



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

**Abril 24 de 2023**

Radicación: **2023-00596-00**  
Accionante: **CARLOS ROBERTO MARTINEZ  
TRIANA**  
Accionado: **PORVENIR Y EPS  
FAMISANAR**

**I. ASUNTO.**

Se decide el mérito de la acción de tutela interpuesta por el señor **CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA** quien actúa en nombre propio, contra **EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y la EPS FAMISANAR**, con tal fin se emiten los siguientes:

**II. ANTECEDENTE.**

**1. Aspectos Fácticos.**

Relata que el día 9 de abril de 2022 sufrió un accidente de tránsito, en el cual estaba haciendo mantenimiento a su camioneta y pasó un carro y lo arrollo, para lo cual fue remitido al Hospital María Auxiliadora y posteriormente lo remitieron a la Clínica EUSALUD de Bogotá, con lesiones de politraumatismos trauma craneoencefálico leve, fractura abierta de tibia derecha, rotulas bipartitas bilaterales, fractura bimalleolar de tobillo izquierdo, conforme consta en la historia clínica.

Señala que el día 11 de abril de 2022 lo ingresaron para cirugía para colocación de tutor exterior en el miembro inferior izquierdo por una fractura de tobillo izquierdo, y procedimiento de luxa fractura de cuello de pie y tobillo y cirugía plástica en la frente.

Posteriormente el día 19 de septiembre de 2022 se le realiza cirugía para retiro de material de osteosíntesis de peroné más la colocación de nuevo material, esto provocó que siguiera sin habilitación para trabajar prolongado sus incapacidades hasta el 18 de octubre de 2022.

El día 15 de febrero de 2023 asistió a un control médico donde se le diagnostica un dolor secuelar importante en el tobillo lo cual genera una limitación a la movilidad y cojera, por lo cual se considera un nuevo procedimiento quirúrgico el cual es artrodesis de tobillo y nuevamente le es otorgado un periodo de 30 días de incapacidad.

Debido a esta situación se remitió a la EPS FAMISANAR con incapacidades de abril, mayo y junio de 2022 las cuales fueron pagadas, las de julio, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2022, y febrero no fueron pagadas.

Procedió a radicar un derecho de petición el día 1 de marzo de 2023, el cual a la fecha no ha sido contestado por parte de la EPS FAMISANAR.

## **2. Pretensiones**

Solicita que se tutele los derechos fundamentales y en consecuencia de realice el pago por parte de la EPS FAMISANAR hasta los 180 días de incapacidad, que se ordene a PORVENIR el pago de las que superen los 180 días.

## **3. Actuación Procesal.**

Mediante proveído de fecha doce (12) de abril de 2.023, se admitió la acción de tutela, ordenándose la notificación a **LA EPS FAMISANAR y al FONDO DE PENSIONES PORVENIR**, para que ejercieran su derecho de defensa e informara sobre los hechos sustento de la misma; igualmente se vinculó a la **CLINICA EUSALUD** y el **HOSPITAL MARIA AUXILIADORA DE MOSQUERA**, igualmente se vinculó a la empresa **DISTRICOMERCIO ANGEL S.A.S.**

## **4. Respuesta de los accionados**

### **CLINICA EUSALUD S.A.**

Informó que le brindó al accionante la atención médica requerida, siendo la última atención el día 15 de febrero de 2023, conforme historia clínica, para lo cual se le generaron incapacidades, siendo la última del día 17 de enero al 15 de febrero de 2023.

Solicita se declare la falta de legitimación en la causa, y se desvincule a la entidad, por ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno, al no existir vínculo alguno frente a lo pretendido que haya generado alguna responsabilidad imputable a EUSALUD S.A.

Aclaran que se trata de una IPS prestadora de los servicios de salud y no tiene competencia normativa para determinar conductas ajenas a nosotros como actores del sistema, y frente al pago de incapacidades, no está llamada a autorizar o negar estos derechos económicos de las personas que tengan incapacidades emitidas por un profesional de la salud.

### **PORVENIR S.A.**

Señaló que la EPS no ha expedido concepto de rehabilitación integral, no lo ha remitido a la administradora.

Informó que de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Decreto 019 de 2012 le corresponderá al pago de incapacidades con recursos propios a la entidad promotora de salud que expida extemporáneamente el concepto de rehabilitación.

Indican que desconocen la problemática de la accionante pues no ha radicado reclamación alguna en esta administradora, que para que la administradora este facultada para realizar la valoración de pérdida de capacidad laboral del accionante o para efectuar el pago de incapacidades, es absolutamente necesario que la EPS expida el concepto de rehabilitación integral con diagnósticos de origen común y que existan incapacidades emitidas a nombre de este, lo cual a la fecha no se ha dado no se ha notificado a PORVENIR S.A.

### **HOSPITAL MARIA AUXILIADORA**

Señaló que remite historia clínica del accionante, en donde consta las condiciones de ingreso a la institución y la remisión a una institución de mayor nivel de complejidad.

Solicita se abstenga de imponer cualquier obligación, deber y responsabilidad contra la entidad, teniendo en cuenta que en ningún momento se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, pero, sobre todo, nada tiene que ver el Hospital, con el reconocimiento y pago de incapacidad del actor.

### **EPS FAMISANAR**

El señor CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA se encuentra en estado ACTIVO en el régimen contributivo con aportes como dependiente con IPS CAFAM MADRID.

Manifestó que respecto al no pago de incapacidades, se dispuso solicitar la información a las áreas correspondientes en donde se encuentran validando la información la cual se remitirá al despacho junto con el expediente de medicina laboral.

Por parte del área de prestaciones económicas, el usuario no registra incapacidades para los periodos de agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2022 y enero de febrero de 2023, siendo una obligación del empleador dar trámite a la radicación de las mismas; señala que cuenta con concepto de rehabilitación con pronóstico favorable emitido el 16/04/2023 sin más procesos por medicina laboral.

Solicita se niegue las pretensiones de la tutela por cuanto la conducta desplegada por FAMISANAR ha sido legítima y tendiente a asegurar dentro de las obligaciones legales de la misma, teniendo en cuenta que el empleador debe radicar los soportes completos.

### **DISTRICOMERCIO TRIANGEL S.A.S.**

Guardó silencio.

## **III. CONSIDERACIONES**

## **COMPETENCIA.**

Este despacho es competente para conocer de la acción de tutela contra cualquier autoridad pública de orden distrital o municipal o contra particulares, según lo normado por el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 y teniendo en cuenta que este Juzgado tiene jurisdicción en el lugar de ocurrencia de la presente vulneración.

## **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

La legitimación para acudir ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de tutela corresponde indiscutiblemente al titular de los derechos fundamentales que han sido materia de vulneración con ocasión de la acción u omisión de la autoridad.

En este caso, existe legitimación en la causa por activa, pues el señor **CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA** quien actúa en nombre propio, ha instaurado acción de tutela, tras considerar que han vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana y petición.

Igualmente, legitimación por pasiva respecto de las entidades accionadas por cuanto es contra quien se reclama la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde establecer si en el presente caso, existe vulneración a los derechos fundamentales del accionante, por parte de las entidades accionadas.

## **LA ACCIÓN DE TUTELA.**

El artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos Reglamentarios 2591 y 306 de 1.992, establecen que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales y fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en los casos expresamente señalados en las citadas disposiciones.

Así mismo debe señalarse que la acción de tutela es un procedimiento de carácter específico, autónomo, directo y sumario, pues el artículo 6 del Decreto 2591 de 1.991, consagra que la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

## **Vida digna**

El Derecho a la vida, constituye el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u

obligaciones<sup>1</sup>.

La Corte Constitucional además ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana<sup>2</sup>, reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho.

Así mismo, en sentencia SU-062 de 1999 la Corte precisó que:

*“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano”<sup>3</sup>.*

En ese orden de ideas, el derecho fundamental a la vida no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad, lo que comporta no solo el simple hecho de existir, sino de la garantía de mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano, los cuales posibilitan la vida de un individuo en condiciones de dignidad.

### **Derecho a la salud**

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en principio consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos<sup>4</sup>. Posteriormente, fue reconocido como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida<sup>5</sup>; y finalmente, en Sentencia T-760 de

---

<sup>1</sup> Sentencia T 675 de 2011, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, providencia del 9 de septiembre de 2011.

<sup>2</sup> Sentencia T-860 de 1999

<sup>3</sup> SU -062/99

<sup>4</sup> T-082 de 2015

<sup>5</sup> Sentencia T-081 de 2016

2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”<sup>6</sup>

Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

En consideración a lo anterior, al ser la salud un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de altocosto, entre ellas, el cáncer<sup>7</sup>.

Así, debe considerarse que las personas que padecen cáncer, no están en condición de gestionar la defensa de sus derechos, como podría estarlo una persona sana o que padezca una enfermedad de menor entidad, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente durante el curso de toda la enfermedad, de forma tal que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna.

### **Derecho al mínimo vital.**

La Corte Constitucional ha definido el derecho al mínimo vital (alimentos congruos) como el conjunto de condiciones básicas indispensables para garantizar la subsistencia digna de la persona y de su familia.

*“El derecho al mínimo vital ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho. No solo porque se fundamenta en otros derechos como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.), sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida igual que al común de la sociedad. De allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional. En ese sentido, derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte como “la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”. Es decir, la garantía mínima de vida.”<sup>8</sup>*

Respecto al alcance de este concepto, la Alta Corporación ha manifestado que no puede solo limitarse al aspecto monetario, todavez que no solamente debe garantizarse la vida digna del individuo, sino que además le permita

---

<sup>6</sup> Sentencia T-920 de 2013

<sup>7</sup> Sentencia t-261 de 2017

<sup>8</sup> Sentencia T-891 de 2013

desarrollar la vida en sociedad, de lo que se colige que el mínimo vital, lleva implícita una garantía no solo cuantitativa sino cualitativa, por lo que debe examinarse cada caso concreto, con el fin de determinar su protección.

### **Seguridad social en salud**

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

Pues bien, en cuanto a la seguridad social en salud, debe entenderse que todas las personas deben tener un acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a los servicios, bienes, facilidades y establecimientos que se requieran para garantizarlo. Esto significa que, tanto legal como administrativamente, el sistema de salud debe brindar unas condiciones de cobertura que incluyan su accesibilidad jurídica, física y prestacional.

### **La procedencia excepcional de las tutelas instauradas para reclamar el pago de las incapacidades laborales.**

La Corte Constitucional ha señalado que en virtud de la existencia de unos mecanismos judiciales específicamente diseñados para resolver las controversias relativas al pago de las acreencias laborales y a la cobertura de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI), en principio, se impide que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del juez de tutela; de manera que la posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable<sup>9</sup>.

Por eso, la Corte ha insistido ampliamente en que el examen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partir del análisis fáctico que sustenta la pretensión de amparo, teniendo en cuenta aspectos como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar de quien reclama la protección<sup>10</sup>.

Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, ha dicho la Corte que debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia<sup>11</sup>; de manera que, la falta de pago de la incapacidad médica implica solamente el desconocimiento de un derecho laboral, sino además, se pueden ver trasgredidos derechos fundamentales, como el derecho

---

<sup>9</sup> Sentencia T-333 de 2013

<sup>10</sup> Sentencia T-721 de 2012.

<sup>11</sup> Ídem 6.

a la salud y al mínimo vital del peticionario y, en allí donde resulta viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la formamás expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente<sup>12</sup>.

### **Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo (enfermedad profesional) y el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 (enfermedad de origen Común), el subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas diseñado con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las eventualidades que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, ha dicho la Corte Constitucional, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio<sup>13</sup>.

Así, el papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral es la de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y la de su familia por razones de salud. En ese orden de ideas, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dos días<sup>14</sup> y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.<sup>15</sup>

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, según lo previsto en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, norma que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Así, por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal, salvo lo dispuesto en el artículo 30 de

---

<sup>12</sup> Sentencia T-311 de 1996, T-404 de 2010 y T-154 de 2011, citadas en sentencia T-333 de 2013

<sup>13</sup> Sentencia T-333 de 2013.

<sup>14</sup> Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: “Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

<sup>15</sup> Artículo 1 Decreto 2943 de 2013

la misma norma, que permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*<sup>16</sup>.

En éste punto, es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001; no obstante la Corte Constitucional ha enfatizado en que estas corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación<sup>17</sup>.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación se debe destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda, por lo que, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días.

Bajo tal contexto, la Corte Constitucional<sup>18</sup> ha dicho que el concepto **favorable o desfavorable** de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral que asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador, y que constituye una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico<sup>19</sup>.

Así las cosas, en los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, cuando antes del día 180 de incapacidad el **concepto de rehabilitación sea desfavorable**, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable; deber que es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad, pues en ese estado de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.

Al respecto, cabe indicar que la normatividad legal que regula la materia no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe **concepto desfavorable** de

---

<sup>16</sup> Artículo 30 Decreto 2463 de 2001

<sup>17</sup> Sentencia T-401 de 2017

<sup>18</sup> Idem 14

<sup>19</sup> Decreto 2463 de 2001, artículo 23 inciso 1º

rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral<sup>20</sup>.

La Corte ha sido enfática en que el afiliado no tiene por qué soportar, bajo ninguna circunstancia, los efectos de esas controversias, mucho menos cuando existe certeza sobre su derecho. Así, ha insistido en que las diligencias previas al reconocimiento y pago de las prestaciones del sistema de seguridad social integral deben resolverse oportunamente, sin inmiscuir al afiliado en disputas que no le competen y que, en cualquier caso, pueden poner en riesgo sus condiciones mínimas de existencia y, **con el mismo propósito, avaló la posibilidad de que los jueces de tutela señalen un responsable provisional del pago de las incapacidades laborales, para salvaguardar los derechos fundamentales de quienes las reclaman, mientras las entidades del caso definen cuál de ellas es la encargada de cancelarlas, en aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias respectivas**<sup>21</sup>.

En conclusión, en atención a las condiciones en que se encuentran las personas que por razones de salud se ven afectadas en su sustento diario, se debe privilegiar la protección de sus garantías mínimas, sobre las disputas de índole contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del SGSS en el reconocimiento y pago de esas prestaciones<sup>22</sup>.

Ahora bien, con respecto a quién le corresponde el pago de las incapacidades la Corte estableció las pautas normativas vigentes en la materia:

“En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente<sup>23</sup>.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, **sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es**

---

<sup>20</sup> Sentencia T-920 de 2009

<sup>21</sup> Sentencia T-333 de 2013

<sup>22</sup> Sentencia T-786 de 2009, T-404 de 2010 y T-1047 de 2010

<sup>23</sup> Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

**favorable o desfavorable.**

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente<sup>24</sup> (Negrita y subrayado fuera del texto)

Las anteriores precisiones tienen como fundamento las precarias situaciones en las que se encuentran las personas que reclaman incapacidades laborales, pues no solamente están aquejadas por una enfermedad o accidente, sino que también, en la medida en que no pueden continuar laborando normalmente, se ve afectado su ingreso, más aún cuando las entidades a las que le corresponde asumir el pago de las incapacidades someten a los usuarios a una espera injustificada de estas remuneraciones con la excusa de definir a quién le corresponde pagarlas, menoscabando, aún más, su condición.

De conformidad con lo expuesto y habiéndose clarificado jurisprudencialmente a quien le corresponde el pago de las incapacidades, responsabilidad que está determinada por el periodo de tiempo que se reclama, debe revisarse lo relativo a la interrupción de los periodos de las incapacidades que, en el sub lite, superan los 30 días.

**DEL CASO EN CONCRETO**

Conforme lo expuesto en precedencia, se tiene que el señor **CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA**, acudió a este mecanismo constitucional, con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y petición, respecto de las entidades accionadas EPS FAMISANAR y PORVENIR no han pagado la prestación económica por concepto de incapacidades de los siguientes meses:

Se adjuntó como anexo los siguientes certificados de incapacidad médicas NO PAGADAS las siguientes:

Nro de Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días de incapacidad	PAGADA/NO PAGADA
0009313712	10/04/2022	09/05/2022	30	PAGADA
0009313710	10/05/2022	08/06/2022	30	PAGADA
0009313711	09/06/2022	08/07/2022	30	PAGADA
EXTENDIDA	09/07/2022	22/08/2022	45	NO PAGADA
EXTENDIDA	19/09/2022	18/10/2022	30	NO PAGADA
	19/10/2022	17/11/2022	30	NO PAGADA
	18/11/2022	17/12/2022	30	NO PAGADA
0009313951	18/12/2022	16/01/2023	30	NO PAGADA

<sup>24</sup> C.C. T-401/17

	17/01/2023	15/02/2023	30	NO PAGADA
EXTENDIDA	16/02/2023	17/03/2023	30	NO PAGADA
			315 DIAS	

Entonces, procede el Despacho a determinar si en el asunto, el actuar de las entidades accionadas atentaron, o no, en contra los derechos fundamentales del accionante. Para ello, se estudiarán las pruebas allegadas al plenario.

Según información suministrada por la **EPS FAMISANAR** en la respuesta a la presente acción de tutela, el señor **ROBERTO CARLOS MARTINEZ TRIANA**, se encuentra afiliado a dicha entidad promotora de salud, en estado actual activo cotizante, informando que **LA EPS FAMISANAR**, que según el área de prestaciones económicas, el accionante no registra incapacidades para los periodos de agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2022 y enero de febrero de 2023, siendo una obligación del empleador dar trámite a la radicación de las mismas.

Conforme la historia clínica allegada por la accionante, se tiene que es un paciente de 45 AÑOS, con diagnóstico de POLITRAUMATISMO, TRAUMA CRANEOENCEFALICO LEVE, HERIDA EN CUERO CABELLUDO OCCIPITAL IZQUIERDA SUTURADA INSTITUCIONAL, HERIDA EN REGION FRONTAL DERECHA, FRACTURA DE PLATILLOS TIBIAL EXTERNO DE TIBIA IZQUIERDA, FRACTURA DE ROTULAS BILATERALES; LUXOFRACTURA DE TOBILLO IZQUIERDO; y debido a estos diagnósticos se han practicado varios procedimientos quirúrgicos.

De igual manera conforme los hechos de la acción de tutela y lo informado por la **EPS FAMISANAR**, el accionante cuenta con concepto de rehabilitación favorable expedido el 16/04/2023 por parte del AREA DE MEDICINA LABORAL, el cual fue notificado en la misma fecha a la entidad PORVENIR S.A.

Revisado el escrito contentivo de la acción de tutela, se tiene de manera palmaria que están acreditadas las incapacidades que, a consecuencia del accidente padecido por el accionante, se generaron a su favor, e igualmente se encuentra acreditado que ni FAMISANAR EPS ni PORVENIR han cancelado las incapacidades generadas a partir del mes de agosto de 2022 a la fecha.

Aunado a ello, se manifestó por el accionante que el ingreso de su salario, y en este caso, el de la incapacidad, se constituye en lo único por él percibido para el sostenimiento propio y el de su familia, por lo que el no pago genera, *per se*, afectación directa al mínimo vital.

En ese sentido y según las normas y la jurisprudencia citadas, a la EPS FAMISANAR le corresponde cancelar las incapacidades del día 3 al 180 y al FONDO DE PENSIONES PORVENIR le corresponde el pago de incapacidades a partir del día 180 y hasta el día 540 sin importar si el concepto de rehabilitación del afiliado emitido por la EPS es o no favorable (pero sí se haya emitido y remitido a la AFP) y a partir del día 541 hasta que el afiliado restablezca su salud le corresponde a la EPS realizar el pago de incapacidades.

En el sub juez, en respuesta otorgada por la EPS FAMISANAR informo que dicho concepto fue emitido el día 16/04/2023 el cual fue notificado en la misma fecha a la entidad al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, lo que indica que se efectúe posterior al día 181 días de incapacidad, del plazo que tenía la EPS para remitirlo al fondo de pensiones.

Se verifican las siguientes incapacidades sin interrupción:

Nro de Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días de incapacidad	PAGADA/NO PAGADA
0009313712	10/04/2022	09/05/2022	30	PAGADA
0009313710	10/05/2022	08/06/2022	30	PAGADA
0009313711	09/06/2022	08/07/2022	30	PAGADA
EXTENDIDA	09/07/2022	22/08/2022	45	NO PAGADA
EXTENDIDA	19/09/2022	18/10/2022	30	NO PAGADA
	19/10/2022	17/11/2022	30	NO PAGADA
	18/11/2022	17/12/2022	30	NO PAGADA
0009313951	18/12/2022	16/01/2023	30	NO PAGADA
	17/01/2023	15/02/2023	30	NO PAGADA
EXTENDIDA	16/02/2023	17/03/2023	30	NO PAGADA
			315 DIAS	

Así mismo, está demostrado que la enfermedad por la cual se expidieron las incapacidades que son objeto de estudio, tiene su origen común, tal como menciona cada una de las incapacidades, pues se refieren a “*FRACTURA DEL PERONE SOLAMENTE*” y “*FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DE LA TIBIA*”, por lo que de acuerdo a lo antes expuesto, a quien le corresponde cancelar las incapacidades a partir del día 181, le corresponde al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.

Sin embargo, dispone el artículo 142 de la Ley 19 de 2012, en su parte pertinente, que “(...) Las Entidades Promotoras de Salud deberán **emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal, y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (Subrayado fuera de texto).**

De esta manera, es cierto que la norma transcrita impone la obligación a la E.P.S. que dentro de los primeros 120 días de incapacidad, debe emitir el concepto de rehabilitación del paciente y comunicarlo dentro de los 150 días. No obstante, la consecuencia contemplada en dicha norma solo se previó para el caso de la expedición de concepto de rehabilitación, y si ello no se cumple, deberá pagar los tiempos de incapacidad médica causados con posterioridad al día 180 hasta que se emita el concepto.

Al respecto la H. Corte Constitucional al analizar dicha norma, estableció que:

*“Según esta norma, las administradoras de fondo de pensiones no están obligados a pagar las incapacidades que superen los 180 días cuando las EPS **no realicen el trámite correspondiente para expedir el concepto***

**favorable de rehabilitación.** Esta disposición, como ya fue reconocida por la Corte en sentencia T-333 de 2013, lejos de imponer un requisito adicional respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades, buscó fortalecer el compromiso de los empleadores y las EPS de cada al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a las que tiene derecho los trabajadores que sufren este tipo de contingencias.

(...)

“Las EPS incurren en la sanción prevista en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 cuando **expiden** el concepto de rehabilitación de forma extemporánea y, en consecuencia, deben cancelar las incapacidades que se generen durante el retardo, con sus propios recursos<sup>25</sup>. Subrayado fuera de texto.

Conforme lo antes descrito, se advierte que la EPS FAMISANAR emitió el concepto de rehabilitación para AFP el **16 de abril de 2023**, es decir, por fuera del término señalado en la norma, teniendo en cuenta que el accionante se encuentra incapacitado desde el 10 de abril de 2022.

De igual forma, tampoco se notificó a la AFP PORVENIR S.A. antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad, pues fue remitido a la administradora de Fondos de Pensiones de Cesantías el 01 de noviembre del mismo año, es decir, fuera del término previsto en el citado artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

En tal sentido, y a la luz de lo antes expuesto, EPS FAMISANAR debe realizar el pago de las incapacidades NO PAGADAS otorgadas desde el día 09/07/2022 hasta el día 16/04/2023, como consecuencia del incumplimiento en los términos que debió emitir y notificar el concepto de rehabilitación.

Por su parte, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia traída a colación, le corresponde reconocer y pagar el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos causados desde el día 17 de abril de 2023, y hasta el día 540 de incapacidad continúa.

De otro lado, y respecto al derecho fundamental de petición de igual manera se encuentra vulnerado por parte de la **EPS FAMISANAR**, por cuanto se verifica que el accionante radicó el día 01 de marzo de 2023 en la Oficinas de la entidad derecho de petición en el cual solicitó el pago de auxilio de incapacidades a las cuales tiene derecho causadas desde el día 09/07/2022, sin que se evidencia remisión de la respuesta alguna por parte de la accionada al peticionario.

Ahora bien, el Despacho debe precisar que el derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, conlleva a que la autoridad o particular requerido emita una pronta respuesta a lo pedido, esto es, respetando el término concedido para tal efecto. Sin embargo, esa garantía no sólo implica que la solución al *petitum* se emita dentro del plazo oportuno, sino que dicha respuesta debe: *i)* ser de fondo, esto es, que resuelva la cuestión

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-156 de 2015

sometida a estudio, bien sea favorable o desfavorable a los intereses del peticionario; *ii*) ser congruente frente a la petición elevada; y, *iii*) debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental.

Visto desde esta perspectiva, este Despacho considera que **E-P-S-FAMISANAR**, ha vulnerado igualmente el derecho de petición del señor **CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA**, en tanto no acreditó la remisión de respuesta al accionante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil Municipal de Mosquera, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **V. FALLA**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales del señor **CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA**, quien actúa en nombre propio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** al Representante Legal de la **EPS FAMISANAR**, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si no lo hubiere hecho, reconozca y pague al accionante **CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA** las incapacidades que se causaron desde el día 09/07/2022 hasta el día 16/04/2023. Acredítese su cumplimiento.

**TERCERO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, autorice, liquide y efectúe el pago de las incapacidades que se sigan causando a partir del día 17 de abril de 2023 al señor **CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA**, momento en que se transfiere la responsabilidad a la AFP, hasta emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

**CUARTO: ORDENAR** al Representante Legal de al Representante Legal de **EPS FAMISANAR**, y/o quien haga sus veces, que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de esta sentencia, se conteste el derecho de petición radicado por el señor **CARLOS ROBERTO MARTINEZ TRIANA** el día 01 de marzo de 2.023, allegando al expediente copia de la respuesta y la constancia de envío recibida por la accionante o su comunicación personal según sea el caso

**QUINTO: DESVINCULAR:** de la presente acción constitucional a las entidades vinculadas (**CLINICA EU SALUD y HOSPITAL MARIA AUXILIADORA**), por no encontrar de su parte vulneración a los derechos fundamentales de la accionante.

**SEXTO: NOTIFIQUESE** la presente decisión, **VIA CORREO ELECTRONICO** al accionante, como a la accionada. De no ser posible utilícese el medio más expedito.

**SÉPTIMO: REMITIR** las presentes diligencias de no ser impugnada la

presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ASTRID MILENA BAQUERO GUTIERREZ.  
JUEZA**

**Firmado Por:**

**Astrid Milena Baquero Gutierrez**

**Juez**

**Juzgado Municipal**

**Civil 000**

**Mosquera - Cundinamarca**

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: **9fdd48141121073acf62b1907c45e7704bc282ab365ee7b6f76eddf80eef7b16**

Documento generado en 24/04/2023 12:14:18 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**