

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD**

Bogotá, D. C. Enero veintiuno (21) de dos mil veintidós (2022).

No.110014003012-2022-00005-00

REF: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: JESUS ELIAS SANCHEZ ROJAS

ACCIONADOS: CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S., FAMISANAR E. P. S. y CENTRO DE EVALUACION DIAGNOSTICA Y REHABILITACION NEUROCOGNITIVA S. A. S. (VINCULADOS OFICIOSAMENTE)

ANTECEDENTES

1º. PETICIÓN.-

Obrando en nombre propio, el señor **JESUS ELIAS SANCHEZ ROJAS** instauró acción de tutela con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, igualdad, a la seguridad social, y al de petición, ordenándole a **CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S.A .S.** para que dentro de las 48 horas siguientes procedan al pago de todas las incapacidades pendientes de pago desde el día 05 de Diciembre de 2021 hasta el 04 de ENERO de 2022 y las que se sigan generando directamente a su favor y para que realicen los aportes de sus incapacidades tan pronto se radiquen a la compañía en los tiempos establecidos por la ley, ya que este es su sustento mensual mientras realiza su proceso de recuperación.

2º.- HECHOS.-

Indica el tutelante que el día 02 de Mayo de 2021 sufrió un accidente cardiovascular (sic) debido al cual la mitad de sus extremidades no tienen movimiento voluntario y esto le ha conllevado a permanecer de manera indefinida en cama.

Informa que su empleador le indica de manera tajante que hasta que la EPS FAMISANAR no realice el depósito de sus incapacidades ellos no están en la obligación de realizar ningún aporte.

Indica que sus tres hijos mayores y su hermano han velado de manera económica y moral por sus gastos económicos, esto mientras la EPS FAMISANAR realiza los desembolsos a la compañía, a esto se suma el apoyo moral y físico y el gran esfuerzo de su esposa para poder superar esta calamidad.

Manifiesta que su hermano desafortunadamente falleció el día 20 de Noviembre de 2021 y esto no solo le dejó un gran vacío emocional sino también financiero ya que él lo apoyaba económicamente mientras la empresa se decide a pagar su subsidio de incapacidad.

Refiere que la compañía empezó a realizar los aportes a su cuenta de ahorros pero estos pagos no están siendo recurrentes y sólo están

realizando los pagos a medida que la EPS les consigna a la cuenta de la compañía, por si fuera poco ponen muchas trabas a la hora de realizar dichos pagos y esto hace que se dificulten los desembolsos.

Comunica que su esposa tuvo que renunciar a su empleo ya que él tiene que tener a alguien 24/7 a su cuidado y esto ha derivando en una baja salarial importante ya que ella también aportaba a la economía del hogar y sin ese sustento sólo se depende de lo que le den por parte de las incapacidades.

Informa que LA COMPAÑÍA CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S. desde el primer momento en que sucedió su calamidad nunca mostró su compromiso de ayuda y cooperación con su enfermedad, generando los pagos de manera atrasada con la única excusa de no pagar hasta que la EPS FAMISANAR realice la liquidación y consignación.

Dice que el primer pago por parte de la compañía fue realizado el día 19 de Noviembre de 2021 casi 6 meses después del comienzo de su enfermedad, situación que ha sido insostenible en su hogar ya que dependen del subsidio de incapacidades para su manutención.

Manifiesta que sus hijos no cuentan con trabajos bajo contrato por ende si en cualquier momento llegarán a prescindir de sus servicios no estarían en la capacidad de ayuda con su enfermedad.

3º.- TRAMITE

Por auto del 12 de Enero del año en curso, se admitió a trámite la solicitud, se tuvo en cuenta las pruebas documentales aportadas y se le comunicó al accionado la iniciación de la presente acción para que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo se dispuso la vinculación oficiosa de FAMISANAR E. P. S. y CENTRO DE EVALUACION DIAGNOSTICA Y REHABILITACION NEUROCOGNITIVA S. A. S.

La vinculada de manera oficiosa FAMISANAR E. P. S., en su respuesta indicó que han autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido el paciente y en cuanto a la solicitud del accionante éste se encuentra en estado Activo en el Régimen Contributivo en Categoría A. Lo anterior teniendo en cuenta la calidad de cotizante dependiente que ostenta con la empresa CONSTRUSERVICIOS ED ASESORIAS EMPRESARIALES, presentando pago hasta el mes de Diciembre de 2021, sin que a la fecha presente novedad de retiro en la afiliación.

Aduce que en aplicación de la Resolución 2266 de 1998 artículo 48º, Ley 1468 de 2011 "Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 y 227 del Código Sustantivo del Trabajo, para el periodo en el cual el usuario cotizó y disfrutó de su licencia se encontraba vinculado como trabajador dependiente de la razón social CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S., por lo que, si hubo una violación a su Derecho Fundamental al Mínimo Vital, en principio debió ser conculcado por parte de su empleador y no por FAMISANAR E. P. S. al no acatar lo que normativa y jurisprudencialmente le corresponde como empleador, entre otras cosas cancelar las licencias e incapacidades en los periodos de pago de la nómina de sus trabajadores y por ende, amparándose constitucionalmente mediante la presente acción de tutela y como consecuencia ordenando a su empleador el resarcimiento de lo debido por su aparente omisión de dicho pago, omisión que presuntamente puso en inminente peligro el Derecho Fundamental al

Mínimo Vital del aquí accionante, razón por la cual, cualquier debate de procedencia de reembolso de incapacidad de la E. P. S. a su empleador CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S., no solo es debate a resolver en otras instancias, sino que la procedencia del reembolso a ésta razón social se lleva a cabo directamente con dicha entidad y cualquier orden tutelar frente a la presente controversia generaría un doble pago, doble pago que no está contemplado en las normas que racionalizan el SGSSS.

Informa que el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, dispone que será obligación del empleador realizar de manera directa ante las EPS los trámites para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad, siendo la única obligación del trabajador reportar el acaecimiento de cualquiera de aquellas, así: *"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."*

Aduce que por lo anterior, hay una presunción legal de que el usuario, por el simple hecho de ser trabajador dependiente activo durante su periodo de licencia NO se encuentra cesante, pues su empleador debe garantizar el pago de su licencia en el periodo de nómina de sus trabajadores, haciendo improcedente la presente acción de tutela ante la inexistencia de violación de Derechos Fundamentales por parte de FAMISANAR, pues FAMISANAR como las demás E. P. S. en cumplimiento de la Ley no cancela directamente a los usuarios con vinculación dependiente sino que, reembolsa a sus empleadores lo que ellos ya han cancelado a sus trabajadores en el periodo de nómina, situación que el a quo no puede desconocer a la luz de la normatividad existente y al hecho probado y reconocido por éste.

Alega la falta de legitimidad en la causa por pasiva dado que la ley 100 de 1993, informa que en caso de incumplimiento de las obligaciones del empleador, es decir, no haberse efectuado la inscripción del trabajador, el no giro oportuno de las cotizaciones a la Entidad de Seguridad correspondiente o no cumplir con las cotizaciones completas durante el periodo de vinculación en los aportes obligatorios, el empleador CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S. tendría que asumir el pago por concepto de incapacidad sin poder recobrar a la E. P. S., refiriendo que no obstante, independientemente de que el empleador cumpla o no con el pago de aportes en los tiempos establecidos en la Ley, es quien está llamado a cancelar la obligación aquí debatida al accionante, en el presente caso le corresponde a CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S., pues el no cumplimiento del debido pago de aportes origina la imposibilidad de recobrar a la EPS como empleador, pues como se ha dicho hasta el cansancio el empleador debe pagar en el periodo de nómina independientemente de lo que suceda frente a la E. P. S., en virtud de la Resolución 2266 de 1998.

Alega la improcedencia de la acción de tutela por cuanto el accionante no demostró la falta de capacidad económica toda vez que no hay prueba alguna en el escrito que evidencie afectación al mínimo vital.

Reitera que se presume legalmente que el accionante percibió el pago de su incapacidad como trabajador dependiente de CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S. y ésta, en los deberes que le asisten, debió haber cancelado en principio la obligación requerida en esta acción constitucional y posteriormente dicho empleador es quien solicitaría el reembolso a la E. P. S. de lo ya antes remunerado al accionante dentro de los parámetros legales dispuestos para ello, por lo tanto, no está demostrada la afectación al mínimo vital por parte de FAMISANAR E. P. S.

Solicita denegar por improcedente la presente acción por inexistencia de violación o puesta en peligro de los Derechos Fundamentales del accionante por parte de FAMISANAR E. P. S.

Por su parte ni la accionada ni el vinculado de manera oficiosa **CENTRO DE EVALUACION DIAGNOSTICA Y REHABILITACION NEUROCOGNITIVA S. A. S.** respondieron la comunicación que se les envió, razón por la cual se dará aplicación a la presunción de veracidad prevista en el art.20 del Decreto 2591 de 1.991.

4º. CONSIDERACIONES

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada en el Decreto 2591 de 1.991, se encuentra consagrada para que toda persona por sí misma, o por quien actúe en su nombre, pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Este mecanismo de orden residual, solamente encuentra procedencia cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por lo que, se pone al descubierto que la intención y espíritu del constituyente fue la de introducir una figura alterna o paralela a los juicios y a los procedimientos que constituyen vía común para hacer valer los derechos cuya función se encuentra genéricamente asignada a la administración de justicia y garantizada por la Carta Política.

Es necesario, por tanto, destacar como reiteradamente lo ha expuesto la Corte Constitucional, que tanto en la norma constitucional, como en su desarrollo legislativo, el ejercicio de la citada acción está condicionado, entre otras razones, por la presentación ante el juez de una situación concreta y específica de violación o amenaza de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública o, en ciertos eventos definidos por la ley, a sujetos particulares. Además el peticionario debe tener un interés jurídico y pedir su protección también específica, siempre en ausencia de otro medio especial de protección o excepcionalmente, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De las normas transcritas se infiere claramente que la acción de tutela es un mecanismo extraordinario que de ninguna forma puede suplir o confundirse con los medios ordinarios establecidos por la Ley para la discusión ante las autoridades de la República de los conflictos de intereses de las personas, por lo que se afirma que tal acción no es ni puede constituirse en un "tercer recurso".

Sobre el particular, se ha instaurado la presente acción tutelar con el fin de que se le ordene a CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S. para que dentro de las 48 horas siguientes

procedan al pago de todas las incapacidades pendientes de pago desde el día 05 de Diciembre de 2021 hasta el 04 de Enero de 2022 y las que se sigan generando directamente a favor del accionante y para que realicen los aportes de sus incapacidades tan pronto se radiquen a la compañía en los tiempos establecidos por la ley, ya que este es su sustento mensual mientras realiza su proceso de recuperación.

Acerca del pago de incapacidades médicas ha manifestado nuestra H. Corte Constitucional en sentencia T-161 de 2019, siendo Magistrada Ponente la Dra. CRISTINA PARDO SHLESINGER, lo siguiente:

“3.2.4 Ahora bien, respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, esta Corporación ha señalado que, en principio, no procede la acción tutela. Ello, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”*.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126 prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, *“conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”*.

3.2.5 No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”.

3.2.6 En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad

humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “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.*”

3.2.7 (...)

3.2.10 Con fundamento en lo expuesto, considera la Sala que mediante la presente acción de tutela se busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se materializa en la amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital del peticionario, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración. En consecuencia, se concluye que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para ventilar las pretensiones del actor, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular”.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta el anterior extracto jurisprudencial, del estudio de la presente acción tutelar se tiene que el tutelante ha estado incapacitado a partir del día 02 de Mayo de 2021 a la fecha y que éste informa que no le han sido canceladas las incapacidades generadas desde el día 05 de Diciembre de 2020 hasta el 04 de Enero de 2022.

De la respuesta dada por la vinculada de manera oficiosa FAMISANAR E. P. S. ya referida, se observa que ésta empresa ha cumplido con lo que le corresponde en el pago de las incapacidades que le han concedido al accionante y que es la empleadora de éste quien se ha demorado en su pago, razón por la que se accederá al amparo tutelar invocado ordenándosele a **CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S.** para que en el término de cinco (5) días, si aún no lo han hecho, procedan a cancelarle al tutelante las incapacidades médicas desde el día 05 de Diciembre de 2021 hasta el 04 de ENERO de 2022, si a ello hubiere lugar, denegándose la acción de amparo en contra de las vinculadas de manera oficiosa.

En otro orden de ideas, en lo referente al derecho de petición presuntamente conculcado por la entidad accionada, éste será denegado como quiera que en el plenario no obra el supuesto derecho de petición elevado por el tutelante a ésta.

El Despacho advierte a las partes al interior de la presente acción de amparo que para efectos de no vulnerar los derechos de defensa y del debido proceso que les asisten y que a raíz de la pandemia del Coronavirus o Covid 19, que como es de conocimiento público viene afectando a la población mundial - incluida Colombia- y con los fines de impugnar la decisión que aquí se tome y demás aspectos atinentes a la acción tutelar, pueden hacerlo a través del correo electrónico cmpl12bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTÁ D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

5°. RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de **JESUS ELIAS SANCHEZ ROJAS** a la seguridad social, a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, igualdad, a la seguridad social y de petición, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR a CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S.**, para que, si aún no lo han hecho, dentro de los CINCO (5) días siguientes a la notificación de este fallo por la vía más expedita, proceda al pago de las incapacidades medicas del señor **JESUS ELIAS SANCHEZ ROJAS**, del periodo comprendido del 05 de Diciembre de 2021 hasta el 04 de Enero de 2022 y las que se sigan generando, si a ello hubiere lugar, por encontrarse afectado su mínimo vital.

RELIEVASE a CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S. que la impugnación del fallo no suspende el cumplimiento de la presente determinación.

TERCERO: Prevenir a **CONSTRUSERVICIOS ED SERVICIOS EMPRESARIALES S. A. S.** para que en adelante se abstenga de incurrir en conductas como las aquí planteadas como quiera que con ellas se están vulnerando los derechos fundamentales de las personas.

CUARTO: DENEGAR la acción tutelar en contra de **FAMISANAR E.P.S. y CENTRO DE EVALUACION DIAGNOSTICA Y REHABILITACION NEUROCOGNITIVA S. A. S.**

QUINTO: DENEGAR el Derecho de Petición por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: ORDENAR NOTIFICAR esta providencia a las partes en la forma más expedita, aliviándoles el derecho que les asiste de impugnar la presente decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, si no estuvieren de acuerdo con lo aquí decidido, a través del correo electrónico cmpl12bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

SEPTIMO: Sí este fallo no fuere impugnado, transcurrido el término respectivo y en la oportunidad de que da cuenta el inciso segundo del Art.31 ejusdem, ENVÍESE EL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISION, PREVIA LAS CONSTANCIAS RESPECTIVAS.

OCTAVO: Proceda la secretaría a incluir la presente providencia en el Portal Web de la Rama Judicial – Estados Electrónicos-.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



FRANCISCO ÁLVAREZ CORTÉS
Juez