



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR**

Valledupar, Cesar, catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**RAD: 20001 40 03 001 2021 00616 00. Acción de tutela de segunda instancia promovida por JOSÉ CILIETH GONZÁLEZ NUÑEZ contra ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SURA ARL Derecho Fundamental.**

**ASUNTO A TRATAR:**

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte vinculada FAMISANAR EPS contra la sentencia de 10 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**HECHOS:**

Como fundamento fáctico de la acción Constitucional la accionante adujo en síntesis lo siguiente:

1. Manifiesta el accionante que trabaja para la empresa CI PRODECO S.A., desde hace mucho tiempo, ejerciendo el cargo de operador de camión minero 789.
2. Que estando cumpliendo sus labores como operador de camión minero para la empleadora C.I. PRODECO S.A., padeció un accidente de trabajo, el 14 de marzo de 2012.
3. Que, debido al accidente de trabajo, ha venido padeciendo una serie de enfermedades y/o patologías, que fueron analizadas y tratadas por los médicos tratantes de las diferentes E.P.S., a las que ha estado afiliado.
4. Que cada día que transcurre el dolor es intenso y permanente, con lo que se complica y agrava cada instante su salud, derivada precisamente del accidente de trabajo cuando se encontraba conduciendo el camión minero 789.
5. Que se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social Integral en riesgos laborales ante la ADMINISTRADORA RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., SURA ARL., y en salud ante FAMISANAR E.P.S. S.A.
6. Que debido a las patologías y sus secuelas derivadas del accidente de trabajo anteriormente relacionado, a la fecha tiene dos (2) incapacidades laborales por accidente de trabajo que han sido transcritas por la E.P.S FAMISANAR S.A.; pero no han sido pagadas hasta la fecha por la ARL SURA, a pesar de haber sido aportadas en su debida oportunidad.
7. Que el 2 de septiembre de 2021, radicó ante ARL SURA S.A., las dos incapacidades de periodos: del 17/06/2021 al 16/07/2021 y el periodo 17/07/2021 al 15/08/2021, para que procedieran a tramitar a su favor el reconocimiento y pago por cuanto por mandato de Ley,

es obligación por parte de ARL SURA, continuar reconociendo y pagándole dichas incapacidades laborales, hasta cuando le sea debidamente reconocida la pensión por invalidez por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS "PORVENIR" S.A. A.F.P., que se está tramitando vía judicial, ante el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Valledupar.

8. Que mediante Oficio CE202151007568, de fecha 18 de noviembre de 2021, ARL SURA S.A., le negó el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, aludiendo que revisado y validado el sistema de información, se evidenció que según fallo de tutela del 18 de mayo de 2020, proferido por el Juzgado Cuarto (4°) Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, donde se ordena a la ARL SURA disponer de valoración médica a través de su RED adscrita, para determinar pertinencia de incapacidades expedidas por médico particular NO adscrito.

9. Que el anterior argumento NO es válido para negar el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales; toda vez que ARL SURA está en la obligación, tanto técnica como jurídica de proceder a que sean los médicos adscritos a su red, los pertinentes a expedir dichas incapacidades; pero también es cierto que cuando inició a obtener las incapacidades por médico particular, ni las E.P.S., donde estaba afiliado; inclusive la misma ARL., no contaban con profesionales expertos para tratar sus patologías.

10. Que mediante Oficio CE202151007568, de fecha 18 de noviembre de 2021, la ARL SURA S.A., fijó fecha 22 de noviembre de 2021, en el horario de las 07:00 a.m., para que previa las instrucciones de medicina laboral, se realizara cita con médico de seguimiento integral; diligencia que se realizó y celebró en la fecha y hora indicada.

11. Que con su asistencia a la diligencia que se llevó a cabo el lunes 22 de noviembre de 2021, en el horario de las 07:00 a.m., en la modalidad de telemedicina, considera haber cumplido con la determinación dada o proferida por la ARL SURA, por lo tanto, es deber en esta oportunidad que dicha Administradora de Riesgos Laborales, proceda a reconocer y pagar las referidas incapacidades laborales, causadas por accidente de trabajo.

12. Que las incapacidades laborales que radicó el 10 de noviembre de 2021, ante la ARL SURA, por accidente de trabajo que fueron negadas son las siguientes:

- a. INCAPACIDAD N° 0008321175 causada desde el 17 de junio a 16 de julio del año 2021
- b. INCAPACIDAD N° 0008321190 causada desde el 17 de julio a 15 de agosto del año 2021.

13. Con la negativa reiterada por parte de ARL SURA S.A., al no reconocer y pagar las referidas incapacidades laborales, debidamente trascritas por FAMISANAR E.P.S. S.A., le vulnera los derechos constitucionales fundamentales: a la seguridad social, a la salud, al mínimo vital, al debido proceso (art. 29 C.P.N) y por conexidad a una vida digna (art. 11 C.P.N).

14. Que con esos dineros de reconocimiento de sus incapacidades laborales, vienen a ser los recursos o medios económicos para el sostenimiento de su grupo familiar; y más en el estado de salubridad por la pandemia, en virtud que la ARL SURA S.A., al comunicarle la negativa de pago de las incapacidades, mediante el Oficio

CE202151007568, de fecha 18 de noviembre de 2021, le vulnera sistemáticamente los derechos constitucionales fundamentales.

#### **PRETENSIONES :**

En virtud de lo anterior, solicita la protección a los derechos fundamentales a la seguridad social, salud, mínimo vital, debido proceso, conexidad a una vida digna.

En consecuencia, solicita que se ordene a la accionada ARL SURA S.A., a que en el término perentorio de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, proceda de manera inmediata a reconocer y pagar las incapacidades laborales originadas por accidente de trabajo, discriminadas así:

INCAPACIDAD N° 0008321175 causada desde el 17 de junio a 16 de julio del año 2021.

INCAPACIDAD N° 0008321190 causada desde el 17 de julio a 15 de agosto del año 2021.

Que se prevenga a ARL SURA S.A., a que dé cumplimiento inmediato y dentro del término perentorio a la sentencia SO PENA de desacato.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El *iudex a quo* con sentencia del 10 de diciembre de 2021, tuteló los derechos fundamentales invocados por el accionante y ordenó a FAMISANAR E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de la providencia, sometiera a valoración médico científica las incapacidades laborales No. 0008321190 y 0008321175 expedidas a favor de JOSÉ CILIEETH GONZÁLEZ NUÑEZ para que determine la correspondiente transcripción, modificación o rechazo del concepto.

Lo anterior al considerar que las incapacidades medicas No 0008321175 y 0008321190, fueron prescritas al accionante por el especialista en neurocirugía ajeno a la red de servicios, en cuyo caso corresponde a la EPS FAMISANAR, la valoración medico científica de las mismas a fin de determinar la correspondiente transcripción, modificación o rechazo del concepto, pues según lo expresado por el Ministerio del Trabajo, las incapacidades se deben otorgar en los términos y condiciones determinados por las Entidades Prestadoras de Salud, es decir, que deben ser concordantes con el criterio de los médicos adscritos a las EPS, por cuanto son las EPS las designadas normativamente para reconocer, en principio, las incapacidades, como lo dispone el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo indicado en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

#### **FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:**

La entidad accionada FAMISANAR E.P.S. impugnó la decisión con el fin de que fuera revocada por esta superioridad por considerar que las incapacidades 0008321190 y 0008321175 fueron negadas teniendo en cuenta que la norma es clara al determinar que las patologías son catalogadas como de origen laboral.

Que no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental atribuible a FAMISANAR EPS porque la conducta de ésta en todo

momento ha estado ajustada a la normatividad legal vigente que regula el funcionamiento del SGSSS y a todas las disposiciones legales relacionadas con el caso.

Que la presente acción de tutela es improcedente por no cumplir con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad por lo que solicita negar la acción de tutela por inexistencia de violación o puesta en peligro de los derechos fundamental del accionante por parte de FAMISANAR EPS y por desconocer la existencia de otro medio de defensa.

#### **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:**

##### **¿PROBLEMA JURÍDICO?**

El problema jurídico en el presente asunto consiste en establecer ¿Si la sentencia impugnada está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales vigentes para haber concedido el amparo constitucional?

##### **FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos Constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamental la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho Constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

Sobre la procedencia de la acción de tutela en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-161 de 2019 M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER se puntualizó:

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.*".

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*. De allí que, las medidas para evitar su consumación obedezcan a los criterios de urgencia e impostergabilidad<sup>[62]</sup>. 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.

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

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

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

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

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

3.2.6 En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “*los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza.*” (Negrillas fuera del texto original)

Así mismo el Alto Tribunal Constitucional reiteró en en Sentencia T-523 de 2020 M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO que el pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario:

De acuerdo con el artículo 48 del Estatuto Superior, el Estado colombiano “*garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social*”. Con fundamento en este precepto constitucional, el ordenamiento jurídico ha adoptado una serie de medidas que permiten garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencia de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por Ley 319 de 1996 prescribe:

*“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.*

Estas medidas de protección consisten en el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios económicos e incluso la pensión de invalidez<sup>1</sup>, los cuales cobran relevancia, en tanto constituyen mecanismos de salvaguarda del mínimo vital y de la salud de quien se ve en imposibilidad de percibir un salario por sus condiciones de salud<sup>2</sup>.

Bajo ese orden, esta Corte a través de distintos pronunciamientos ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud. En la Sentencia T-876 de 2013 se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados “[...] *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*”.

En igual sentido, en la sentencia T-490 de 2015 reiterada en la sentencia T-200 de 2017, esta Corporación, a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de incapacidades, estableció las siguientes reglas:

*“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.”*

Con base en ello, esta Corte ha concluido que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver Sentencia T-200 de 2017.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Ver Sentencia T-200 de 2017.

**Es de este carácter sustitutivo del salario que la jurisprudencia ha encontrado que, del mismo modo en que se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso -constituyendo un elemento necesario para su subsistencia al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas-, igualmente se presume que el no pago de las incapacidades laborales implica una afectación al mínimo vital de la persona<sup>4</sup>; correspondiéndole, en consecuencia, al empleador, a la EPS o a la AFP desvirtuar dicha presunción.** (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

En posterior oportunidad en Sentencia T-194 de 2021 M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, respecto del Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y las entidades responsables de efectuar el pago se determinó lo siguiente:

*“De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, el Estado colombiano “garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, y con fundamento en esta disposición, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.*

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013<sup>5</sup>, las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surte, por parte de las ARL, *“(…) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez”*<sup>6</sup>.

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad<sup>7</sup> radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012<sup>8</sup>, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> En la Sentencia T-274 de 2006, la Corte sostuvo: *“el no pago de las citadas incapacidades laborales, correspondientes a 90 días de salario, hace presumir en este caso la afectación del mínimo vital de la actora, pues se aplica el mismo criterio de la cesación prolongada en el pago de salarios y prestaciones sociales, por existir las mismas razones de hecho”*.

<sup>5</sup> El artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

<sup>6</sup> T-490 de 2015.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> El artículo 142 del Decreto 019 de 2012, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, previamente modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

<sup>9</sup> Decreto Ley 019 de 2012, art.121.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación<sup>10</sup>, esta corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación<sup>11</sup>.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación - sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”*<sup>12</sup>. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador<sup>13</sup>. Contrario *sensu*, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible: *i)* que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%<sup>14</sup>, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la AFP a la cual se encuentre afiliado; o *ii)* que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que *“el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*<sup>15</sup>. En otras palabras, se configura uno de los eventos en los cuales el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, reconocido por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997<sup>16</sup>.

No obstante, lo anterior, es factible que, a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, los asegurados incursos en estas circunstancias, antes de la promulgación de la **Ley 1753 de 2015**<sup>17</sup> –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se encontraban desprotegidos legalmente como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío de regulación fue efectivamente superado con la ley mencionada, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debía asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del

<sup>10</sup> Decreto Ley 019 de 2012, art.142, inciso quinto.

<sup>11</sup> Ver entre otras, las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

<sup>12</sup> T-419 de 2015.

<sup>13</sup> Decreto-Ley 019 de 2012, art.142.

<sup>14</sup> Ley 100 de 1993, art.38: *“se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*.

<sup>15</sup> T-401 de 2017.

<sup>16</sup> El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue modificado por el artículo 137 del Decreto 019 de 2012, el cual fue declarado inexecutable en la Sentencia C-744 de 2012 por el cargo de exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias.

<sup>17</sup> La Ley 1753 de 2015 entró en vigor a partir del 9 de junio del mismo año.

afectado y propender oportunamente por la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad<sup>18</sup>.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

*“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(...)*

*Estos recursos se destinarán a:*

*a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”* (Resaltado de la Sala)

De la norma transcrita se advierte: *i)* que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y *ii)* que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la *entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud*, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017<sup>19</sup>.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos<sup>20</sup>, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 1753 de 2015<sup>21</sup>, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene reiterar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada<sup>22</sup>.

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que

<sup>18</sup> Ver Decreto 780 de 2016, art.2.2.3.2.1. sobre revisión periódica de la incapacidad.

<sup>19</sup> Por el cual se modificó el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, “*Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- y se dictan otras disposiciones*”.

<sup>20</sup> En uso de la facultad reglamentaria conferida en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, el gobierno nacional, mediante el Decreto 1333 de 2018, reglamentó el procedimiento de revisiones periódicas de las incapacidades por enfermedad general de origen común por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

<sup>21</sup> Ley 1753 de 2015 entró en vigencia a partir del 9 de junio de 2015.

<sup>22</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-693 de 2017 y T-401 de 2017.

		modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

## EL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso sometido a estudio, se tiene que el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados por JOSÉ CILIETH GONZÁLEZ NÚÑEZ frente a FAMISANAR E.P.S., al considerar que las patologías que fueron objeto de calificación e indemnización en favor del accionante por parte de la ARL SURA y posteriormente incluidas en la calificación integral que arrojó como resultado una pérdida de capacidad laboral del 53.3% de origen común, impone a FAMISANAR E.P.S. la carga prestacional reclamada, pues al momento de las prescripciones médicas referidas, esa promotora se encontraba en mora de emitir y notificar el concepto desfavorable de rehabilitación al Fondo Pensional vinculado al trámite.

El A-quo además advirtió que las incapacidades médicas fueron prescritas al accionante por el especialista en neurocirugía ajeno a la red de servicios, por ende corresponde a FAMISANAR EPS la valoración médico científica de las mismas a fin de determinar la correspondiente transcripción, modificación o rechazo del concepto.

FAMISANAR E.P.S. por su parte manifiesta que las incapacidades fueron negadas teniendo en cuenta que las patologías son de origen laboral y que el accionante cuenta con Concepto de Rehabilitación desfavorable emitido el 23 de octubre de 2021, además la presente acción de tutela resulta improcedente por cuanto no se demostró la vulneración al mínimo vital, teniendo el accionante capacidad económica.

Si bien es cierto la acción de tutela no es el mecanismo para reclamar acreencia laborales, pues, solo es procedente cuando se configure un perjuicio irremediable, como se estudió en acápite anterior, la Corte Constitucional ha establecido frente al pago de incapacidades una excepción para la viabilidad de la acción, y radica en que el no pago de las incapacidades vulnera derechos fundamentales al mínimo vital cuando la incapacidad suple al salario.

De las pruebas que obran dentro del expediente constitucional y de las contestaciones emitidas por las partes vinculadas se evidencia lo siguiente:

El accionante JOSÉ CILIETH GONZÁLEZ NUÑEZ sufrió accidente de trabajo el 14 de marzo de 2012 y la ARL SURA brindó las prestaciones económicas y asistenciales derivadas del mismo. La Junta Nacional de Calificación de Invalidez dictaminó una Pérdida de Capacidad Laboral de 21.40% y sobre ello SURA ARL reconoció la indemnización correspondiente.

Posteriormente, en dictamen integral realizado al accionante el 11 de marzo de 2016, se obtuvo como resultado un Pérdida de Capacidad Laboral del accionante en 53.3% en el que se determinó como origen: enfermedad común, dictamen que se encuentra en firme.

El accionante JOSÉ CILIETH GONZÁLEZ NUÑEZ asiste a médico particular y éste le expide incapacidades, comprendidas en los

siguientes periodos: i) del 17/06/2021 al 16/07/2021 y ii) del 17/07/2021 al 15/08/2021.

Las anteriores incapacidades de origen laboral fueron presentadas por el accionante ante SURA ARL para transcripción, transcripción que fue negada bajo el argumento que en anterior oportunidad, el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar había emitido fallo en el que ordenó valoración de incapacidades expedidas por médico no adscrito para determinar procedencia y en aquella oportunidad, se decidió la no pertinencia de la emisión de las incapacidades por la patología de origen laboral. En consecuencia ARL SURA decide someter a criterio las incapacidades presentadas por el accionante que hoy son objeto de tutela y en cita de 22 de noviembre de 2021, con el médico de seguimiento integral de la red adscrita ARL SURA, se retomó el manejo por las secuelas del accidente de trabajo en cobertura y NO se emitió incapacidad médica al no ser pertinente.

Por su parte PORVENIR S.A. AFP manifiesta que FAMISANAR E.P.S emitió concepto de rehabilitación integral obligatorio el 23 de octubre de 2021, por lo que no remitió ni notificó a tiempo ante la Administradora el referido concepto, siendo extemporáneo, debiendo haberlo emitido a más tardar al día 120 de incapacidad continua. Que las fechas de incapacidades reclamadas son anteriores a la fecha de emisión del concepto de rehabilitación, por lo que FAMISANAR EPS es la entidad responsable de asumir el pago de las incapacidades hasta la fecha de expedición del concepto de rehabilitación obligatorio.

Una vez precisado lo anterior, es del caso agregar, que el accionante a la fecha se encuentra desvinculado laboralmente tal como lo manifestó la empresa C.I. PRODECO S.A., relación laboral que culminó por mutuo acuerdo el 04 de enero de 2021 y se le reconoció por concepto de liquidación la suma de \$98.083.283.

Así mismo se encuentra en firme dictamen de Pérdida de Capacidad laboral emitida por la Junta Medico Nacional de Calificación con un porcentaje de 53.3% de Pérdida de Capacidad Laboral del accionante JOSÉ CILIEETH GONZÁLEZ NUÑEZ de origen ENFERMEDAD COMÚN.

Advierte el despacho que las incapacidades emitidas lo son por Especialista en Neurocirugía no adscrito a la red de prestadores.

De las pruebas que reposan en el expediente, el Concepto de Rehabilitación Integral Obligatorio se emitió y notificó el 23 de octubre de 2021 por parte de FAMISANAR E.P.S y las incapacidades que se reclaman son de los siguientes periodos i) del 17/06/2021 al 16/07/2021 y ii) del 17/07/2021 al 15/08/2021.

El accionante JOSÉ CILIEETH GONZÁLEZ NUÑEZ por sus condiciones actuales, es una persona con pérdida de capacidad laboral en porcentaje de 53.3%, con concepto desfavorable para ejercer laboralmente y a la fecha no se encuentra empleado, no tiene ingresos por salario, ni se le ha reconocido mesada pensional, por lo que las incapacidades que sean otorgadas vienen a reemplazar el salario.

Con todo, las incapacidades asunto de tutela, fueron expedidas por médico no adscrito, por lo que las pretensiones del accionante tendientes a ordenar el pago de las incapacidades no resultan procedentes en la forma solicitada, debido a que el juez de tutela está imposibilitado para ordenar el pago de incapacidades laborales no dictaminadas por los médicos tratantes.

Al respecto la sentencia T-581 DE 2006, determinó que el juez de tutela está imposibilitado para ordenar el pago de incapacidades laborales no dictaminadas por los médicos tratantes y que la facultad de determinar las incapacidades médicas corresponde exclusivamente al médico tratante así:

“En ocasiones anteriores ha indicado esta Corporación que el pago de incapacidades laborales por medio de la acción de tutela procede de manera excepcional por los siguientes motivos: (i) En primer lugar, en razón a que el pago de las incapacidades reemplaza el salario del trabajador durante el tiempo que, por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores. Por este motivo, se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar. (ii) En segundo término, por cuanto el pago de las incapacidades médicas constituye una garantía del derecho a la salud del trabajador, en tanto con el pago de las mismas aquél puede recuperarse satisfactoriamente sin tener que preocuparse por reincorporarse anticipadamente a sus actividades habituales con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia. Finalmente, (iii), dado que los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador que debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

Estas tres razones constituyen los criterios jurisprudenciales por los cuales la acción de tutela es procedente de manera excepcional para reclamar el pago de incapacidades laborales debido a la importancia que estas prestaciones revisten para la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana. **No obstante, aunque parezca obvio, para que proceda la acción de tutela para el cobro de estas prestaciones se requiere que exista una prescripción médica emitida por el profesional médico autorizado que determine la existencia de la incapacidad laboral, de lo contrario, no le está dado al juez de tutela por ningún motivo ordenar la cancelación de incapacidades laborales.** (Negrillas y subrayas del Despacho)

Aunque el criterio de este despacho ha sido acceder por vía de tutela al reconocimiento del pago de incapacidades laborales de acuerdo a los lineamientos de la Corte Constitucional, estableciendo inclusive la competencia a quien le corresponde el pago; el asunto aquí estudiado escapa a la órbita del Juez Constitucional al no haber sido el médico tratante adscrito ni a la ARL ni a la EPS quien dictaminó las incapacidades pretendidas.

Así mismo existe proceso ordinario laboral ante el Juzgado Tercero Laboral de Valledupar y aunque existe Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral desde el año 2016, no se ha proferido sentencia judicial que desate el conflicto pero no por ello puede convertirse el juez constitucional en una instancia de conflictos legales atendiendo como se ha insistido, el carácter subsidiario de la acción de tutela.

En resumen al no haber sido el médico tratante adscrito ni a la ARL ni a la EPS quien dictaminó las incapacidades pretendidas, las referidas accionadas no están obligadas de entrada a reconocer el pago, ni el juez de tutela a ordenarlo, toda vez que es el médico adscrito el llamado legalmente a determinarlas con base en el criterio profesional del caso, por ende comparte esta agencia judicial la orden dada por el A-quo en la sentencia impugnada donde ordena a FAMISANAR E.P.S., por haber emitido el Concepto de Rehabilitación de manera extemporánea, someter a valoración médico científica las incapacidades laborales 0008321190 y 0008321175 expedidas a favor de JOSÉ CILIEETH GONZÁLEZ NUÑEZ para que sean los médicos adscritos a su red quienes determinen la correspondiente transcripción, modificación o rechazo del concepto médico particular que expidió la incapacidad.

Sin más elucubraciones, se procede a confirmar la sentencia

proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar proferida el diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Civil Municipal de Valledupar el diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), en mérito de las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO:** NOTIFÍQUESE a las partes de este proveído por el medio más expedito.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GERMÁN DAZA ARIZA**  
**JUEZ**