

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA
MOSQUERA CUNDINAMARCA

Junio dieciocho (18) de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A TRATAR

En ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, **JOSE ENARIO RODRÍGUEZ** a nombre propio, solicita se amparen sus derechos fundamentales de a la **PROTECCIÓN DEL ESTADO (art. 13 C.N)** los cuales estima vulnerados por **INVERSIONES MOBER S.A.S** representada legalmente por **GUSTAVO MORENO TRIANA**.

Comparece a la presente acción tutelar en calidad de **VINCULADA FAMISANAR EPS** representada legalmente por la Dra. **ESPERANZA PATIÑO ARIAS**, actuando en calidad de **DIRECTORA DE L NODO FACATATIVÁ** y encargada del cumplimiento de los Fallos de Tutela.

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, el Despacho profiere el presente fallo que pone fin a esta primera instancia.

II. ANTECEDENTES

Señala el accionante que el 21 de abril de la presente anualidad fue atendido en el hospital de Funza por una insuficiencia cardiaca producto de un infarto agudo de miocardio por lo que fue trasladado a la Clínica Medi-faca en donde le fue realizado un cateterismo cardiaco.

Debido a su complejo estado de salud se le asignaron incapacidades en las fechas:

- 1.- Del 21 de abril al 5 de mayo (15 días).
- 2.- del 6 de mayo al 21 de mayo (16 días)
- 3.- 22 de mayo al 20 de junio (30 días).

A la fecha y transcurridos 39 días a partir de la primera incapacidad, no ha obtenido respuesta por parte de la COMPAÑÍA INVERSIONES MOBER S.A.S para hacer efectivo el pago de dichas incapacidades, afectando claramente su situación de debilidad manifiesta, vulnerando sus derechos ante la indiferencia y negativa del pago de incapacidades.

PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE: solicita se tutele el derecho fundamental incoado y se ordene el pago de incapacidad transcurridos a la fecha.

III. CONTESTACIÓN AL AMPARO

Mediante providencia de 4 de junio, este Despacho admitió la petición de amparo, ordenando la notificación a **INVERSIONES MOBER S.A.S** representada legalmente por **GUSTAVO MORENO TRIANA**, para que ejerciera su derecho de defensa.

Igualmente, se ordenó **VINCULAR** a la presente acción a **FAMISANAR E.P.S**, para que se pronunciara y ejerciera su derecho de defensa.

LA ACCIONADA INVERSIONES MOBER S.A.S a través de su representante legal **GUSTAVO MORENO TRIANA**, señala que el accionante se encuentra vinculado con la empresa a través de contratos laborales a término fijo, siendo suscrito el que se encuentra vigente el 20 de enero de 2020 para el cargo de conductor.

Durante su vínculo laboral se le ha cancelado su seguridad social de manera integral, salarios, prestaciones por quincenas de acuerdo a la ley.

Teniendo en cuenta la orden nacional de cuarentena por pandemia la **EMPRESA INVERSIONES MOBER S.A.S** se encuentra en suspensión de labores, se llegó a un acuerdo con el señor **JOSE ENARIO RODRÍGUEZ**, para efectos de no terminar el contrato y garantizar su derecho a la seguridad social integral, el suspender el contrato por un término de 30 días desde el 1 de abril de 2020 con la figura de licencia no remunerada y continuar pagando su seguridad social integral, esperando inicialmente que se suspendiera la pandemia y se aprobara el inicio de actividades a la cual pertenece la empresa ya que depende de la activación de diferentes empresas y se puedan transportar pedidos a nivel urbano.

Sin embargo a lo anterior, el señor **JOSE ENARIO RODRÍGUEZ**, encontrándose en licencia no remunerada, solicitó a la empresa un avance en dinero por la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00), dinero que le fue entregado el 20 de abril de los corridos.

El día 22 de abril de 2020, la empresa se enteró de la incapacidad del accionante por intermedio de sus familiares hecho que interrumpe la licencia no remunerada.

El 6 de mayo se informó de una nueva incapacidad y luego de otra por término de 30 días hasta el 20 de junio de 2020.

Los soportes de las incapacidades emitidas por FAMISANA E.P.S no fueron enviadas en físico, sino hasta el 3 de junio para poder realizar el trámite por parte del empleador ante la E.P.S, un día antes de la emisión del auto admisorio de la tutela.

Ha de tenerse en cuenta que la E.P.S FAMISANAR tiene un protocolo establecido para la radicación de las incapacidades y su posterior liquidación.

Adicionalmente, se le realizaron otros dos abonos de dinero uno por la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00) el 29 de mayo y el otro el 8 de junio por

valor CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$450.000.00) a través de la empresa EFECTY.

Indica la accionada que se debe tener en cuenta que le fueron canceladas las incapacidades, aun por un mayor valor a pesar de que la E.P.S no haya cancelado.

LA VINCULADA E.P.S FAMISANAR a través de la Directora del NODO DE FACATATIVA, Dra. **ESPERANZA PATIÑO ARIAS**, señaló que **FAMISANAR EPS** ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido el paciente.

En aplicación de la Resolución 2266 de 1998 artículo 48° , Ley 1468 de 2011 “Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 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 INVERSIONES MOBER SAS 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 EPS 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 EPS a su EMPLEADOR INVERSIONES MOBER SAS, no solo es debate a resolver en otras instancias, sino que la procedencia del reembolso a la razón social INVERSIONES MOBER SAS, 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.

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. **(negrita fuera de texto)**

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 EPS 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.

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 y como en el presente caso, le corresponde a INVERSIONES MOBER SAS, pues el no cumplimiento del debido pago de aportes origina la imposibilidad de recobrar a la EPS como empleador, pues como se ha dicho el empleador debe pagar en el periodo de nómina independientemente de lo que suceda frente a la EPS, en virtud de la Resolución 2266 de 1998.

Debe reiterarse que se presume legalmente que el accionante percibió el pago de su incapacidad como trabajador dependiente de INVERSIONES MOBER SAS 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 EPS 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 EPS.

CONSIDERACIONES

Ha de partir el Despacho por admitir su competencia para conocer el presente asunto, conforme a lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 8 del Decreto 306 de 1992.

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o particulares en ciertos casos.

La finalidad última de esta causa constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Como primera medida, bueno es recordar que esta acción constitucional, en principio, no puede ser utilizada para ventilar controversias de carácter laboral y económico dentro de la relación obrero patronal, pues sobre el particular la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia entre ellas la sentencia **T-043 de 2018** ha establecido que:

“ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACRENCIAS LABORALES-Procedencia excepcional En lo que respecta al reconocimiento de acreencias laborales por

medio de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado que por regla general dicha pretensión no es susceptible de ampararse por esta vía, por cuanto en el ordenamiento jurídico la jurisdicción ordinaria laboral, o la jurisdicción de contenciosa administrativa tienen mecanismos idóneos y eficaces de defensa judicial según el caso. Sin embargo, de manera excepcional, se ha contemplado la procedencia del amparo para obtener el pago de dicho tipo de acreencias cuando se afecta el derecho fundamental al mínimo vital del accionante.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no acreditarse la existencia de un perjuicio irremediable. Se observa que el juez de tutela no es el llamado a intervenir en el asunto bajo examen, ya que la discusión recae sobre una serie de derechos inciertos, de modo que al carecer de relevancia en términos de derechos fundamentales, estos deben ser discutidos ante el juez ordinario laboral en la medida en que pertenecen a su ámbito de competencia"

No obstante lo anterior, la **jurisprudencia ha admitido que la tutela puede proceder cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable o para salvaguardar los derechos fundamentales de aquellas personas que por su condición física, mental o social, se encuentren en un manifiesto estado de debilidad ante los demás grupos de la sociedad;** vienen a ser, entonces, personas con discapacidades físicas, desplazadas por la violencia, los indígenas o las negritudes, entre otros. En estos casos, debe el juez de tutela conceder el amparo de manera transitoria, hasta tanto el debate se surta ante la jurisdicción laboral, o definitiva, si el perjuicio reviste tal gravedad e inminencia, que se hace inoperante acudir a los mecanismos ordinarios previstos por la ley". **(Resalto por el despacho).**

De otra parte, respecto a la circunstancia de DEBILIDAD MANIFIESTA la Alta corporación es sentencia T 041 de 2019 prevé:

"para construir el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Sobre la base anterior, la Corte ha sostenido que este derecho "nace de la necesidad de garantizar a las personas en situación de debilidad manifiesta, el desarrollo integral dentro de una sociedad consolidada en un Estado Social de Derecho, que reconoce en igualdad de condiciones derechos y obligaciones".

En consonancia, en distintas decisiones se ha enfatizado en la importancia del trabajo en el proceso de integración social de los sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por razones de salud, al erigirse como un instrumento a través del cual se garantiza el desarrollo del individuo, su productividad económica y el acceso a bienes y servicios indispensables para la subsistencia del trabajador y su núcleo familiar.

13. Pero **¿quiénes pueden ser considerados como sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud? Al respecto, esta Corporación ha establecido que un trabajador que: "i) pueda catalogarse como persona con discapacidad, ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les 'impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares', y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho,[37] está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la 'estabilidad laboral reforzada'."**

En ese contexto, la estabilidad laboral reforzada es una garantía para que el trabajador en situación de discapacidad continúe ejerciendo labores y funciones acordes a su estado de salud, con iguales o mejores beneficios laborales a los del empleo que ocupaba y recibiendo la capacitación requerida para realizar las nuevas actividades".

Teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta que predica el accionante debemos tener en claro y como primera medida que, en cuanto a los pronunciamientos de organismos Mundiales y entes Nacionales tenemos que, la Organización Mundial de la Salud marcó el 11 de marzo de 2020 el brote del Coronavirus COVID-19 como pandemia, y en igual dirección, el Ministerio de Salud y de la Protección Social a través de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 declaró la emergencia sanitaria dentro del territorio Nacional. Posteriormente, mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 la Presidencia de la Republica aplicó el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, adoptando medidas destinadas a prevenir, controlar y mitigar los efectos de la propagación del Coronavirus COVID-19.

A su turno, la Organización Internacional del Trabajo – OIT, en comunicado de 18 de marzo de 2020, sobre, "El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas", instó a los Estados a adoptar medidas urgentes para:

“(i) proteger a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud generados por el coronavirus COVID-19; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; (iii) estimular la economía y el empleo, y (iv) sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida.”

Conviene en esta medida analizar lo preceptuado por el Ministerio de Trabajo respecto de la situación que atraviesa Colombia por la pandemia causada por Coronavirus SARS CoV-2 (COVID-19), de la siguiente manera:

- ✓ “.- A través de la Circular 21 del 17 de marzo de 2020, planteó lineamientos para los empleadores, con el fin de proteger el empleo y la actividad productiva, considerando que el trabajo, conforme lo señala el artículo 25 constitucional “es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”, promoviendo por tanto, la aplicación de los mecanismos existentes en las normas laborales, como son Trabajo en Casa, Teletrabajo Jornada laboral flexible, Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas, Permisos Remunerados - Salario sin prestación del servicio y Salario sin prestación del servicio.
- ✓ En la Circular 22 de marzo de 19 de marzo de 2020, indicó, “...el empleador debe valorar las funciones del cargo del trabajador y la posibilidad del desempeño de las mismas a través de las alternativas planteadas en la Circular 21 de 2020, **por lo que hace un llamado a los empleadores para que en este momento de dificultad mantengan la solidaridad y el respaldo que los ha caracterizado hacia los trabajadores y sus familias, independiente de si su vinculación es directa o en misión.**” (Negrilla del Juzgado)
- ✓ En Circular 27 de 20 de marzo de 2020, el Ministerio de Trabajo con el fin de prevenir abusos derivados de la coacción que podrían ejercer algunos empleadores para que sus trabajadores procedan **a la firma de licencias no remuneradas**, recordó el contenido de la sentencia C – 930 del 10 de diciembre de 2009 de la Corte Constitucional.”

De este análisis, se infiere que el Gobierno ha dispuesto los mecanismos para atender en gran medida la emergencia declarada, en cuanto a la relación laboral no solo entiende la afectación que tiene el Trabajador sino que también incluye las ficciones que sufren los empleadores de los diferentes sectores y las soluciones que pueden adoptar para mantener a flote sus empresas sin que sea necesario llegar a una terminación de la relación laboral entre obrero y patrono.

Respecto a la suspensión del contrato de trabajo el Código Sustantivo del Trabajo en el Art. 51 establece que el contrato de trabajo se suspende:

"1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.

2. *Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.*

3. *Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.*

4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.

5. *Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.*

6. *Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.*

7. *Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley."*

Frente a la causal N° 1 de la norma en cita, hace referencia cuando suceda un evento de fuerza mayor o caso fortuito que impide la ejecución del contrato de trabajo, este, entonces se suspenderá hasta tanto se superen las circunstancias que impiden el normal desarrollo de las actividades contratadas, es decir que se configura cuando por razones ajenas tanto del empleador como el trabajador se ven obligados a tomar la decisión de suspender las relaciones laborales contractuales debido a una fuerza mayor o un caso fortuito.

Entonces, es importante traer el análisis hecho por la H. Corte Constitucional en Sentencia T 271 de 2016, donde explica de manera breve y detallada las figuras de **fuerza mayor y caso fortuito**, así:

"...Las figura jurídica de la **fuerza mayor** y el **caso fortuito** a la que hace referencia la norma, está regulada por el artículo 64 del Código Civil (subrogado por el artículo 1° de la ley 95 de 1890) el cual dispone que: "[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público. etc.". Esta causal, por tanto, requiere para obrar como justificación reunir un conjunto de características, las cuales son básicamente: (i) que el hecho sea irresistible; (ii) que sea imprevisible y (iii) que sea externo respecto del obligado...

23. Sobre las características de la **fuerza mayor**, vale la pena citar la Sentencia del 20 de noviembre de 1989 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se explicó que el hecho imprevisible es aquel "que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"...

24. Por su parte, el hecho irresistible es aquél "que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias". La imprevisibilidad, por tanto, hace referencia a un hecho que no se podía establecer con anterioridad a su ocurrencia, en tanto la irresistibilidad hace referencia a una situación inevitable que no puede exigir de la persona que la sufre un comportamiento para que no ocurra...

26. Adicionalmente, la **fuerza mayor y el caso fortuito** requieren que el hecho sobreviniente sea externo. Por tal razón, el afectado no puede intervenir en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, sino que debe estar fuera de la acción de quien no pudo preverlo y resistirlo. Este requisito exige por tanto que el hecho no provenga de la persona que lo presenta para eximir su responsabilidad, de forma que no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma..." (Negrilla del Juzgado)

Ahora bien, es necesario indicar los **efectos** que ocasiona la suspensión del contrato de trabajo, los cuales se encuentran detallados en el artículo 53 del CST, de la siguiente manera:

*"Artículo 53. Efectos de la suspensión. Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o **por enfermedad de los trabajadores**. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones"* (resalto por el juzgado)

Sin embargo, al respecto la alta Corporación de lo constitucional en Sentencia T-048 de 2018 ha señalado

*"...que mientras que dure la suspensión del contrato laboral por un tiempo determinado y de acuerdo con las normas laborales referidas, **ciertas obligaciones tales como la prestación del servicio de seguridad social (salud y pensión) siguen vigentes en cabeza del empleador con el fin de garantizar a los trabajadores este principio que goza de carácter constitucional, según dispone el artículo 53 superior, de forma tal, que es al empleador a quien corresponde asumir la obligación de prestar el servicio de salud, salvo que se encuentre cotizando a la respectiva EPS a la que tenga afiliada al empleado.."*** (resalto por el despacho).

Dígase de lo anterior, y teniendo en cuenta el acervo material probatorio arrimado por el accionado, así como lo extraído de los hechos de la acción constitucional y su contestación, es claro para este Despacho que la **EMPRESA INVERSIONES MOBER S.A.S** está actuando en derecho conforme al estudio aquí realizado y en cuanto a esta discusión netamente tutelar, no se evidencia en ninguno de los actuares de esta empresa que este trasgrediendo la circunstancia de debilidad manifiesta argüida por el actor, más por el contrario, se da cuenta es de la forma como se adoptaron alternativas para que sus trabajadores no tuvieran que pasar por un grave momento económico.

De otra parte y continuando con el estudio del presente asunto y respecto a lo pretendido por el accionante, así como la verificación de la vulneración o no del derecho conculcado, se tiene que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia

de la Alta Corporación ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de INMEDIATEZ y SUBSIDIARIEDAD y al respecto, ha precisado

“ (...) la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, ello no debe entenderse como una facultad para promover la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 superior, el amparo constitucional tiene por objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales. De allí que le corresponda al juez constitucional verificar el cumplimiento del principio de inmediatez y en efecto constatar si el tiempo transcurrido entre la aparente violación o amenaza del derecho y la interposición de la tutela es razonable en punto a lograr la protección invocada.

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.

Sobre la SUBSIDIARIEDAD

3.2.1 De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que “(...) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, [o] ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”[59].

3.2.2 En los eventos de que el amparo proceda como mecanismo definitivo, ha precisado la propia jurisprudencia que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante han de ser estudiadas atendiendo la particularidad del caso y las condiciones de la persona afectada, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal. En palabras de la Corte “(...) el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales].

*3.2.3 En el escenario en que la acción de tutela proceda **como mecanismo transitorio, se requiere la configuración de un perjuicio irremediable, el cual ha reiterado esta Corte debe ser inminente y grave**[61]. De allí que, las medidas para evitar su consumación obedezcan a los criterios de urgencia e impostergabilidad[62]. Sobre esa base, ha agregado la jurisprudencia en la materia que “(...) (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las*

condiciones económicas del peticionario del amparo” constituyen criterios orientadores al momento de determinar la existencia o no de un perjuicio irremediable. En este último escenario, la decisión de amparo constitucional tiene un alcance transitorio, en el sentido de que solo se mantiene vigente mientras la autoridad judicial competente decide de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado”¹ (resalto por el juzgado)

Dígase de lo anterior, que aquí se cumple con los requisitos establecidos en la sentencia precitada, toda vez, que la tutela se presentó dentro del año pues la primera incapacidad se concedió a partir del 21 de abril de 2020, además, la parte accionada no desvirtuó de manera alguna que el accionante tuviera recursos necesarios y suficientes para su sustento mientras cursa un proceso en la jurisdicción ordinaria laboral, por lo tanto, se corrobora que la acción constitucional es el mecanismo idóneo.

Ahora, en sentencia T-161 de 2019 ya referida se establece:

“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”.** (resalto fuera del texto original)

Es necesario poner de presente el artículo 121 del decreto ley 0019 de 2019 el cual prevé,

“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” (resalto por el Juzgado).

“(…) Teniendo en cuenta la previsión normativa del artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, donde se establece que el empleador tiene el derecho de solicitar a las EPS el reembolso del pago de las prestaciones económicas y conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes reseñada,

¹ Sentencia T-161/19 Corte Constitucional

es dable concluir que la incapacidad tiene por objeto suplir el salario del trabajador que ha sido incapacitado, razón por la que resulta lógico que en cumplimiento de dicha premisa, sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad, para que luego sea reconocida a este por la respectiva EPS, en los términos de lo previsto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016.

En este orden de ideas y frente a lo consultado, debe entenderse que continúa en cabeza del empleador la obligación de realizar el pago de las incapacidades de sus trabajadores, para luego realizar el cobro a la EPS respectiva, conforme al procedimiento del artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016. El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 (...)"

Descendiendo al caso materia de la presente acción y teniendo en cuenta la jurisprudencia señalada, se debe indicar que, si bien es cierto quien debe tramitar las incapacidades médicas ante la **E.P.S FAMISANAR** es el empleador en este caso la **EMPRESA INVERSIONES MOBER S.A.S** y es quien debe cancelar al usuario (accionante) las mismas; además, debe radicar o transcribirla ante la E.P.S que es quien revisa y liquida la solicitud, por lo que la **EMPRESA INVERSIONES MOBER S.A.S** debe solicitar el reembolso ante dicha entidad por el derecho que le asiste más aún que el término para ello prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador. Artículo 28 Ley 1438 de 2011, sin embargo, también lo es, que revisado el legajo probatorio el Despacho observa que **JOSE ENARIO RODRÍGUEZ**, radicó dichas incapacidades el 22 de mayo, el 27 de abril y el 6 de mayo de 2020 ante la **E.P.S** respectiva.

Por lo anterior, la Entidad Prestadora de Servicios en Salud, le debió indicar al usuario los pasos y requisitos a seguir y presentar para que le fueran canceladas sus incapacidades o en su defecto avisarle a la empresa **INVERSIONES MOBER S.A.S**, que el usuario había radicado en sus dependencias dichas incapacidades.

Igualmente se extrae que tan solo el 3 de junio de 2020 fueron presentadas las incapacidades ante la empresa empleadora, es decir, un día antes de que éste Despacho Judicial proferiera auto admisorio, razón por la cual el accionante no puede endilgar la violación de algún derecho por parte de la entidad accionada, toda vez, que nadie está obligado a lo imposible, pues también la actitud del actor fue omisiva al no acreditar a su empleador de manera fehaciente la incapacidad que le fue expedida con ocasión de la patología que lo aquejó.

En consecuencia, puestas, así las cosas, una vez estudiado de manera detallada el caso que nos ocupa, lo referente al derecho fundamental de **PROTECCIÓN DEL ESTADO (art. 13 C.N)** se observa que **INVERSIONES MOBER S.A.S** representada legalmente por **GUSTAVO MORENO TRIANA** no vulneró los derechos de **JOSE ENARIO RODRÍGUEZ**; desvinculándose del presente asunto a **FAMISANAR E.P.S**

V. DECISIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.**

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR el derechos fundamental de **PROTECCIÓN DEL ESTADO (art. 13 C.N)**, incoado por **JOSE ENARIO RODRÍGUEZ** contra **INVERSIONES MOBER S.A.S** representada legalmente por **GUSTAVO MORENO TRIANA.**

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente acción **E.P.S FAMISANAR** a través de la **DIRECTORA DEL NODO DE FACATATIVA ESPERANZA PATIÑO ARIAS**, conminándola para que en próximas eventos de igual categoría proceda a guiar al usuario de forma pertinente respecto a los trámites que se deben realizar para el pago de las incapacidades.

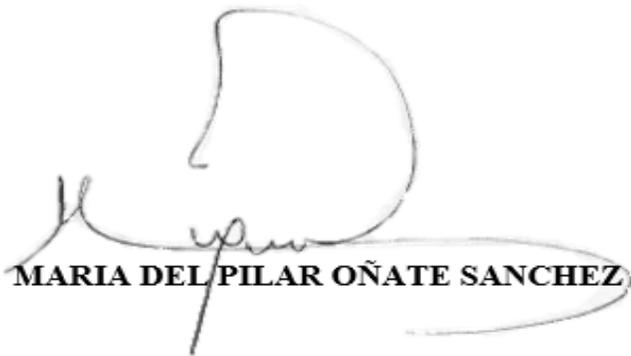
TERCERO: conminar a **INVERSIONES MOBER S.A.S** representada legalmente por **GUSTAVO MORENO TRIANA** y/o quien haga sus veces para que proceda a la cancelación de las incapacidades medicas de **JOSE ENARIO RODRÍGUEZ**, indicándole que tiene el derecho de solicitar el reembolso ante la **E.P.S FAMISANAR.**

CUARTO: NOTIFICAR VIA CORREO ELECTRONICO lo aquí resuelto al accionante y a la entidad accionada, y de no ser posible utilícese el medio más expedito.

QUINTO: REMITIR las diligencias de no ser impugnada la presente decisión una vez levantada la **SUSPENSION DE TERMINOS** ordenada por el **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciase.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Juez,



MARIA DEL PILAR OÑATE SANCHEZ

RAD: 25-473-40-03-001-00-2020-00408-00