOR MALIGNO DEL RETROPERITONEO	17	NO AUTORIZADO
ENFERMEDAD GENERAL	2021/04/23	2021/05/22	D480	TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DEL HUESO Y CARTILAGO	30	NO AUTORIZADO
ENFERMEDAD GENERAL	2021/05/23	2021/06/21	D480	TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DEL HUESO Y CARTILAGO	30	NO AUTORIZADO

(ii) En la tabla se vislumbra que las incapacidades se dieron con ocasión a dos diagnósticos:

C480: TUMOR MALIGNO DEL RETROPERITONEO
D480: TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DEL HUESO Y CARTILAGO ARTICULAR⁹

No obstante, es procedente afirmar, que las incapacidades fueron prorrogadas de manera sucesiva e ininterrumpida¹⁰ dado que, entre la expedición de una y otra no existe un lapso superior a 30 días calendario; y, además, corresponden a diagnósticos de una misma patología o en relación directa con esta, toda vez que tienen en común que son neoplasias que afectan el sistema linfático, nervioso y muscular.

(iii) La **A.F.P. PORVENIR** argumentó, que la E.P.S. incumplió su obligación de expedir y remitir el concepto de rehabilitación a más tardar al día 120 de incapacidad; y que por tanto, corresponde a la **E.P.S. COMPENSAR** asumir el pago de las incapacidades inclusive después de los 180 días iniciales, de conformidad con el inciso 6° del artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

(iv) Por su parte, la **E.P.S. COMPENSAR** afirmó, que el empleador **HL DRYWALL S.A.S.** adeuda los pagos de los aportes de los meses de abril y mayo de 2021, aseveración que se

⁸ Página 11 del pdf “001.AcciónTutela”
⁹Tabla de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión (CIE-10) Para el Registro Individual de Prestaciones de Servicios (RIPS) Con Restricciones de Sexo, Edad y Códigos que no son Afección Principal. Tomado de <file:///C:/Users/arena/Downloads/CIE-10.pdf>
¹⁰ Sentencia T-364 de 2016.

confirma con el reporte de cotizaciones de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES¹¹ y con el certificado de aportes expedido por la E.P.S.¹².

Agregó, que el accionante cuenta con 137 días de incapacidad comprendidos entre el 05 de febrero y el 26 de junio de 2021, de los cuales fueron pagados los primeros 30 días (del 05 de febrero al 06 de marzo de 2021)¹³ y que, después del 26 de junio de 2021 no existe solicitud alguna por parte del actor o de su empleador para el reconocimiento económico por concepto de incapacidad.

Sostuvo, que después del 06 de marzo de 2021 no siguió pagando las incapacidades en atención al inciso 5º del artículo 2.1.9.1 del Decreto 780 de 2016 el cual indica que: *«Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago (...)»*, y por consiguiente, insiste en que el pago de las incapacidades le corresponden en forma exclusiva al empleador **HL DRYWALL S.A.S.**

No obstante, explicó, que así el empleador no hubiese incurrido en mora, le correspondía a éste realizar en primera instancia el pago de las incapacidades a favor de su trabajador, y posteriormente realizar el respectivo cobro a las E.P.S.

(v) Por último, la empresa **HL DRYWALL S.A.S.** aseguró que el **18 de febrero de 2021 dio por terminado el contrato de trabajo** con el señor **BRAYAN STIVER BARRERA GIL** con ocasión a sus constantes inasistencias injustificadas y que, hasta dicha fecha, el trabajador nunca informó que se encontrara atravesando alguna discapacidad o que se encontrara incapacitado, razón por la cual sus prolongadas inasistencias no cuentan con justificación.

Aclaró, que le siguió realizando el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social sin que existiera vínculo laboral, con el fin de *“colaborarle mientras solucionaba su situación laboral”*.

Por lo anterior, afirmó que el actor no tiene derecho al pago de las incapacidades por cuanto ya no figura como trabajador activo de la empresa **HL DRYWALL S.A.S.**, y por ende, al no tener derecho al salario tampoco tendría derecho a las incapacidades.

¹¹ Página 10 del pdf “008.ContestaciónCompensar”

¹² Página 13 Ibidem.

¹³ Página 3 y 19 Ibidem.

(vi) Pues bien, a efectos de establecer a cuál de las accionadas le corresponde pagar las prestaciones económicas causadas entre el 05 de febrero y el 21 de junio de 2021¹⁴, se tiene en primer lugar, que la **E.P.S. COMPENSAR** pagó la incapacidad No. 2775383¹⁵ generada del 05 de febrero al 06 de marzo de 2021.

Respecto a las siguientes incapacidades, esto es, las generadas entre el 07 de marzo y el 21 de junio de 2021, encuentra el Despacho que las mismas no están llamadas a prosperar como quiera que tanto el accionante como la accionada **HL DRYWALL S.A.S.** allegaron la comunicación de fecha 18 de febrero de 2021 por medio de la cual se informó la decisión de **dar por terminado el contrato de trabajo**¹⁶.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-723 de 2014 dispuso que: *“El reconocimiento y pago de prestaciones laborales tales como las incapacidades, constituye uno de aquellos emolumentos económicos y sociales destinados a sustituir el salario durante el periodo en que conforme lo indiquen los médicos tratantes la persona debe permanecer inactiva por razones de salud debidamente certificadas”*.

Con base en lo anterior, si la finalidad de las incapacidades es sustituir el salario, y si el señor **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL** no tiene la calidad de trabajador activo de **HL DRYWALL S.A.S.** porque la relación laboral ya no está vigente, entonces el accionante no tendría derecho al pago de las incapacidades porque éstas no sustituirían ningún salario.

Por otra parte, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 señala que el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general, es procedente únicamente para los afiliados del régimen contributivo en salud. Y los afiliados al régimen contributivo, según el literal a) del artículo 157 de la Ley 100, son las personas vinculadas a través de un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados, jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

En el caso en estudio, está probado que el señor **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL** se encuentra afiliado a la **E.P.S. COMPENSAR** en calidad de cotizante activo, como trabajador dependiente de la empresa **HL DRYWALL S.A.S.**, según lo informó dicha entidad en su contestación¹⁷ y según la certificación de cotizaciones expedida el 09 de septiembre de 2021¹⁸.

¹⁴ Periodo de incapacidades demostrado por el accionante en su escrito de tutela y confirmado por la accionada **E.P.S. COMPENSAR**.

¹⁵ Página 11 del pdf “001.AcciónTutela” y página 19 del pdf “008.ContestaciónCompensar”.

¹⁶ Páginas 12 y 13 del pdf “001.AcciónTutela” y páginas 2 y 3 del pdf “019.AportaPruebasHLDrywall”

¹⁷ Páginas 2, 8 y 12 del pdf “008.ContestaciónCompensar”

¹⁸ Página 13 Ibidem.

Además, el Juzgado realizó la consulta en el Registro Único de Afiliados RUAF¹⁹ evidenciando que el señor **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL** pertenece al régimen contributivo en salud en calidad de cotizante activo en la **E.P.S. COMPENSAR**.

Sin embargo, conforme la contestación de la accionada **HL DRYWALL S.A.S.**, al accionante se le continuó realizando el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social **sin que existiera ningún vínculo laboral**.

Dicha circunstancia hace que no exista responsabilidad de parte del ex empleador **HL DRYWALL S.A.S** en el pago de las prestaciones económicas deprecadas, pues con la terminación del contrato de trabajo se extinguieron todas las obligaciones laborales; máxime cuando las incapacidades que se reclaman se causaron con posterioridad a la terminación del contrato, perdiendo su finalidad cual es la de ser un sustituto del salario. Valga señalar en este punto, que la forma como ocurrió la terminación del contrato de trabajo del actor no fue un asunto alegado ni discutido en esta acción de tutela.

En ese mismo sentido, no se puede predicar mora en el pago de las cotizaciones por parte de **HL DRYWALL S.A.S.**, como argumenta la **E.P.S. COMPENSAR**, pues las obligaciones laborales a cargo del empleador, se itera, finiquitaron con la terminación del contrato de trabajo.

Por otra parte, tampoco existe responsabilidad por parte de la **E.P.S. COMPENSAR** frente al reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas por el accionante, toda vez que no está en la obligación de asumir las consecuencias de una conducta que se encuentra taxativamente prohibida por el legislador cuando dispuso en el artículo 8º del Decreto 2353 de 2015 lo siguiente: ***“En el Sistema de Seguridad Social en Salud está prohibido realizar la afiliación individual o colectiva a través de relaciones laborales inexistentes o por entidades que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social (...)*”**.

En armonía con lo anterior, el artículo 82 del Decreto 806 de 1998 dispuso ***“Las personas que se afilien al Sistema argumentando relación laboral inexistente o con fundamento en ingresos no justificados perderán el derecho a las prestaciones económicas que se le hubieran reconocido durante dicho periodo (...)*”**.

En conclusión, en este caso no se advierte la vulneración de los derechos fundamentales invocados, razón por la cual, se negará el amparo de tutela solicitado.

¹⁹<https://www.sispro.gov.co/central-prestadores-de-servicios/Pages/RUAF-Registro-Unico-de-Afiliados.aspx>

(vii) Ahora bien, en cuanto a la **A.F.P. PORVENIR** encuentra el Despacho que, las incapacidades objeto de la presente acción constitucional, no cumplen los supuestos del inciso 5º del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que permita endilgarle a la A.F.P. alguna obligación, por cuanto no superan los 180 días, razón por la cual se procederá con la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa.

(viii) Finalmente, el accionante solicita se ampare su derecho fundamental de petición, lo cual podría derivarse de la afirmación que realizó en el hecho 4 en donde indica que elevó un derecho de petición verbal ante las accionadas.

Sin embargo, no puede predicarse una vulneración al derecho fundamental de petición sólo con tal afirmación, pues, de conformidad con la jurisprudencia²⁰, la *carga de la prueba* recae sobre el accionante, quien debe acreditar la existencia de los dos extremos fácticos necesarios para configurar una violación al derecho fundamental de petición: de una parte, la solicitud con fecha cierta de presentación ante la autoridad a la cual se dirige, y de otra, el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que la respuesta se haya brindado.

Bajo estas consideraciones, y como quiera que no se aportó prueba de la petición, es dable concluir que el actor no efectuó petición alguna ante las accionadas y, en consecuencia, no es posible ordenarles brindar respuesta a una petición cuya existencia, fecha y radicación no están probadas, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que estaban en la obligación constitucional de responder, ni en qué término.

En conclusión, no se encuentran acreditados los dos extremos fácticos necesarios para configurar una violación al derecho fundamental de petición.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y la vida digna del señor **BRAYAN STIVEN BARRERA GIL** en contra de la **E.P.S. COMPENSAR** y de **HL DRYWALL S.A.S.**, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la **A.F.P. PORVENIR** por falta de legitimación en la causa.

²⁰ Sentencias T-329 de 2011 y T-489 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta decisión.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus COVID-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ