

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: 11001-41-05-008-2022-00369-00

ACCIONANTE: ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ

**ACCIONADA: AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A. - AMERICAS BPS
E.P.S. SANITAS**

VINCULADAS: A.F.P. PORVENIR S.A.

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los tres (03) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por el señor **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ**, quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital y seguridad social, presuntamente vulnerados por **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.** y la **E.P.S. SANITAS**.

RESEÑA FÁCTICA

Afirma el accionante que el 17 de agosto de 2020 ingresó a urgencias donde fue diagnosticado con Covid-19, enfermedad que le desencadenó un deterioro en el sistema respiratorio y le generó distintas secuelas.

Que debido al vértigo sufrió una caída desde su propia altura que le provocó una luxación de hombro izquierdo y rotura de ligamentos.

Que debido a su cuadro clínico, a la fecha, le han sido prescritas 43 incapacidades médicas.

Que la **AFP PORVENIR** realizó el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral con un resultado del 33.25%.

Que presentó inconformidad, por lo que, en virtud de la nueva valoración realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se emitió dictamen el 31 de marzo de 2022, otorgándole un porcentaje de PCL del 53.94%.

Que el 22 de abril de 2022 la **AFP PORVENIR**, a través de Seguros de Vida Alfa, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del dictamen.

Que se está a la espera de la determinación que adopte la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Que posterior a la calificación, ha continuado incapacitado, lo que ha impedido el reingreso a su puesto de trabajo.

Que el 26 de abril de 2022 radicó un derecho de petición ante su empleador **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.**, poniéndole de presente su actual situación de salud, los trámites administrativos que cursan y solicitándole el pago de las incapacidades a partir del día 540.

Que venció el término legal sin que la accionada hubiera dado respuesta a su petición.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y (i) se ordene a la **EPS SANITAS** a través del empleador **AMERICAS BPS** el pago de las incapacidades médicas superiores a 540 días y las que se emitan a futuro; y (ii) se ordene a **AMERICAS BPS** dar respuesta de fondo al derecho de petición del 26 de abril de 2022.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES:

La vinculada allegó contestación el 24 de mayo de 2022 en la que manifiesta que no es su función generar el pago de incapacidades superiores a 540 días, por lo que la vulneración de algún derecho fundamental del accionante se produciría por una omisión no atribuible a la entidad.

Que los artículos 1° del Decreto 2943 de 2013, 41 de la Ley 100 de 1993 y 67 de la Ley 1753 de 2015 establecen de forma precisa qué entidades deben asumir el pago de una incapacidad teniendo en cuenta la duración de ésta.

Que el Decreto 1333 de 2018 establece los eventos en que las EPS deben proceder con el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540, por lo que, de

presentar el accionante cualquiera de dichas situaciones, la accionada deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día 541.

Que el valor de tales pagos está a cargo del porcentaje adicional por cada afiliado cotizante, ya reconocido a todas las EPS.

Por lo anterior solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa.

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

La vinculada allegó contestación el día 25 de mayo de 2022, en la que manifiesta que las incapacidades correspondientes del día 181 al día 540, es decir, las prescritas entre el 20 de abril de 2021 y el 14 de abril de 2022, ya fueron pagadas.

Que las incapacidades posteriores al día 540 deben ser pagadas por la **EPS SANITAS**.

Que el actor radicó documentos para proceder con la valoración de pérdida de capacidad.

Que remitió el caso a Seguros de Vida Alfa, para que, con base en la historia clínica del accionante, determinara la pérdida de capacidad laboral y el origen.

Que Seguros de Vida Alfa, mediante dictamen del 04 de septiembre de 2021, estableció un porcentaje de PCL del 33.25%, con fecha de estructuración 07 de mayo de 2021, de origen común.

Que el accionante presentó recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien emitió dictamen el 31 de marzo de 2022 otorgando un porcentaje de PCL del 53.94%, con la misma fecha de estructuración y el mismo origen.

Que Seguros de Vida Alfa presentó recurso de apelación en contra de dicho dictamen y se está a la espera de la decisión.

Conforme a lo anterior, solicita denegar o declarar improcedente la acción de tutela.

E.P.S. SANITAS:

La accionada allegó contestación el 25 de mayo de 2022, en la que informa que el accionante se encuentra afiliado en calidad de cotizante activo.

Que con ocasión de las incapacidades y conforme a su historial clínico, el 19 de julio de 2021 emitió concepto de rehabilitación favorable.

Que el accionante registra dictamen de calificación de PCL emitido por la AFP, con un porcentaje de 33.25% de origen común y fecha de estructuración 07 de mayo de 2021.

Que el 31 de marzo de 2022 la Junta Regional de Calificación de Invalidez emitió dictamen de PCL con el 53.94% por los diagnósticos *Disartria y Anartria, Hipertensión Esencial (Primaria), Luxación de la articulación del hombro*, enfermedades de origen común, y con fecha de estructuración 07 de mayo de 2021.

Que el accionante registra afiliación activa en calidad de cotizante dependiente bajo cuatro relaciones laborales, dentro de las cuales se encuentra el empleador **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.**, con vigencia desde el 03 de septiembre de 2020.

Que el afiliado ha acumulado 566 días de incapacidad por enfermedad general, bajo el diagnóstico S430, desde el 16 de octubre de 2020 hasta el 22 de mayo de 2022.

Que las incapacidades entre el 27 de abril y el 22 de mayo de 2022, y que fueron transcritas bajo los números de certificados 57716594, 57742246 y 57747744, se encuentran autorizadas, con estado de liquidación *enviadas a tesorería* y con fecha de pago programada para el día 16 de junio de 2022.

Que los pagos se realizarán a favor de los empleadores del afiliado.

Que, a la fecha, no se tiene evidencia de otras incapacidades pendientes por tramitar.

Que el empleador es quien tiene la carga de realizar el pago de las incapacidades de forma directa a su trabajador, con la misma periodicidad de la nómina.

Que no es procedente que se ordene el pago de incapacidades de manera indefinida.

Conforme a lo anterior, solicita se declare improcedente la acción de tutela. Subsidiariamente, en el evento en que se conceda el amparo, solicita (i) se ordene a **AMERICAS BPS** que reconozca y pague las incapacidades superiores al día 540, (ii) se condicione el pago de las incapacidades hasta cuando se expida el dictamen de calificación de PCL, que le permita consolidar el derecho a la pensión de invalidez, o hasta cuando se emita un nuevo concepto por el médico tratante que establezca que se encuentra apto para laborar; y (iii) se ordene a la **ADRES**, reintegrar los dineros que se sufraguen por las incapacidades posteriores al día 540.

AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.:

A pesar de haber sido notificada en debida forma¹, la accionada guardó silencio.

¹ Archivo pdf "006. ConstanciaNotificaciónAuto"

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En concordancia con los antecedentes expuestos, corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿**AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.** vulneró el derecho fundamental de petición del señor **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ**, al no haberle dado respuesta a la petición de fecha 26 de abril de 2022?; (ii) ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de las incapacidades del accionante, dadas las particularidades del caso concreto? En caso de ser positiva la respuesta, (iii) ¿La **E.P.S. SANITAS**, la **A.F.P. PORVENIR S.A.** y/o **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.**, han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, al negarle el pago de las incapacidades superiores a los 540 días?

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.

DERECHO DE PETICIÓN

El artículo 23 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen todas las personas a presentar peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

En desarrollo del Texto Superior, fue expedida la Ley 1755 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, una norma de carácter estatutario, que establece la regulación integral de ese derecho fundamental.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional se ha referido al derecho de petición, precisando que su contenido esencial comprende: (i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido

sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas².

Asimismo, la Corte Constitucional³ ha señalado que el ejercicio del derecho de petición en Colombia está regido por las siguientes reglas y elementos de aplicación:

“1) El de petición es un derecho fundamental y resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.

2) Mediante el derecho de petición se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política.

*3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser **oportuna**, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe **resolver de fondo** el asunto solicitado. Además de ello, debe ser **clara, precisa y congruente** con lo solicitado; y (iii) debe ser **puesta en conocimiento** del peticionario.*

4) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita.

5) El derecho de petición fue inicialmente dispuesto para las actuaciones ante las autoridades públicas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las organizaciones privadas y en general, a los particulares.

6) Durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 el término para resolver las peticiones formuladas fue el señalado por el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba un término de quince (15) días para resolver, y en los casos en que no pudiese darse la respuesta en ese lapso, entonces la autoridad pública debía explicar los motivos de la imposibilidad, señalando además el término en el que sería dada la contestación.

7) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición.

8) La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición no la exonera del deber de responder.

9) La presentación de una petición hace surgir en la entidad, la obligación de notificar la respuesta al interesado”.

Así entonces, la efectividad y el respeto por el derecho de petición, se encuentran subordinados a que la autoridad o el particular, según se trate, emitan una respuesta de fondo, clara, congruente, oportuna y con una notificación eficaz.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho de petición supone un resultado que se manifiesta en la obtención de la pronta resolución de la petición. Sin embargo, se debe aclarar, que el derecho de petición no implica una

² Sentencia T-251 de 2008. Citada en las Sentencias T-487 de 2017 y T-077 de 2018.

³ Sentencias T-296 de 1997, T-150 de 1998, SU-166 de 1999, T- 219 de 2001, T-249 de 2001 T-1009 de 2001, T-1160 A de 2001, T-1089 de 2001, SU-975 de 2003, T-455 de 2014.

prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa⁴.

En síntesis, la garantía real al derecho de petición radica en cabeza de la administración o del particular una responsabilidad especial, sujeta a cada uno de los elementos que informan su núcleo esencial. La obligación no cesa con la simple resolución del derecho de petición elevado por un ciudadano, es necesario además que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto; que esté dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto; e igualmente, que su oportuna respuesta se ponga en conocimiento del solicitante, sin que pueda tenerse como real, una contestación falta de constancia y que sólo sea conocida por la persona o entidad de quien se solicita la información.

Es importante señalar, que el artículo 5° del Decreto 491 de 2020, amplió los términos para resolver los derechos de petición, pasando de 15 a 30 días hábiles mientras dure el Estado de Emergencia Sanitaria. La norma en comento dispuso lo siguiente:

“Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.”

La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de esta norma en la Sentencia C-242 de 2020, declarándola exequible de forma condicionada, bajo el entendido de que la ampliación de términos para solucionar las peticiones no solo es aplicable a las autoridades públicas, sino que también se hace extensible a los particulares.

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”*⁵.

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

⁴ Sentencia T-146 de 2012.

⁵ 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.

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”⁶.

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 vital⁷.

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”.

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

⁶ Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

⁷ Sentencia T-140 de 2016.

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...”.

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)

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, 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.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las **EPS** y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012:

“Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento”.

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.”

Respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 181 días, corren a cargo de la **AFP** a la que está afiliado el trabajador⁸, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 hace alusión a dicho concepto, denota que el objetivo de la norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del Sistema, otorgando un margen de espera que propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad están a cargo de las **AFP**.

Desde esta óptica, el concepto de rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea **desfavorable**, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por la **AFP** hasta agotar las instancias del caso⁹.

Así mismo, la AFP podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad*

⁸ Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

⁹ Sentencia T-419 de 2015.

temporal que otorgó [y pagó] la EPS”, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*¹⁰.

No obstante, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado y habersele dictaminado una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál agente debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto **desfavorable** de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del Sistema debe asumir el pago en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la Ley, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto **desfavorable** de rehabilitación deben ser asumidas por las **AFP** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia en múltiples ocasiones¹¹.

RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES LABORALES POSTERIORES AL DÍA 540

Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante, esto es, cuando el porcentaje oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la

¹⁰ Sentencia T-920 de 2009.

¹¹ Sentencias T-146 de 2016, T-333 de 2013, T-729 de 2012, y T-920 de 2009.

fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. Cabe preguntarse entonces ¿qué sucede con el trabajador que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento de valoración, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los 540 días?

Al respecto, es preciso recordar, que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, los asegurados incursos en estas circunstancias se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días.

Sin embargo, el vacío legal fue superado con la **Ley 1753 de 2015**, en la que se atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las **EPS** y se determinó como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, la obligación del Gobierno Nacional de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 se advierte i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud **ADRES**.

Es oportuno aclarar, que el pago de los subsidios por incapacidad no se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, conforme al texto normativo, lo que quedó en suspenso fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica por parte de las EPS, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por lo tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días, tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada¹².

¹² Sentencia T-246 de 2018.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto así:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	A.F.P.	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S. con recobro a ADRES	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018

CASO CONCRETO

Partiendo de las consideraciones expuestas y de la documental allegada, observa el Despacho, en primer lugar, que el señor **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ** elaboró un derecho de petición¹³, dirigido a **AMERICAS BPS**, en el cual solicitó:

- 1. A través del presente escrito, yo ALEXANDER MAHECHA RODRIGUEZ me permito poner en conocimiento a mi empleador EMPRESA AMERICAS BUSSINES PROCESS SERVICE, de mi estado actual de salud y los procesos médicos, administrativos y jurídicos en que me encuentro.*
- 2. Dado que actualmente me encuentro en tratamientos médicos, cirugías, terapias y en proceso de calificación por los entes competentes para tal fin en relación a obtener una pensión de invalidez de origen común. Donde se me han generado pagos de incapacidad por parte de la EPS SANITAS desde el día 03 y hasta el día 180 de incapacidad. Desde el día 181 y hasta el día 540 de incapacidad por parte del FONDO DE PENSIONES PORVENIR, y teniendo en cuenta que continuare en incapacidad indefinida hasta que me den alta médica si existe recuperación, o hasta que se emita resolución por pensión de invalidez que lo determinara la valoración de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.*

A partir del día 540 de incapacidad que se cumplen el próximo 07 de Mayo de 2022, de acuerdo al DECRETO 1333 DE 2018, el cual regula las incapacidades y las responsabilidades de las EPS, el pago de subsidios de incapacidad correrán a cargo de la ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD EPS.

Por lo anterior, dado que la empresa EMPRESA (sic) AMERICAS BUSSINES PROCESS SERVICE, suspendió el pago de incapacidades al día 180 de incapacidad, argumentando que las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento fue adelantado satisfactoriamente el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Y que en adelante era responsabilidad de la AFP hasta el día 540.

En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 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.*

¹³ Páginas 21 a 26 del archivo pdf "001. AcciónTutela"

(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.

Teniendo en cuenta que se llega al día 540 de incapacidad, es responsabilidad que la EPS el pago del reconocimiento económico por incapacidad el cual se realiza a través del empleador, y se solicita puntualmente AMERICAS BUSSINES PROCESS SERVICE proceda a realizar los trámites administrativos ante la EPS a través de los soportes de incapacidad que he allegado a través de la plataforma dispuesta para tal fin, y genere los pagos garantizando el mínimo vital de ALEXANDER MAHECHA RODRIGUEZ.

- 3. Se garantice el pago de salud y pensión mientras exista la incapacidad como lo ha realizado a cabalidad a la fecha.*
- 4. Se garantice el derecho a la estabilidad laboral reforzada y el mínimo vital La Corte Constitucional ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá “recuperarse satisfactoriamente 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, por ello, los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, 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.”*
- 5. Se me informe si existe algún impedimento con la petición manifestada en el presente escrito argumentado el (sic)*
- 6. Se proceda a brindar respuesta por escrito punto a punto a la dirección electrónica registrada en los datos de notificación.”*

La petición fue enviada el día 26 de abril de 2022, a las direcciones electrónicas: ccontactenos@americasbps.com y ABPS.MiPuntoAmerica.Dorado@americasbps.com¹⁴, estando la primera de ellas publicada como canal de contacto en la página web de **AMERICAS BPS S.A.S.:** <https://www.americasbps.com.co/2019/>

Así mismo, se observa que la petición fue efectivamente recibida por la accionada, pues conforme a la trazabilidad del mensaje de datos, aportada por el actor en memorial del 23 de mayo de 2022, el usuario ABPS.MiPuntoAmerica.Dorado@americasbps.com reenvió al email: Abps.Seguridadsocial@americasbps.com y éste a su vez reenvió al email: Jeanette.Lora@americasbps.com¹⁵

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la fecha en que fue radicado el derecho de petición y la fecha de interposición de la acción de tutela, encuentra el Despacho que el amparo del derecho fundamental de petición no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

El artículo 5° del Decreto 491 de 2020, amplió a 30 días hábiles el término para resolver los derechos de petición mientras dure el Estado de Emergencia Sanitaria, término que es aplicable a entidades públicas y a particulares, conforme a la Sentencia C-242 de 2020.

¹⁴ Páginas 4 del archivo pdf “007. AtiendeRequerimientoAccionante”

¹⁵ Páginas 3 y 4 ibidem

Es importante resaltar, que si bien la Ley 2207 del 17 de mayo de 2022 derogó el artículo 5° del Decreto 491 de 2020, en criterio del Despacho ésta última norma debe seguirse aplicando a las peticiones que se encuentren en curso o que se hayan radicado durante su vigencia; es decir, que los términos originalmente establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 se reestablecerán, pero solo para las peticiones radicadas a partir del 18 de mayo de 2022, que no es el caso.

Conforme lo anterior, al contabilizar los 30 días hábiles que tiene la accionada para resolver la petición presentada por el accionante el 26 de abril de 2022, se advierte que la respuesta deberá ser brindada hasta el 08 de junio de 2022.

No obstante, y de acuerdo con el Acta de Reparto, la acción de tutela fue radicada el 20 de mayo de 2022, es decir, cuando apenas habían transcurrido 18 días hábiles. Ello quiere decir, que la acción de tutela se interpuso con anterioridad al vencimiento del término legal con que contaba la accionada para dar respuesta al derecho de petición.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1097 de 2003 señaló:

*“No queda duda que la solicitud de amparo constitucional presentada por el accionante a través de su apoderado judicial, **resulta infundada puesto que para la fecha de interposición de la acción de tutela no había transcurrido el término legal otorgado para resolver la petición** de reconocimiento de la pensión gracia, de lo cual se infiere la inexistencia de amenaza o violación al derecho fundamental de petición. Adicionalmente, debe recordarse que la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter excepcional y por lo mismo no debe acudir a él sino cuando existan razones serias que permitan concluir la existencia de amenaza o violación a los derechos constitucionales fundamentales, y no como ocurrió en el presente en el que el apoderado judicial, sin mayor fundamento, acudió al juez de tutela para restablecer un derecho cuya amenaza ni siquiera se había configurado con lo cual se soslaya uno de los deberes constitucionales de la persona y de ciudadano que es el de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia, y cuya observancia es más exigente para los profesionales del derecho en razón a su formación jurídica”.*

Igualmente, en la Sentencia T-1107 de 2004 manifestó:

*“Una vez analizados los hechos y las pruebas obrantes en el proceso, esta Sala de Revisión concluye que la protección del derecho fundamental de petición invocado por la demandante no debe ser concedida, toda vez que no se evidencia una vulneración del mismo por parte de Coomeva EPS. Ello en razón a que **el término otorgado a la entidad accionada para dar respuesta a la solicitud** presentada por la señora Mercedes Rosa Ospina Florez, **aún no se había vencido al momento de la presentación de la acción de tutela objeto de revisión.**”*

En ese orden de ideas, al momento de interponerse la acción de tutela, e incluso a la fecha de esta sentencia, el término para responder la petición aún no ha vencido, por lo que es necesario concluir que la accionada no vulneró el derecho fundamental de petición del accionante.

Establecido lo anterior, procede el Despacho al estudio de los dos problemas jurídicos restantes, relativos a la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades y la determinación de la vulneración o no de los derechos fundamentales del accionante por no haberse efectuado el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540.

Al respecto, debe indicarse que, en atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Se encuentra probado con las documentales obrantes en el plenario, que el señor **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ** ha sido diagnosticado con: *Luxación de la Articulación del Hombro, Disartria y Anartria, Hipertensión Arterial, Inestabilidad anterior de hombro izquierdo, Dolor crónico, Dolor cervical, Limitación funcional, Déficit cognitivo, Trastorno de ansiedad no especificado, Hipertensión esencial (primaria) y Trastorno neurocognitivo leve*; patologías en virtud de las cuales le han sido prescritas múltiples incapacidades. Así mismo, está acreditado que el accionante se encuentra afiliado a la **E.P.S. SANITAS** en calidad de cotizante dependiente, a través de los empleadores AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A., MULTIENLACE S.A.S., ALMACONTACT S.A.S. y ACCION DEL CAUCA S.A.S.

El actor refiere que su condición de salud es precaria, lo que le genera incertidumbre sobre su futuro propio y familiar, pues el tiempo que ha permanecido incapacitado y el aumento del deterioro cognitivo y mental le impiden retornar a su puesto de trabajo y ejercer sus laborales, teniendo a la fecha un porcentaje de PCL del 53.94%. Que, en consecuencia, el no pago de las incapacidades que suplen su salario, pone en peligro el mínimo vital necesario para su subsistencia y la de su núcleo familiar. La anterior manifestación no fue desconocida ni desvirtuada por las accionadas ni vinculadas.

Lo anterior, en criterio del Despacho, hace procedente el mecanismo constitucional toda vez que se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital, en tanto las incapacidades que reclama el accionante constituyen la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni eficaces en este caso.

En ese orden, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo, encontrando lo siguiente:

(i) De conformidad con los certificados de incapacidades expedidos por la **E.P.S. SANITAS**, allegados por ella¹⁶ y por el accionante¹⁷, se tiene que al señor **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ** le han sido generadas incapacidades desde el **16 de octubre de 2020** hasta el **22 de mayo de 2022** por los diagnósticos S400 y S430 que, conforme a la clasificación prevista en la Tabla de Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión (CIE-10), corresponden a *Contusión del hombro y del brazo* y *Luxación de la articulación del hombro*, respectivamente¹⁸; tal como se observa a continuación:

Fecha Inicial	Fecha Final	Días Otorgados	Días Acumulados
16/10/2020	22/10/2020	7	7
23/10/2020	25/10/2020	3	10
26/10/2020	9/11/2020	15	25
10/11/2020	13/11/2020	4	29
14/11/2020	20/11/2020	7	36
21/11/2020	27/11/2020	7	43
28/11/2020	8/12/2020	11	54
9/12/2020	23/12/2020	15	69
26/12/2020	28/12/2020	3	72
29/12/2020	15/01/2021	18	90
16/01/2021	17/01/2021	2	92
19/01/2021	20/01/2021	2	94
21/01/2021	27/01/2021	7	101
28/01/2021	3/02/2021	7	108
4/02/2021	13/02/2021	10	118
17/02/2021	3/03/2021	15	133
4/03/2021	8/03/2021	5	138
9/03/2021	28/03/2021	20	158
29/03/2021	14/04/2021	17	175
15/04/2021	25/04/2021	11	186
27/04/2021	6/05/2021	10	196
7/05/2021	9/05/2021	3	199
10/05/2021	29/05/2021	20	219
31/05/2021	4/06/2021	5	224
5/06/2021	19/06/2021	15	239
22/06/2021	30/06/2021	9	248
1/07/2021	1/07/2021	1	249
2/07/2021	20/07/2021	19	268
21/07/2021	9/08/2021	20	288
10/08/2021	29/08/2021	20	308
30/08/2021	13/09/2021	15	323
14/09/2021	3/10/2021	20	343
4/10/2021	23/10/2021	20	363
26/10/2021	30/10/2021	5	368
2/11/2021	21/11/2021	20	388
22/11/2021	11/12/2021	20	408
13/12/2021	1/01/2022	20	428
2/01/2022	2/01/2022	1	429
3/01/2022	22/01/2022	20	449
24/01/2022	12/02/2022	20	469
14/02/2022	23/02/2022	10	479
24/02/2022	15/03/2022	20	499
16/03/2022	4/04/2022	20	519
5/04/2022	24/04/2022	20	539
25/04/2022	26/04/2022	2	541
27/04/2022	4/05/2022	8	549
5/05/2022	8/05/2022	4	553
9/05/2022	22/05/2022	14	567

¹⁶ Archivo pdf "Récord CC 79696522", obrante en la carpeta 012. AnexosSanitas

¹⁷ Página 23 del archivo pdf "001. AcciónTutela"

¹⁸ Visible en: <file:///C:/Users/SandraC/Downloads/CIE-10.pdf>

(ii) Coinciden las partes en afirmar que las incapacidades generadas por los primeros 540 días fueron reconocidas y pagadas al señor **MAHECHA RODRÍGUEZ** en debida forma y conforme a las disposiciones legales vigentes.

Lo anterior se corrobora, por un lado, con la certificación de incapacidades expedida por la **E.P.S. SANITAS**, donde se indica en la casilla “*Estado de Liquidación*” que las comprendidas entre el 16 de octubre de 2020 (día 1) y el 19 de abril de 2021 (día 180) se encuentran pagadas. Y, por otro lado, con la certificación emitida por la **A.F.P. PORVENIR S.A.** el 25 de mayo de 2022¹⁹, en donde se observa que reconoció y pagó las incapacidades generadas entre el 20 de abril de 2021 (día 181) y el 14 de abril de 2022 (día 529).

(iii) La **A.F.P. PORVENIR S.A.** en su contestación sostiene que, como las incapacidades solicitadas por el actor son posteriores al día 540, su pago debe efectuarse por parte de la E.P.S. Indica, además, que, si bien el accionante presentó la documentación requerida para la valoración de pérdida de capacidad laboral, y a la fecha cuenta con un porcentaje de PCL del 52.94% conforme Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 31 de marzo de 2022, lo cierto es que esa determinación no ha quedado en firme, pues su compañía de seguros presentó recurso de reposición y de apelación.

(iv) Por su parte, la **E.P.S. SANITAS** informó que, de las incapacidades superiores al día 540, tiene conocimiento de aquellas que fueron generadas entre el **27 de abril de 2022** y el **22 de mayo de 2022**, que corresponden a las tres últimas relacionadas en el cuadro transcrito líneas atrás. Sobre estas, refiere que se encuentran autorizadas, con *estado de liquidación: enviadas a tesorería* y con fecha de pago programada para el día 16 de junio de 2022 en favor de los empleadores con los cuales el afiliado presenta vigencia. Dicha manifestación se corrobora con la certificación de incapacidades aportada como prueba con la contestación, donde se observa la siguiente anotación:

57716594	11	LIQUIDADADA	27/04/2022	04/05/2022	8	548	\$1.360.595	S430	\$266.666	Enviada a tesorería
57742246	11	LIQUIDADADA	05/05/2022	08/05/2022	4	552	\$1.360.595	S430	\$133.333	Enviada a tesorería
57747744	11	LIQUIDADADA	09/05/2022	22/05/2022	14	566	\$1.360.595	S430	\$466.667	Enviada a tesorería

Sin embargo, resalta que, independientemente del momento en que la E.P.S. realice el pago de la incapacidad al empleador, es éste quien debe realizar el pago de forma directa al trabajador, en la misma periodicidad de la nómina y, posteriormente, realizar los trámites administrativos correspondientes para obtener el reembolso a que haya lugar.

(v) De conformidad con lo anterior, es de resaltar que, tal como lo afirmó la **A.F.P. PORVENIR** y no lo desconoció la **E.P.S. SANITAS**, estando probada la generación ininterrumpida de incapacidades en favor del accionante desde el 16 de octubre de 2020 hasta el 22 de mayo de 2022, superando el día 540; estando también probado que los diagnósticos son de origen *común*; y que cuenta con concepto de rehabilitación *favorable*

¹⁹ Página 11 del archivo pdf “009. ContestaciónPorvenir”

expedido por la EPS el 19 de julio de 2021²⁰, es por lo que el reconocimiento pretendido le corresponde a la **E.P.S. SANITAS** con recobro a la **ADRES**, conforme el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, en concordancia con el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018.

(vi) No obstante ello, afirma el accionante que las incapacidades generadas con posterioridad al día 540 no le han sido reconocidas ni pagadas por la **E.P.S. SANITAS** a través de su empleador **AMERICAS BPS S.A.S.**; afirmación que resulta cierta, teniendo en cuenta, por un lado, lo señalado por la EPS, de que pese a haber realizado la liquidación de las incapacidades adeudadas al actor y de encontrarse las mismas pendientes de pago, éste se realizará en favor del empleador, y no del actor directamente; y, en segundo lugar, **AMERICAS BPS**, pese a ser notificada de la acción de tutela, guardó silencio, por lo que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 los hechos se presumen ciertos.

Bajo tal panorama, importa traer a colación lo preceptuado en el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 de 2018, a saber:

Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a 5 días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.”

Así las cosas, es de aclarar que, cuando la norma hace referencia a que el pago de las prestaciones económicas se hará directamente al *aportante*, hace alusión a la persona natural o jurídica que realiza los aportes al Sistema de Salud que, para el caso de los trabajadores dependientes, corresponde al **empleador**, quien es el encargado de efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social de los trabajadores a su cargo.

En concordancia con lo anterior, es menester recordar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general deberá ser adelantado, de manera directa, por el **empleador** ante las EPS y en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

²⁰ Archivo pdf “Remisión CC 79696522 19-07-2021”, obrante en la carpeta 012. AnexosSanitas”

En esos términos, resulta claro, conforme a los parámetros normativos referidos, que las incapacidades reportadas por el trabajador deben ser cubiertas por el empleador con la misma regularidad del salario, independiente del trámite administrativo -de radicación y recobro- que después éste debe tramitar ante la E.P.S.

Empero, en el sub examine, no se encuentra acreditado que **AMERICAS BPS S.A.S.** hubiera pagado las incapacidades al señor **MAHECHA RODRÍGUEZ** en las nóminas de abril y mayo de 2022, que son los periodos de las incapacidades que, según quedó establecido en antelación, se encuentran pendientes de pago.

Luego entonces, la omisión de pago en que ha incurrido el empleador accionado es una clara vulneración del derecho fundamental a la seguridad social del accionante, por desconocerse sin justificación lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, lo que implica inexorablemente una trasgresión de su mínimo vital.

Valga aclarar que, si bien la E.P.S. refirió que el accionante presenta afiliación vigente con otros tres empleadores, respecto de éstos no habrá pronunciamiento, debido a que su eventual responsabilidad frente al pago o el impago de las incapacidades perseguidas por el accionante no fue objeto de discusión en la acción de tutela.

Por las razones expuestas, se concederá el amparo y se ordenará a **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.** que, en caso de no haberlo hecho, efectúe el pago al señor **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ** de las incapacidades comprendidas entre el 27 de abril de 2022 y el 22 de mayo de 2022, independientemente del trámite de recobro que se deba surtir ante la **E.P.S. SANITAS**.

Finalmente, frente a la pretensión de reconocimiento y pago de las incapacidades futuras, no es posible para el Juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables. En caso de no puntualizarse la orden de pago de las incapacidades, se estaría presumiendo la mala fe de la E.P.S. y/o del empleador, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, en contravía del artículo 83 de la Constitución Política.

En ese orden, la pretensión de pago de incapacidades futuras solicitada por el accionante no está llamada a prosperar, pues no es posible conceder el amparo a partir de suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales.

Se desvinculará del presente trámite a la **A.F.P. PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

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 del derecho fundamental de petición invocado por **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ** en contra de **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ**, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR al empleador **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.** que en el término de CINCO (05) DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de esta providencia, en caso de no haberlo hecho, proceda a reconocer y pagar en favor de **ALEXANDER MAHECHA RODRÍGUEZ** las incapacidades comprendidas entre el 27 de abril de 2022 y el 22 de mayo de 2022, fecha de la última incapacidad probada, independiente del trámite de recobro que se deba surtir ante la **E.P.S. SANITAS**.

CUARTO: NEGAR la solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades futuras, conforme las razones expuestas en esta providencia.

QUINTO: DESVINCULAR a la **A.F.P. PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**.

SEXTO: 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 providencia, contados a partir del día hábil siguiente de su notificación.

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

SÉPTIMO: 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