



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001418901320210059001

ACCIONANTE: HENRY DARIO NOGUERA VALENCIA

ACCIONADA: MUTUAL SER EPS- y TALENTUM TEMPORAL S A S -

DERECHO: MÍNIMO VITAL

Barranquilla, ocho (08) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha 04 agosto de 2021, proferido por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor HENRY DARIO NOGUERA VALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72201384, en nombre propio, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición, mínimo vital, contra MUTUAL SER EPS- Nit: 8060083947 y TALENTUM TEMPORAL SAS- Nit: 9000100688; y en el que se negó por improcedente el amparo de los derechos deprecados.

II. ANTECEDENTES

1. El solicitante se encuentra vinculado laboralmente a la empresa TALENTUM TEMPORAL SAS, en contrato de obra o labor, contratado en misión para la empresa SERVIENTREGA S.A., que se encontraba afiliado en salud a la EPS MEDIMAS desde el mes de agosto de 2013 hasta el 12 de junio de 2020 y posteriormente del 13 de junio de 2020 y hasta la fecha a la EPS MUTUAL SER.
2. Se encuentra incapacitado desde el 10 de abril de 2018 hasta la actualidad por padecer patologías de columna, lumbar, cervical con concepto de rehabilitación desfavorable.
3. Medimas canceló las incapacidades, pero que EPS MUTUAL SER, pago los primeros 180 días, del 13 de junio de 2020 hasta el 26 de enero de 2021.
4. Que, a partir, del día 181, le correspondía a COLPENSIONES, quienes solicitaron las incapacidades originales y certificado de incapacidades.
5. Expuso que, debido a ello, el 25 de mayo de 2021, solicitó a la empresa TALENTUM TEMPORAL SAS, las originales de las incapacidades, y la certificación de las incapacidades, pero hasta la fecha no ha recibido respuesta alguna, ni por su empleador ni por la EPS.
6. Fue calificado con un 27.81 % de pérdida de capacidad laboral, lo cual se encuentra en recurso.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, la accionante pretende que se le amparen los derechos deprecados y, en consecuencia, la entidad EPS MUTUAL SER le envíe los certificados originales de las incapacidades médicas del 27 de enero al 29 de enero de 2021, del 30 de enero al 13 de febrero, del 15 de febrero al 01 de marzo, del 2 al 31 de marzo, del 01 de abril al 03 de mayo, del 4 de mayo al 8 de agosto de 2021 y que remita el certificado de incapacidad desde el 13 de junio de 2020.

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, se ordenó la notificación de la accionada, y la vinculación de la señora ANGELES CARPINTEROS y a las entidades EPS MUTUAL SER, EPS MEDIMAS, SERVIENTREGA S.A.Y COLPENSIONES, IPS PEREZ RADIOLOGOS, a fin de que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

TALENTUM TEMPORAL S.A.S., indicó que la empresa ha pagado de manera puntual cada una de los valores por concepto de incapacidades al trabajador, una vez se acredita el giro de esos dineros por parte de la EPS a TALENTUM.; Mediante escrito de fecha 26 de julio de 2021, se le ratificó lo manifestado por la señora ÁNGELES CARPINTERO, quien es una funcionaria de TALENTUM TEMPORAL S.A.S., poniéndosele de presente que los documentos que él enviaba no eran los originales como los estaba pidiendo, pues solo remitía copias o fotografías vía WhatsApp y/o correo electrónico, y que la solicitud debía elevarse a la EPS MUTUAL SER.

NUEVA EPS S.A, informó que no tiene ninguna injerencia en el pago de las prestaciones económicas del señor HENRY DARIO NOGUERA VALENCIA. CC. 72201384, quien según la base de datos del ADRES hace parte de la base de afiliados de la EPS ASOCIACION MUTUAL SER EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD - MUTUAL SER EPS, por lo que manifiesta que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva de Nueva Eps en la presente acción de tutela.

MUTUAL SER EPS, manifestó: *“No es cierto que Mutual Ser EPS se haya demorado en brindar una respuesta, al respecto señalamos que el usuario no aporta en la presente prueba de radicado de su solicitud a través de nuestros canales de atención, en ese orden se solicitará la improcedencia de la acción constitucional por cuanto es deber primario del usuario agotar los recursos que estén a su alcance antes de acudir a la tutela. De igual forma conviene recordar que su primera solicitud carece de fundamento por cuanto Mutual Ser EPS NO emite incapacidades, estas hacen parte del criterio autónomo de los especialistas tratantes que atienden al usuario en las diferentes IPS de nuestra red de atención. En ese sentido se tiene que si lo pretendido por el señor Noguera es obtener una copia de las incapacidades que aduce le han emitido en las fechas comprendidas entre el 27/01/2021 al 08/08/2021, debe solicitarlas a la IPS donde está siendo atendido. Contrario sensu, si se solicita la transcripción, debe radicar su solicitud en debida forma ante Mutualser EPS.*

En el particular de los documentos anexos en la tutela se evidencia una incapacidad de la IPS PÉREZ RADIOLOGOS SAS, en consecuencia podrá dirigirse a dicha entidad a efectos de solicitar sus incapacidades, las cuales hacen parte de su expediente que cuenta con la debida reserva legal. En lo referido a su segunda solicitud y aun cuando NO HA AGOTADO EL PROCEDIMIENTO DE PETICIÓN ante nuestra entidad, procedemos a anexar en la presente respuesta el histórico de prestaciones económicas del usuario. En consecuencia, señor juez reiteramos nuestro pedido de decretar la improcedencia de la presente acción de tutela al no evidenciarse vulneración a algún derecho fundamental que haga necesaria su intervención. No obstante, en caso se decida una situación contraria, esta deberá ser dirigida exclusivamente a su empleador, por cuanto del correo anexo en la acción de tutela se avizora una petición a la cual aparentemente no ha dado TALENTUM TEMPORAL el trámite pertinente. “

SERVIENTREGA S.A., rindió su informe señalado que el contrato de servicios temporales con la sociedad TALENTUM TEMPORAL S.A.S, no se encuentra vigente y que en su momento el señor HENRY DARIO NOGUERA VALENCIA, prestó transitoriamente servicios a esa compañía como *“experto segura soluciones in company (sic)”*, cuyo trabajo en misión culminó en fecha 1 de octubre de 2019, momento en el cual se notificó la terminación de la labor correspondiente, por lo que se opone a las pretensiones del actor en contra de dicha sociedad.

Posterior a ello, el 04 de agosto de 2021, se profirió fallo de tutela, negó el amparo de los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el día, 04 de agosto de 2021, por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, se decidió negar el amparo solicitado, en ocasión a que: “... De lo anterior, inicialmente es de tener en cuenta que existe constancia de haber sido respondida la petición por parte de la sociedad TALENTUM TEMPORAL S.A.S., quien pone de presente su imposibilidad y falta de competencia para la entrega de las incapacidades, lo cual fue notificado al actor, sin que además obre pretensión alguna por parte del señor Noguera Valencia respecto a ésta entidad, y siendo que dicha sociedad es de naturaleza privada, no se encuentra en la obligación de remitir la petición al competente, de la forma como lo dispone el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, por lo que no se vislumbra transgresión de su parte del derecho constitucional reclamado.

Ahora bien, atendiendo que la acción se encuentra encaminada a que Mutual Ser expida las incapacidades relacionadas en el numeral 2 de sus pretensiones, observa el despacho que en el plenario no existe constancia de haberse presentado solicitud alguna ante esa EPS, tal lo manifiesta el Gerente Regional del Atlántico de Mutual Ser en su informe.

...

En ese contexto, se concluye que el principio de subsidiaridad dentro de la presente demanda no se encuentra acreditado, por cuanto el actor no ha hecho uso de los medios ordinarios directos ante la eps Mutual Ser y/o la Ips Pérez Radiólogo, en este caso presentar su petición ante dichas entidades para la entrega de las incapacidades y/o transcripción que solicita, así como tampoco se presentó la acción tutelar como mecanismo transitorio, por lo que el amparo solicitado resulta improcedente, y así se declarará en la parte resolutive de este proveído...”

VI. IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó el fallo referido indicando que: “El OBJETO es que TALENTUM, tramite ante la EPS la incapacidad que la IPS o Médico tratante me entregó a mí y que le remití al CORREO CORPORATIVO: aux_barranquilla@talentum.com.co... Se IMPUGNA la decisión del Juez 13 porque este es el único medio que tengo para que cumplan su deber legal.

Y es el único medio idóneo, porque si no se ordena a TALENTUM que tramite ante la EPS las incapacidades expedidas por la IPS, la AFP no me podrá pagar, que es con lo que SUBVENCIONO mis más inmediatas necesidades por ser mis UNICOS INGRESOS. Entre tanto he tenido que solventarme de la Caridad de otros familiares que no son precisamente los más pudientes...”

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿La entidad accionada, MUTUAL SER EPS- y TALENTUM TEMPORAL SAS- han vulnerado los derechos de petición, y mínimo vital, del señor HENRY DARIO NOGUERA VALENCIA, al no darle respuesta a la petición interpuesta en el mes de mayo de 2021, solicitando el original y el certificado de las incapacidades que presenta como consecuencia de las patologías que padece, requisito impuesto por COLPENSIONES para el pago de las mismas, a partir, del día 181 de las misma?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para revocar la sentencia proferida por el a-quo?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

IX. NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 2, 13, 48, 49, 56 y 86 de la Constitución Política. Leyes 1122 de 2007 y 100 de 1993, Decretos 2943 de 2013, 1406 de 1999 y 2463 de 2001, Ley 1755 de 2015; sentencias T-529 de 2017, T- 311 de 1996, C-418 de 2017, T- 144 - 2016, T245 de 2015, T-263 de 2012, T-401-17, T-020-18, entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

EL 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, la Ley 1755 de 2015, reguló todo lo concerniente al derecho fundamental de petición, en los términos señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

La normatividad anterior consagra dos premisas:

- 1- Presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivo de interés general o particular, y
- 2- Obtener pronta resolución de sus peticiones.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, (verbigracia sentencias T-487 de 2017 y T-077-18) se ha referido al derecho de petición, precisando que el contenido esencial de este derecho 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, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas.

En sentencia C-418 de 2017, este Tribunal reiteró que el ejercicio del derecho de petición se rige 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”.

EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

La Corte Constitucional retomando importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, ha encontrado que la Constitución protege el derecho fundamental al “mínimo vital”. Este derecho se funda en el principio de solidaridad social y hace alusión a la obligación - del Estado o de un determinado particular - de satisfacer las mínimas condiciones de vida de una persona. La Corte Constitucional se ha referido al mínimo vital de diversas maneras: (1) como derecho fundamental innominado que asegura los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna; y (2) como el núcleo esencial de los derechos sociales - como el derecho a la pensión o al salario - cuya garantía resulta necesaria para la satisfacción de los derechos fundamentales. En este último caso, la Corte sostiene que un

derecho social puede adquirir el rango de fundamental por conexidad cuando se vulnera el mínimo vital.

En cualquier caso, el mínimo vital es un derecho a la subsistencia que aun cuando no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, “puede deducirse de los derechos a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la seguridad social”. Este derecho incluye, el núcleo esencial de derechos sociales prestacionales y tiene como función lograr una igualdad material, “cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y siempre que el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia.”

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES

En torno a la procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales se cita una providencia de la Corte Constitucional que reconstruye la línea jurisprudencial sobre este aspecto T- 144 - 2016 y la sentencia T - 245 de 2015, en la que se itera que el reconocimiento y pago de la prestaciones económicas corresponde a la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, sin embargo de manera excepcional ha de reconocerse en sede constitucional las incapacidades laborales:

En materia de procedencia excepcional de la tutela para el reconocimiento de esta prestación, en la Sentencia T-263 de 2012 se compilaron las siguientes subreglas:

i) El pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador dependiente o independiente, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores¹, 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) Constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, puesto que 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 familia².

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 circunstancia de debilidad manifiesta³.

3.3. Adicionalmente, este Tribunal ha sostenido que cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden terminar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar⁴,

¹ Cfr. Sentencia T-311 de 1996, reiterada en sentencias T-094 de 2006, T-772 de 2007, T-468 de 2010, T-004 de 2014, entre otras.

² *Ibidem*.

³ Sentencia T-789 de 2005.

⁴ Al respecto la Corte indicó en Sentencia T-772 de 2007: “De lo anterior puede colegirse que, el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, entre los que pueden destacarse los siguientes, no sin antes aclarar que no son los únicos:

*ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa el único sustento*⁵.

*En efecto, respecto del mínimo vital, la Corte ha reiterado que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario*⁶.

3.4. *Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando estas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se puede ver abocado el individuo y su núcleo familiar.*

Se ha señalado en este caso que la accionante cumple con los requisitos de inmediatez porque el hecho es actual. El accionante ha estado incapacitado de forma continua desde octubre de 2018 hasta el 07 de enero de 2019 y cuenta con concepto de rehabilitación favorable expedido por la Nueva EPS.

Respecto del reconocimiento de las incapacidades laborales de origen común superiores a los 180 días la Corte Constitucional ha dilucidado los siguientes aspectos relevantes:

3.1. *El artículo 48 Superior consagró el derecho a la seguridad social, los principios que deben regirla y autorizó al legislador para que expidiera las leyes necesarias a fin de lograr el desarrollo integral del sistema.*

En cuanto a las contingencias que llegare a padecer un trabajador en razón a una enfermedad o lesión que lo incapacite para laborar en forma permanente o temporal, el legislador contempló distintas situaciones que en cada evento se pueden presentar y los procedimientos a seguir, con el único fin de garantizar que la persona afectada no interrumpiera sus tratamientos médicos o que pudiera percibir un sustento económico a título de incapacidad⁷ o de pensión de invalidez, según el caso.

(i) **La salud**, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación (...).
(ii) **El mínimo vital**, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.

Conviene recordar en este punto que, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al **mínimo vital** no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho 'debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador' [sentencia T-818 de 2000]" .

Así, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte."

⁵ Sentencia T-772 de 2007. Posición reiterada, entre otras, en las sentencias T-680 de 2008, T-468 de 2010, T-237 de 2011, T-263 de 2012, entre otras.

⁶ Sentencia T-311 de 1996, reiterada en sentencias T-789 de 2005, T-468 de 2010, T-263 de 2012, T-004 de 2014. Sobre el particular, en esta última providencia se refirió: "En la misma sentencia [T-311 de 1996], la Corte estableció la configuración de una presunción respecto a la ausencia del pago de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades laborales, 'que se presume que las mismas son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su familia, tal como ocurre con su salario'."

⁷ En Sentencia T-333 de 2013, la Corte indicó: "El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el

Así, la obligación del empleador de asumir el auxilio monetario correspondiente a la incapacidad comprobada para cumplir sus labores fijada en el artículo 227⁸ del Código Sustantivo del Trabajo, fue trasladada por la Ley 100 de 1993⁹, en principio, a la entidad promotora de salud a la cual se encontrare afiliado el trabajador.

Ahora bien, habida cuenta del desarrollo normativo posterior de dicha disposición, se advierte que la entidad responsable del reconocimiento y pago de la referida prestación económica depende de la duración del cese de labores por razones médicas.

3.2. *En efecto, si la incapacidad es igual o menor a dos días, será asumida directamente por el empleador, como lo establece el Decreto reglamentario 1406 de 1999¹⁰ recientemente modificado por el Decreto reglamentario 2943 de 2013¹¹.*

3.3. *Por su parte, a la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador le corresponde realizar lo propio a partir del tercer día¹² y hasta el día 180¹³, siempre y cuando la misma no sea prórroga de otra. Cabe advertir que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad¹⁴. En relación con este deber la Corte Constitucional ha determinado algunas situaciones excepcionales en que esa competencia se traslada al empleador¹⁵.*

En ese período, la entidad promotora de salud debe emitir el concepto favorable de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a más tardar el día 150 al

salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita. El papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familia por razones de salud, explica que la Corte se haya pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica.”.

⁸ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227: *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.*

⁹ Ley 100 de 1993, 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.”.*

¹⁰ Artículo 40, parágrafo 1º, referido a que los tres (3) primeros días de incapacidad eran asumidos por el empleador y de ahí en adelante por la EPS. Norma modificada por el Decreto 2943 de 2013.

¹¹ Artículo 1º: *“Modificar el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así: PARÁGRAFO 1º. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.*

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

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

¹² *Ibíd.*

¹³ *Cfr.* Decreto Ley 019 de 2012, artículo 142.

¹⁴ Reiterado en sentencias T-468 de 2010 y T-263 de 2012,

¹⁵ En Sentencia T-786 de 2009 se refirió que la responsabilidad de las EPS en el reconocimiento de las incapacidades laborales causadas durante los primeros 180 días se traslada a los empleadores cuando el trabajador no reúne el número mínimo de semanas cotizadas exigidas en el Decreto 47 de 2000; cuando el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella y cuando el empleador no informa sobre la incapacidad concreta del trabajador.

fondo de pensiones al cual se encuentre cotizando la persona. En caso de que omita dicha obligación y se hayan agotado los primeros 180 días de incapacidad, la EPS deberá continuar con el pago de los días posteriores hasta tanto expida el correspondiente concepto¹⁶. En este caso, compete al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades ante la EPS¹⁷.

3.4. Entregado el referido dictamen, corresponde a las administradoras de pensiones¹⁸ reconocer las incapacidades a partir del día 181 hasta por 360 días adicionales, como lo dispone el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, a saber:

“(...) 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 (sic) 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. (...)”

Teniendo en cuenta que en ese lapso la persona también se encuentra cesante, la norma protegió su mínimo vital disponiendo que el fondo de pensiones al cual se encuentre cotizando sea quien asuma el pago de un valor equivalente a la prestación que le canceló la EPS durante los primeros 180 días.

Al respecto, se destaca que la intención del legislador se circunscribe a que en dicho término el trabajador dependiente o independiente se recupere o se pensione¹⁹, para lo cual es menester que se califique la pérdida de su capacidad²⁰ de manera que se determine si fueron superadas

¹⁶ Cfr. Decreto Ley 019 de 2012, artículo 142: *“(...) 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. (...)”*

¹⁷ 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.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

¹⁸ En la Sentencia T-333 de 2013, se afirmó: *“el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.*

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo”.

¹⁹ Cfr. Sentencia T-920 de 2009.

²⁰ Sentencia T-980 de 2008: *“Cumplidos los 180 días continuos de incapacidad temporal, será al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado la persona a quien corresponde el pago de la prestación económica, mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez, en los términos del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001”.*

las patologías que imposibilitaban su desempeño o, si por el contrario, su condición impide de forma permanente que se reincorpore a sus tareas habituales, lo cual haría procedente el reconocimiento de la respectiva pensión de invalidez²¹.

La Corte ha manifestado que la obligación de pago a cargo del fondo de pensiones se puede extender cuando: “el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde... hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”²².

En suma, la Corte advierte que para obtener el pago de las incapacidades otorgadas entre el día 181 y el 540, se requiere: i) contar con el concepto de rehabilitación favorable expedido por la entidad promotora de salud y, ii) que la persona se encuentre activa y afiliada a una entidad administradora del sistema general de seguridad social en pensiones.

3.5. *En relación con la remisión a la AFP en la cual se encuentre afiliada la persona, esta Corporación ha considerado que la EPS debe adelantar el acompañamiento necesario, para lo cual está en la obligación de enviar directamente los documentos correspondientes al fondo de pensiones correspondiente, para que este inicie el pago de las incapacidades y promueva la calificación del trabajador.*

Lo anterior tiene sustento en que no es admisible constitucionalmente que el empleado enfermo tenga que soportar cargas administrativas o trámites adicionales que no tiene por qué asumir. De tal forma, todas las entidades que hacen parte del sistema general de seguridad social deben actuar armónicamente, para que se le garantice al afiliado la resolución oportuna y efectiva, sin que se pongan en riesgo sus condiciones mínimas de subsistencia...”

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 entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantararlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.

Es pertinente señalar que, con respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, lo cual se resume en el siguiente recuadro.

²¹ Sobre el particular en Sentencia T-004 de 2014 se consideró: “En los casos en que la enfermedad tenga un concepto favorable de recuperación, el trabajador mantiene el derecho a la reinstalación en el cargo que venía desempeñando o la reubicación; pero si la enfermedad genera una pérdida de capacidad laboral superior al 50% ésta da lugar, si se cumplen los demás requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, al reconocimiento de la pensión de invalidez”.

²² Sentencia T-920 de 2009 reiterada en Sentencia T-004 de 2014.

PERIODO	ENTIDAD QUE DEBE REALIZAR EL PAGO	FUENTE
DÍA 1 Y 2	EMPLEADOR	DECRETO 2943 DE 2013 ARTICULO 1
DÍAS 3 AL 180	E.P.S.	DECRETO 2943 DE 2013 ARTICULO 1
DÍAS 181 HASTA 540	FONDO DE PENSIÓN	DECRETO 019 DE 2012 ARTICULO 121
DÍAS 541 EN ADELANTE	E.P.S.	LEY 1753 DE 2015 ARTICULO 67

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso sub examine, se tiene que el señor HENRY DARÍO NOGUERA VALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72201384, en nombre propio, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición, mínimo vital, contra MUTUAL SER EPS- Nit: 8060083947 y TALENTUM TEMPORAL SAS- Nit: 9000100688.

Lo anterior, en ocasión a que indica que se encuentra incapacitado desde el 10 de abril de 2018 hasta la actualidad, por padecer patologías de columna, lumbar, cervical con concepto de rehabilitación desfavorable; que, a partir, del día 181 de su incapacidad, le correspondía a COLPENSIONES el pago de dicho subsidio, pero la entidad le solicitó las incapacidades originales y certificado de incapacidades, para tramitar el reconocimiento y pago de la prestación, por lo que elevó petición ante su empleador el 25 de mayo de 2021, solicitando dicha documentación.

Su empleador, TALENTUM TEMPORAL SAS, le informó al juez constitucional de primera instancia que la empresa ha pagado de manera puntual cada una de los valores por concepto de incapacidades al trabajador, una vez se acredita el giro de esos dineros por parte de la EPS a TALENTUM y con respecto a la petición presentada que el 26 de julio de 2021 se le respondió al actor que los documentos que él enviaba no eran los originales como los estaba pidiendo, pues solo remitía copias o fotografías vía WhatsApp y/o correo electrónico, y que la solicitud debía elevarse a la EPS MUTUAL SER.

Por su parte, MUTUAL SER EPS, indicó que el usuario no aporta prueba de radicado de su solicitud, a través de los canales de atención; que si lo pretendido por el señor Noguera es obtener una copia de las incapacidades que aduce le han emitido en las fechas comprendidas entre el 27/01/2021 al 08/08/2021, debe solicitarlas a la IPS donde está siendo atendido. Contrario sensu, si se solicita la transcripción, debe radicar su solicitud en debida forma ante MUTUALSER EPS. En el particular de los documentos anexos en la tutela se evidencia una incapacidad de la IPS PÉREZ RADIOLOGOS SAS, en consecuencia, podrá dirigirse a dicha entidad a efectos de solicitar sus incapacidades, las cuales hacen parte de su expediente que cuenta con la debida reserva legal.

COLPENSIONES no atendió el requerimiento efectuado, por el juzgado de primera instancia.

El juez de primera instancia, declaró la improcedencia de la presente acción en atención que la sociedad TALENTUM TEMPORAL S.A.S., puso de presente su imposibilidad y falta de competencia para la entrega de las incapacidades, lo cual fue notificado al actor, sin que además obrara pretensión alguna por parte del señor Noguera Valencia respecto a ésta entidad, y siendo que dicha sociedad es de naturaleza privada, no se encuentra en la obligación de remitir la petición al competente, de la forma como lo dispone el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, por lo que no se vislumbra transgresión de su parte del derecho constitucional reclamado.

Ahora bien, atendiendo que la acción se encuentra encaminada a que Mutual Ser expida las incapacidades relacionadas en el numeral segundo de sus pretensiones, observa el despacho que en el plenario no existe constancia de haberse presentado solicitud alguna ante esa EPS, tal lo manifiesta el Gerente Regional del Atlántico de Mutual Ser en su informe. En ese contexto, se concluye que el principio de subsidiaridad dentro de la presente demanda no se encuentra acreditado, por cuanto el actor no ha hecho uso de los medios ordinarios directos ante la EPS Mutual Ser y/o la IPS Pérez Radiólogo.

El actor, en su impugnación, indicó que el a quo, no entendió el objeto de su pretensión que no era otra que su empleador TALENTUN, tramitara ante la EPS la incapacidad que la IPS o Médico tratante le entregó y que le remitió al correo corporativo: aux_barranquilla@talentum.com.co.

Sea lo primero a manifestar que este despacho judicial no acoge la postura adoptada por el juez en primera instancia, debido a que no se puede limitar la responsabilidad que tiene el empleador frente a su trabajador incapacitado, reduciéndolo, a una *“sociedad es de naturaleza privada, no se encuentra en la obligación de remitir la petición al competente, de la forma como lo dispone el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015”* toda vez, frente a este existe una relación de subordinación e indefensión, donde resulta poco garantistas de los derechos invocados por la persona más débil de la relación laboral, la cual es el empleado, quien además se encuentra frente a una situación de debilidad manifiesta, en ocasión a la incapacidad laboral que tiene en estos momentos.

En este punto, es menester traer a colación, el concepto jurídico N° 02EE2019410600000051803, emitido por el Ministerio de Trabajo, acerca de las obligaciones en cabeza del empleador cuando un trabajador tiene una incapacidad superior a ciento ochenta (180) días.

Así las cosas, en primer lugar, recalcó que corresponde al empleador tramitar las incapacidades que le presente el trabajador. Si la incapacidad es de origen común, el pago es responsabilidad de la EPS a la que se encuentra afiliado el trabajador hasta el día ciento ochenta (180).

A partir del día ciento ochenta y uno (181) y hasta el día quinientos cuarenta (540) será responsabilidad del fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador. Una situación diferente se presenta si la incapacidad es de origen laboral, donde la ARL reconoce las incapacidades temporales desde el día siguiente en que ocurrió el accidente o fue diagnosticada la enfermedad, tanto para el sector público como el privado.

Por otro lado, precisó el Ministerio que se debe continuar con el vínculo laboral, pues la incapacidad no es motivo de terminación de la relación laboral existente.

En tercer lugar, el empleador deberá liquidar y pagar las prestaciones laborales establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo. el hecho de la incapacidad, bien sea de

origen laboral o común, no suspende el contrato de trabajo, por lo que el empleador está en obligación de liquidar y pagar las prestaciones respectivas.

Por último, el empleador deberá realizar los pagos de aportes de seguridad social, entendiendo salud y pensión, ya que durante los períodos de incapacidad o licencia no se pagan riesgos laborales, pues la finalidad de estos es cubrir al trabajador ante posibles sucesos indeseables en la ejecución de su trabajo, teniendo en cuenta que no estará en las instalaciones de la compañía ni ejecutando actividades laborales.

De igual forma, el Decreto 19 DE 2012, *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.”* En el artículo 121, dispone:

“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.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

Lo anterior, se hace extensivo al día 181, y su trámite frente a la AFP, por lo que es evidente la trasgresión de los derechos depuestos al mínimo vital y el de petición, de quien se encuentra imposibilitado de trabajar, ya que, no se puede desconocer el trasfondo de la situación del actor que no es otra que el reconocimiento y pago las incapacidades médicas ordenadas por su galeno tratante.

Es pertinente señalar que, 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 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación²³. (Sentencia T401-2017)

En suma, este despacho judicial revocará la decisión adoptada en primera instancia y en su defecto tutelaré el amparo de los derechos del accionante.

En este sentido, el despacho ordenará al fondo de pensiones el reconocimiento y pago de estas incapacidades previo trámite a cargo del empleador.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, se procederá a revocar la providencia impugnada toda vez que es deber legal del empleador tramitar las

²³ Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

incapacidades médicas de su trabajador, quien es sujeto de especial protección en atención a la debilidad manifiesta que padece.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. REVOCAR la sentencia de fecha 04 agosto de 2021, proferido por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor HENRY DARÍO NOGUERA VALENCIA, contra MUTUAL SER EPS- y TALENTUM TEMPORAL SAS-, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. AMPARAR los derechos de petición y mínimo vital del señor HENRY DARIO NOGUERA VALENCIA, y en consecuencia de ello, ORDENAR al representante legal de TALENTUM TEMPORAL SAS. y/o quien haga sus veces, para que dentro de los dos días siguientes a la notificación de este proveído trámite las incapacidades médicas del accionante superiores al día 181 causadas hasta la fecha, ante la AFP COLPENSIONES, dicho trámite no podrá superar los tres (3) días para su radicación.
3. ORDENAR al representante legal de COLPENSIONES, o quien haga sus veces, radicada la documentación legalmente exigida, RECONOZCA Y PAGUE, al ciudadano HENRY DARIO NOGUERA VALENCIA las incapacidades médicas superiores causadas desde el día 181 hasta la fecha, en un término no superior a diez (10) días hábiles
4. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
5. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA