



Villavicencio, primero (01) de abril de dos mil veinte (2020).

Ref: Acción de tutela No. 500014006007-2020-00121-01 de JULIAN DAVID MORA CANTE en contra del EPS ALIANSALUD Y LA EPS FAMISANAR, con vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, EL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL, LA OFICIA DE PERSONAL y el GRUPO DE REGISTO y CONTROL DE MEDICINA LEGAL.

Se decide la impugnación interpuesta por el accionante en contra del fallo de tutela proferido el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Villavicencio, sin presencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de tutela acudió el señor JULIAN DAVID MORA CANTE, por considerar que se vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, la igualdad y la seguridad social; en consecuencia, solicitó se ordene a la EPS que proceda a pagar los periodos de incapacidad generados por el accidente de tránsito, así mismo, que se ordene el traslado de la empresa ALIANSALUD a otra EPS que tenga cobertura en la ciudad de Villavicencio, y por último se ordene al Instituto de Medicina Legal que se abstenga de realizar descuentos de su nómina de las incapacidades citadas en precedencia que no vaya más allá del porcentaje legal.

Como sustento fáctico de sus pretensiones relató que a partir del 1 de octubre de 2018 fue vinculado como asistente forense grado 3 en el Instituto Nacional de Medicina Legal, hecho que generó que tuviera que hacer cambio de EPS, específicamente a la EPS FAMISANAR, por lo que luego de adelantar las gestiones correspondientes su empleador, el Instituto Nacional de Medicina Legal lo afilió a dicha EPS y empezó a pagar los aportes en salud, según consta en el soporte impreso de fecha 26 de septiembre de 2018 en donde se registró como fecha de finalización de afiliación de 30 de septiembre de 2018 a su antigua EPS en que se encontraba como beneficiario.

El 17 de marzo de 2019 sufre un accidente de tránsito, hecho que le genera las siguientes incapacidades:

- 1. 17 de marzo de 2019 por 3 días.*

2. 20 de marzo de 2019 por 30 días.
3. 12 de abril de 2019 se prorroga la incapacidad por otros 30 días.

Como dichas incapacidades no fueron pagadas solicitó por escrito a la EPS FAMISANAR el 19 de abril de 2020 le informara sobre su estado de afiliación, ya que mediante formulario 9005064546 se había realizado la afiliación para cambiar de beneficiario a cotizante, ello en atención a que cuando fue a reclamar el pago de las incapacidades se le dijo que no estaba afiliado. A lo cual, el 24 de abril de 2019 la EPS FAMISANAR da respuesta indicando que evidenció que existía aprobación de traslado, a favor de la EPS ALIANSALUD a partir del mes de octubre de 2018, y referente al formulario 9005064546 fue anulado por falta de documentos de soporte, sin embargo, la entidad había solicitado la autorización para su traslado a la EPS ALIANSALUD en dos ocasiones mediante radicado 2248313 en diciembre 2018 y enero 2019, dicha negativa se fundaba en que no se cumplía con el tiempo mínimo de permanencia.

Con dicha información la coordinadora del Grupo de Registro y Control de la Oficina de Personal, mediante solicitud No. 01991-OP-DG de fecha 23 de abril de 2019, le solicitó a la EPS ALIANSALUD aclarar su estado de afiliación del accionante y el estado de pagos efectuados, de igual forma, y mediante solicitud No. 01984-OP-DG solicitó a la EPS FAMISANAR la misma información.

El 3 de mayo de 2019 la EPS FAMISANAR contestó indicando que no pudo afiliar al accionante porque la EPS ALIANSALUD negó el traslado y respecto de los aportes de noviembre de 2018 a febrero de 2019, han sido redirigidos a la EPS ALIANSALUD.

Ante tal situación y por directriz de la oficina de Personal, se retiró de la EPS como beneficiario y solicitó que se afiliara retroactivamente como cotizante, lo cual ocurrió, pues en el registro del ADRES se encuentra que está afiliado a dicha EPS desde el 1 de octubre de 2018.

Adicionalmente contó que el 21 de octubre de 2018, mediante la coordinadora del Grupo de Registro y Control de la Oficina de Personal, se solicitó a la EPS ALIANSALUD que efectuará el pago retroactivo de las incapacidades debido a la situación generada por la afiliación del accionante y teniendo en cuenta que su empleador a efectuado todos los pagos a salud.

Como quiera que ninguna de las EPS ha querido pagar las incapacidades, el Instituto Nacional de Medicina Legal el 9 de diciembre de 2019 le indicó que debía reembolsar la suma de \$2.191.266 por concepto de las incapacidades

pagadas debido a que las EPS no quieren pagar dichos conceptos al empleador, a lo cual el accionante manifiesta que le ha manifestado al Instituto Nacional de Medicina Legal que no tiene los medios para pagar dichos conceptos, y el 3 de febrero de 2020 le reiteraron que debía pagar y que el 28 de febrero iban a hacer los descuentos a nomina por 3 meses para que reintegre esos dineros.

Situación que vulnera sus derechos fundamentales, pues es una persona que afirma que no gana suficiente para pagar dicho concepto ya que después de descuentos le quedan \$1.050.501 con lo que escasamente puede asumir sus gastos propios.

II. TRÁMITE

Admitida la acción de tutela, se dispuso el debido enteramiento de la accionada y la parte vinculada, para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa.

El INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL, manifestó que el accionante está vinculado desde el 1 de octubre de 2018 y se afilió a la EPS FAMISANAR, según escogencia del trabajador, empero para el 16 de abril de 2019 se le informó a la facilitadora de la dependencia asignada que no se encontraba afiliado a la EPS FAMISANAR sino a la EPS ALIANSALUD, en calidad de beneficiario, y luego de verificada todas las cotizaciones al sistema de salud se determinó que fueron recibidas por la EPS ALIANSALUD.

Señaló que el accionante presentó 3 incapacidades con un total de 63 días de incapacidad, las cuales fueron pagadas y reconocidas por la entidad, por lo que posteriormente se hizo el recobro a la EPS ALIANSALUD, por lo que en efecto inició el recobro al trabajador, ya que afirmó que la entidad hizo el pago de los aportes y los trámites internos de afiliación no son de su resorte por lo que al negarse la EPS a devolver el dinero lo debe devolver el trabajador.

FAMISANAR, alegó en síntesis que no tiene legitimación por pasiva ya que el accionante no ha tenido la calidad de afiliado, y señaló que el accionante está afiliado a la EPS ALIANSALUD desde octubre de 2018.

La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, manifestó que la acción de tutela se funda en la vulneración de derechos por parte de la EPS en relación al reconocimiento unas incapacidades, lo cual no es de competencia de la entidad.

La EPS ALIANSALUD, informó que el accionante se encuentra afiliado como cotizante dependiente activo y tiene como empleador el Instituto Nacional de

Medicina Legal, señaló que el tiempo en que ha estado afiliado como cotizante no ha solicitado ningún traslado, pero antes estaba afiliado como beneficiario motivo por el cual no puede pagarse ninguna incapacidad.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo, en sentencia del 4 de marzo de 2020, dispuso negar la acción de tutela por no encontrar configurado el requisito de inmediatez, ya que la última incapacidad se generó hace más de 10 meses y no ha habido actividad por parte del accionante, pues consideró que toda la actividad para reclamar las incapacidades ha sido por parte del empleador.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de instancia el accionante impugnó el fallo alegando los mismos argumentos expuestos en su escrito de tutela.

V. CONSIDERACIONES.

De entrada, debe precisarse que funcionalmente el Juzgado es competente para resolver el conflicto constitucional planteado, al tenor del artículo 37 y siguientes del Decreto 2591 de 1991.

Problema Jurídico:

¿El no pago de incapacidades laborales por parte de la EPS comporta afectación al derecho fundamental reclamado por el accionante y deberá determinarse si el empleador al querer cobrarle el reembolso del pago de las incapacidades reconocidas al trabajador vulnera los derechos fundamentales del accionante?

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Estas reglas fueron recogidas en el artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, como aquellos parámetros a través de los cuales se debe evaluar una eventual improcedencia de la acción de tutela. En los términos del decreto ley:

“La acción de tutela no procederá: Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio 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 el solicitante.”

En consecuencia, al evaluar la procedencia de la tutela, el juez debe tener en cuenta, no solamente si existe un mecanismo alternativo para la protección de los derechos afectados, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad tal medio respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En jurisprudencia más reciente, la Corte Constitucional sobre un caso similar al objeto hoy de estudio afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: “ i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.”

Así las cosas, en principio, la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir “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.” (Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012)

Sin embargo, la evaluación del requisito de subsidiariedad, en los términos en los que lo hemos desarrollado, depende de la idoneidad de los mecanismos ordinarios, en relación con las condiciones objetivas de quien interpone la acción. Estas condiciones ya han sido tratadas por la jurisprudencia constitucional; en su momento, la sentencia T-093 de 2011, oportunidad en la que se señaló que “(...) [el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o] su precaria situación económica (...)”, puede ponerlo en circunstancias de debilidad manifiesta que, como se ha dicho, deben impactar la decisión sobre la procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, se tiene decantado que el Sistema General de Seguridad social contempla la protección a la que tienen derecho los trabajadores, en aquellos casos en que se enfrentan a la contingencia de un accidente o enfermedad que genere una incapacidad para desarrollar sus actividades laborales, y en consecuencia, la imposibilidad de proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa a través del pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contemplada en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1406 de 1999, el Decreto 1748 de 1995 y el Decreto 692 de 1994, entre otras disposiciones.

Estas medidas son, en parte, el reconocimiento de la importancia que tiene el salario de las personas en la garantía, al menos, del mínimo vital. De no ser así, el sistema no contemplaría el pago de las incapacidades, pues tal contraprestación no tendría ninguna conexión con la garantía del mencionado derecho fundamental y otros conexos.

Bajo esta idea, en sentencia T-876 de 2013, la Corte Constitucional advirtió que los procedimientos que se deben seguir para el pago de incapacidades se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada.”

Con la misma orientación, esa Alta Corporación fijó unas reglas que permiten comprender de mejor manera la naturaleza y fin del pago de las incapacidades. Por ejemplo, en sentencia T-490 de 2015, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, 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) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues 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 familia; y

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 estado de debilidad manifiesta.”

En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico** si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad** si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.
- ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.
- iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema

General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, se tiene que respecto de la facultad de recobro que tiene el empleador frente a la EPS, el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 señala al respecto:

“El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.”

En todo caso, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012 “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.”

Con respecto al pago de las prestaciones económicas al aportante el Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 señala lo siguiente:

"Artículo 24. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.”

Caso en concreto

Procedencia frente al principio de inmediatez

Para la valoración de la procedencia de la tutela, es importante evaluar si esta fue interpuesta en un lapso razonable y cercano a la vulneración del derecho fundamental que busca ser protegido. No obstante, esos criterios de razonabilidad y cercanía deben ser valorados caso a caso, teniendo en cuenta situaciones como: i. Existencia de razones válidas como fuerza mayor, caso fortuito y otras que le impidieron al accionante interponer la tutela en un tiempo menor; ii. Que la amenaza o vulneración se extienda en el tiempo; y iii. Que el plazo razonable sea una carga desproporcionada por causa de una situación de debilidad manifiesta.

Frente a los casos concretos de las incapacidades médicas, la jurisprudencia ha agregado que se deben tener en cuenta situaciones como el tiempo que transcurre entre la respuesta negativa de las entidades frente al pago, o la imposibilidad física que deviene de incapacidades de extensa duración.

En el caso del señor JULIAN DAVID MORA CANTE, se observa que la vulneración de sus derechos, no ha cesado pues se advierte que por la negativa de EPS de reconocer las incapacidades y no rembolsar al empleador el dinero dado al trabajador por dicho concepto ha causado que el Instituto de Medicina Legal quiera recobrarle al accionante dicho dinero por descuento directo de nómina, configurándose de esa forma una real vulneración del accionante por parte de empleador quien desconociendo la normatividad vigente pretende trasladar la responsabilidad del reembolso al trabajador, lo cual sin dudas desfasa a todas luces lo dispuesto por el legislador, pues no hay duda que si quiere el reembolso de lo pago por incapacidades reconocidas debe reclamar a la EPS ALIANSALUD para lo cual tiene un término de 3 años.

Por ende, no puede el Instituto Nacional de Medicina Legal pretender que el accionante rembolsé el dinero que ésta pagó en calidad de empleador por las incapacidades generadas, entre otras, porque la Ley lo prohíbe y porque todo lo relacionado con el proceso de afiliación y cotización al sistema de salud estuvo a cargo del empleador y al trabajador se le indicó que el proceso de traslado había sido satisfactorio y en ningún momento se le informó los problemas relacionados con su afiliación por parte del empleador.

En este orden de ideas y conforme lo antes relacionado, no le queda más a este juez de tutela que revocar el fallo impugnado, toda vez, que como se pudo corroborar con la documentación aportada, el accionante tiene derecho a que su empleador no le efectuó el recobro de las incapacidades que le fueron pagadas por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal, entidad que debe seguir el cobro a la EPS haciendo uso de los medios legales que tiene a disposición y en ningún momento puede trasladar dicha carga de cobro al accionante.

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 4 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Villavicencio, dentro de la acción de tutela de la referencia conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Instituto Nacional de Medicina Legal, que cese cualquier recobro al accionante JULIAN DAVID MORA CANTE por concepto del reconocimiento de las incapacidades reconocidas por parte de la entidad, y en caso de haber efectuado algún descuento a la nómina del accionante proceda dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a consignarle lo descontado a su cuenta de nómina, así mismo, se abstenga de trasladarle la carga al trabajador de efectuar el reclamo ante la EPS del recobro de las incapacidades pagadas, carga que deberá conforme la normatividad vigente asumida por el empleador.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados, por medio digital conforme el Acuerdo No. CSJMEA20-26 del 19 de marzo de 2020.

CUARTO: REMÍTASE el presente fallo a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Original firmado
FEDERICO GONZÁLEZ CAMPOS
Juez