

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



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA**

Palmira, Valle del Cauca, trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia TUTELA 2ª. Instancia No. 22
Rad. 76**520-41-89-002-2021-00164-01**

OBJETO DE LA PROVIDENCIA:

Procede el despacho a resolver el recurso de **IMPUGNACIÓN** presentado por la entidad vinculada **DISTRIBUIDORA DE MERCANCÍAS FRANCISCO JAVIER TAFUR**, contra la **sentencia N° 038 del 12 de abril de 2021¹**, proferida por el **Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira, Valle del Cauca**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada en nombre propio por el señor **JOSÉ NILSON MURILLO DOMÍNGUEZ** identificado con la **C.C. N° 94.315.348**, **contra** la entidad promotora de salud **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS EPS**. Asunto al cual fue vinculado el nombrado recurrente.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

El accionante solicita le sean amparados los derechos fundamentales al **SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, IGUALDAD, VIDA EN CONDICIONES DIGNAS y MÍNIMO VITAL y MÓVIL**, consagrados en la Constitución Política.

¹ Ítem 13 expediente digital

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Mediante el escrito de tutela, contemplado a **Ítem 03** del expediente digital, el accionante reporta estar afiliado a la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS, como trabajador dependiente. Afirma que padece de múltiples patologías que afectan su salud; por lo que los médicos tratantes, han emitido varias incapacidades médicas de diferentes periodos.

Que el **1° de diciembre de 2020**, le solicitó a su EPS SOS, la cancelación de las incapacidades medicas; pero en la respuesta SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S., rechazó lo solicitado, basado en que el empleador es quien debe sufragar esas incapacidades, con posterioridad recobrar a la EPS la prestación económica; además sostuvo que hay mora en el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

El accionante manifiesta que el no pago de las incapacidades, le ha causado dificultades en su economía, afectándole su mínimo vital.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

El Servicio Occidental de Salud SOS EPS guardó silencio.

El empleador vinculado contestó diciendo que el accionante laboralmente es trabajador dependiente de su empresa. Que aquella cumple con sus obligaciones legales, se encuentra al día con el pago de aportes al sistema general de seguridad social; y radicó ante Servicio Occidental de Salud EPS S.O.S., las incapacidades generadas al accionante, las que fueron rechazadas argumentando que se presenta mora en pago de aportes de otros trabajadores.

Que es a la EPS a quien le compete sufragar las incapacidades de origen común expedidas desde el día tres (3) hasta el día ciento ochenta (180).

Afirma se encuentra al día desde la fecha en que le expidieron la primera incapacidad al señor JOSE NILSON MURILLO DOMINGUEZ. Confirma que el accionante es padre cabeza de familia, desconoce la situación económica referida por él, en su escrito de tutela.

Culmina solicitando su desvinculación del presente trámite constitucional, por no haber vulnerado ningún derecho fundamental del tutelante, cumpliendo sus obligaciones legales como empleador.

EL FALLO RECURRIDO

El señor Juez Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira, Valle del Cauca, en su decisión (Ítem 13 expediente digitalizado), amparó los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y seguridad social del tutelante, de acuerdo a los lineamientos normativos y jurisprudenciales expuestos, por eso le ordenó al empleador FRANCISCO JAVIER TAFUR, propietario de la DISTRIBUIDORA DE MERCANCIA FRANCISCO JAVIER TAFUR, cancelar los dineros derivados de incapacidades generadas a favor del señor JOSE NILSON MURILLO DOMINGUEZ.

No se pronunció sobre el proceso de reembolso ante la EPS accionada, por parte del empleador FRANCISCO JAVIER TAFUR, por tratarse de trámite administrativo y patrimonial el cual debe adelantar, por ser asuntos ajenos a la acción de tutela, reservada de manera exclusiva para la protección de los derechos fundamentales, según expresó.

LA IMPUGNACIÓN

La entidad tutelada DISTRIBUIDORA DE MERCANCIA FRANCISCO JAVIER TAFUR, impugnó la sentencia (Ítem 17 cuaderno de primera instancia del expediente digitalizado), expresando, es un error premiar a la entidad promotora de salud, cuando el **artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012**, establece que es obligación del empleador pagar los dos primeros días de incapacidad y la EPS a partir del tercer día.

Que siendo ambos obligados a cumplir con el pago de las prestaciones que se reclaman de acuerdo a las condiciones establecidas en la ley; lo pertinente y lo justo sería que se ordenara a la empresa el pago correspondiente por los dos primeros días de incapacidad, los que ya se cancelaron y ordenar a la EPS efectuó el pago a partir del tercer día en aras de garantizar el equilibrio económico entre el aportante y la EPS.

Con el impago de los reembolsos de dineros que ha efectuado el empleador al trabajador por concepto de incapacidades, se pone en riesgo las finanzas de cualquier empresa, dado que ninguna empresa iniciara un proceso judicial ante jurisdicción ordinaria cuando la cuantía no sobrepasa un salario diario como en el caso en concreto, razón suficiente para que se conmine a la EPS el pago al empleado, una vez la EPS efectuó la transferencia directa al empleador a fin de garantizar el mínimo vital del trabajador, guardando el equilibrio financieros de los actores y del sistema de salud.

Culmina solicitando se revoque la sentencia del A Quo y se ordene a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, cancelar la incapacidad del señor JOSÉ NILSON MURILLO DOMÍNGUEZ

CONSIDERACIONES

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Debemos tener presente que la acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como mecanismo de defensa para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por medio de un procedimiento preferente y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos señalados por el Art. 42 del decreto 2591, reglamentario de aquél.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del Decreto 333 de 2021, en atención al factor funcional.

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: Conforme las pretensiones de la accionante y los motivos de impugnación presentados le corresponde a esta instancia determinar (1) Si al señor **JOSÉ NILSON MURILLO DOMÍNGUEZ** se le han vulnerado los derechos al mínimo vital, al no hacerle la cancelación de las incapacidades generadas, las cuales SERVCIO OCCIEDNTAL DE SALUD no cancela por mora del empleador en el pago de los aportes a seguridad social del trabajador de DISTRIBUIDORA DE MERCANCIA FRANCISCO JAVIER TAFUR? (2) Si es procedente revocar la sentencia de primera instancia en la forma pretendida por la impugnante? Ante lo cual se responde en sentido parcialmente afirmativo, conforme las siguientes apreciaciones.

1. Debemos considerar que al ser establecida en la Constitución Política de 1991, la Acción de tutela, se enfocó en la protección de los derechos fundamentales previstos en el título II, capítulo 1 de dicho estatuto, y a la vez se encomendó su salvaguarda a la Corte Constitucional, quien tuvo a bien desarrollar dicha norma, para indicar que se trata de amparar los derechos fundamentales, incluso aquellos previstos en otros apartes de la Carta Política y los que resultaren fundamentales. Posteriormente determinó esa Corporación, mediante sentencia **T-760 de 2008** que los llamados derechos fundamentales por conexidad, lo son realmente de forma directa por ser inherentes a la dignidad de la persona humana, lo cual legitima que en este expediente nos ocupemos de los invocados por la parte accionante.

2. Se observa cómo en el expediente actuación de primera instancia obra documentación que da cuenta de una serie de incapacidades, las que en su gran mayoría son 1, 2 y 3 días y otras muy pocas que superan esa cantidad de días, lo cual nos conduce a recordar la normatividad prevista al respecto a saber el **parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 786 de 2016**, que dice:

“Parágrafo 1. 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. ”

Además el decreto Ley 019 de 2012 en su artículo 121 señala que:

“ 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. ”

3. Sobre el tema en particular la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en tal sentido:

“... la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.

“Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”^{1521.2}”

4. En vista de esta situación se debe decir con relación al asunto bajo examen que acorde con las manifestaciones de las partes y los documentos allegados resulta claro que el accionante **JOSÉ NILSON MURILLO DOMÍNGUEZ** sí es un trabajador dependiente, se encuentra afiliado al sistema de salud, por ende las normas citadas son aplicables.

También resulta probado ha recibido múltiples incapacidades de origen común, **discontinuas**, que tiene derecho a recibir un pago compensatorio que como lo dice la jurisprudencia suple su ingreso normal en esos días, lo cual salvaguarda sus derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital.

² Sentencia T 909 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo

De manera consecuente se debe resaltar que se trata de un **imperativo legal**, el que la EPS ésta obligada legalmente a cancelar las incapacitadas que supere los tres días, y el empleador lo está respecto de aquella que sean de 1 o 2 días, por eso en ese sentido la sentencia impugnada no amerita reparo, más cuando no obra prueba relativa a que sea un hombre con bienes de fortuna que le permita cubrir su subsistencia.

5. Prosiguiendo se tiene en cuenta por vía de tutela se pretende el pago de varias incapacidades relacionadas en el memorial de tutela visto a folio 3 del cuaderno otorgadas al acá accionante, las cuales son intermitentes, van del 21-05-2018 al 30-01-2021.

Bajo este entendimiento, acerca de ordenar el pago de acreencias laborales causadas en el sistema de seguridad social integral, la jurisprudencia constitucional³ ha dicho que la tutela procede excepcionalmente así: *"idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de una prestación económica se comprueba a través del análisis por parte de la autoridad judicial de los hechos del caso concreto"*. Y sólo *"procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable"*⁵.

También nos lleva a recordar el precedente contenido en la sentencia **T-161 de 2019** a través de la cual la Corte Constitucional reiteró:

" 3.1.2.1 No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia en la materia ha considerado que "(...) *no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros*"⁶. "

³ Corte Constitucional, sentencia T-1242 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ Corte Constitucional sentencia T-612 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Ibídem.

⁶ M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bajo estos fundamentos enfocándonos en el caso concreto, se tiene que, el señor **JOSÉ NILSON MURILLO DOMÍNGUEZ**, resulta que ha sido trabajador dependiente, que por distintos motivos de salud, le han sido otorgadas varias incapacidades, según se desprende de la historia clínica anexa y de los formatos de incapacidades adjuntos.

Se ve además que las partes resultan consecuentes en referir y dar a entender que dichas incapacidades no han sido pagadas, como a lo cual nos lleva a recordar que por regla general el medio idóneo para procurar su pago forzado es la jurisdicción ordinaria laboral. Por vía excepcional se permite por medio de tutela cuando las circunstancias lo ameriten en orden a salvaguardar el mínimo vital del trabajador, **bajo el entendido que con dicho dinero se suple el ingreso ordinario que tiene el trabajador, es decir su salario.**

Haciendo consideración de este concepto de este asunto resulta que ahora se pretende que por vía constitucional el pago de incapacidades que oscilan entre uno y tres días generadas , entre mayo de 2018 al mes de enero de 2021, en diferentes meses. Si ello es así, no resulta aceptable pensar que por ordenar hoy por hoy el pago de una incapacidad generada en mayo de 2018 se este cubriendo un mínimo vital de ese entonces. Al contrario estamos ante tiempos preteritos, más aún si se tiene en cuenta que todo este tiempo ha estado vinculado a un trabajo.

Si se atiende al concepto de inmediatez que la Corte Constitucional tiene estimado en seis meses se ve que solo están dentro de dicho periodo las siguientes: La número 2799150 que va del 26-11-2020 al 28-11-2020; la número 2799152 del 30-11-2020 al 29-12-2020; la número 281405 del 30-12-2020 al 05-01-2021; la número 2822769 del 20-01-2021 al 23-01-2021; la número 2822770 del 24-01-2021 al 30-02-2021. Las restantes incapacidades superan con creces dicho tiempo. En este orden de ideas se colige que solo el pago de las mencionadas en el inciso anterior son susceptibles de pronunciamiento favorable.

Se tiene en cuenta que acorde con el precedente citado, es dable pensar la procedencia de la tutela para por medio de ella ordenar pagos económicos, ignorando el principio de inmediatez, siempre que se establezca un estado de necesidad en el accionante que así lo amerite, aspectos que en este expediente no se pueden dar por probados ya que si bien el **JOSE NILSON, MURILLO** afirma tener a cargo unos hijos conforme a la constancia secretarial que precede, también reportó que tiene 5 hijos pero ya mayores de edad, que su esposa tiene dos hijos pequeños de distinto padre que responde por ellos, que tiene el apoyo de sus suegros donde actualmente viven.

En este orden de ideas se comprende que no ostenta el carácter de padre cabeza de familia. Es decir, no es de su único ingreso que depende el grupo familiar sumado al hecho que su esposa de 34 años de edad puede colaborar al sustento. Si la situación social por la cual pasa el Valle del Cauca ha dado lugar a la afectación laboral de algunas empresas, por eso aunque tiene un trabajo estable, se amerita el amparo con sujeción al principio de inmediatez.

No sobra comentar que, si bien en la constancia secretarial se lee que refiere haber vendido una casa, no obra prueba: Ni de la venta del inmueble, ni de la existencia de las deudas, como para con base en esos aspectos sustentar la decisión.

Siendo consecuentes con estas motivaciones es dable concluir que se debe modificar la decisión de primera instancia de modo que el amparo otorgado, procede en forma parcial, para protegerlo con sujeción a su situación y al principio de inmediatez mencionado, pudiendo el trabajador acudir a la vía ordinaria para obtener el pago de las demás incapacidades.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales PRIMERO, TERCERO Y CUARTO de la sentencia No. 038 del 12 de abril de 2021, proferida por el **Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira, Valle del Cauca,** dentro de la ACCIÓN DE TUTELA promovida por el señor **JOSÉ NILSON MURILLO DOMÍNGUEZ** identificado con la **C.C. N° 94.315.348,** contra la EPS SOS. Asunto al cual fue vinculada la **DISTRIBUIDORA DE MERCANCIA FRANCISCO JAVIER TAFUR.**

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia No. 038 del 12 de abril de 2021, proferida por el **Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira, Valle del Cauca** el cual queda:

“**SEGUNDO: ORDENAR a la EPS SOS** que dentro de las 48 horas hábiles siguientes a la notificación de este fallo proceda a pagar al trabajador el valor correspondiente a cada una de las siguientes incapacidades: La número 2799150 que va del 26-11-2020 al 28-11-2020; la número 2799152 del 30-11-2020 al 29-12-2020; la número 281405 del 30-12-2020 al 05-01-2021; la número 2822769 del 20-01-2021 al 23-01-2021; la número 2822770 del 24-01-2021 al 30-02-2021, siendo de cargo del trabajador obtener el pago de las restantes mediante la vía ordinaria judicial.”

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el art. 32 del decreto 2591 de 1.991, al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

CUARTO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del decreto 2591 de 1.991 y su actual reglamento.

CÚMPLASE,

Firmado Por:

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 002 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE PALMIRA-VALLE DEL CAUCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c8ef128944e0e3cb832de6d21dffae666b719b78d70d6113aed6d9aa0a47ce96**

Documento generado en 13/05/2021 02:58:21 PM