



Bogotá D.C., 3 de agosto de 2022

**REF.: Acción de Tutela N° 2022-00547 de SAMMY DAYVE CABRERA MUÑOZ contra EPS FAMISANAR.**

## **SENTENCIA**

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por Sammy Dayve Cabrera Muñoz contra la EPS Famisanar por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, vida digna y la igualdad.

## **ANTECEDENTES**

### **1. Hechos de la demanda**

Señaló que se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud en la EPS Famisanar y que le fue practicada una cirugía que le generó 7 días de incapacidad por el periodo que va del 7 al 13 de abril de hogano.

Adujo que en un control posquirúrgico su galeno tratante prorrogó los días de incapacidad inicialmente prescritos del 12 al 17 de abril de 2022 y que posteriormente, con ocasión a una complicación medica le fue generada incapacidad por 5 días más, esto es, del 18 al 22 de abril de 2022.

Precisó que el 19 de abril de 2022, radicó ante la EPS Famisanar todas las incapacidades prescritas en su favor; no obstante, adujo que luego de 3 meses la accionada no se las había pagado.

### **2. Objeto de la Tutela**

De acuerdo con lo anterior, el accionante solicita que, a través de la presente acción, se protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, la dignidad humana y la igualdad y, en consecuencia, pide ordenar a la EPS Famisanar que realice el pago de 16 días de incapacidad prescritos en su favor.

## **TRÁMITE DE INSTANCIA**

La presente acción fue admitida por auto del 21 de julio de 2022, que ordenó la vinculación de la AFP Protección S.A y se libraron comunicaciones a la accionada y vinculada con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y les fue solicitada información relevante.

### **Informes recibidos**

La **AFP Protección** señaló que en su sistema de información no reposan solicitudes realizadas por parte del señor Sammy Dayve Cabrera Muñoz y que en todo caso la EPS Famisanar no lo había notificado de concepto de rehabilitación, por lo que, adujo que según el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 le corresponde a la referida EPS realizar el pago de los subsidios por incapacidad que se sigan generando hasta que cumpla con tal obligación.



Añadió que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento y pago de incapacidades médicas, por lo que, solicitó declarar improcedente el amparo promovido por el señor Sammy Dayve Cabrera Muñoz y en caso de impartir alguna orden solicitó que esta sea condicionada a que el actor acuda a la jurisdicción ordinaria en un plazo de 4 meses.

La **EPS Famisanar** indicó que el pago de las incapacidades medicas solicitada por el accionante se encuentra pendiente por falta de certificación bancaria y que la acción de tutela no es mecanismo idóneo para el pago de subsidios por incapacidad. Así mismo, adujo que el actor no probó la afectación a su derecho fundamental al mínimo vital, por lo que, solicitó declarar improcedente la acción de tutela.

### CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (C.C., T – 471 de 2017).

#### **Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de Incapacidades médicas.**

En relación con la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades médicas que se generan en ejecución de un contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o alguna otra actividad independiente, es oportuno señalar que aun cuando estas reclamaciones no pueden ser ventiladas por esta vía excepcional, toda vez que existe el trámite procesal correspondiente al proceso ordinario ante el juez laboral, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este mecanismo puede ser procedente en la medida en que tales pagos constituyen un medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud, se ha visto reducida en su capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia, por lo que a partir de allí puede garantizarse no solo su derecho a la salud, sino su mínimo vital.

En otras palabras, como el pago de incapacidades médicas sustituye al salario o la remuneración mensual durante el tiempo en que un trabajador permanece retirado de sus actividades económicas por enfermedad debidamente certificada, estas se convierten no solo en una garantía para el estado de salud de esta persona, quien puede recuperarse satisfactoriamente como lo exige la dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales, sino que se convierten en el sustento económico propio y el de su familia (C. C., T-140 de 2016 y T-200 y T-401 de 2017). De allí que, cuando existe una negación del pago de incapacidades o una dilación o demora injustificada en sus pagos, lo más probable es que como se afecta gravemente la condición económica de un trabajador, sea dependiente o independiente, la acción de tutela sea el mecanismo más adecuado



para obtenerlas y, por lo tanto, lo que sigue es que se estudie de fondo de la controversia, a fin de determinar la vulneración invocada.

### **Reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, su marco legal y jurisprudencial (SENTENCIAS T-401 DE 2017 y T-246 DE 2018)**

Antes de exponer el marco normativo que regula las incapacidades de origen común, es importante distinguir tres conceptos: El **certificado de incapacidad temporal**, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de *“un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”* y, por tanto, en su emisión *“el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”*. Éste genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

La Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Por su parte, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así las cosas, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición *“en el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”*.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud (EPS) y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012:

*Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento*

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. Sobre la responsabilidad del pago, la Corte



Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador<sup>1</sup>, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

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
Día 181 hasta el 540	A.F.P.	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S. con recobro a ADRES	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

### Caso concreto

El accionante solicita que, a través de la presente acción, se protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, la dignidad humana y la igualdad y, en consecuencia, pide ordenar a la EPS Famisanar que realice el pago de 16 días de incapacidad prescritos en su favor.

Para sustentar sus pedimentos aportó en PDF copia de las incapacidades<sup>2</sup> prescritas por los periodos que van del 7 al 22 de abril de 2022, así como, el envío y la constancia de radicación realizada al correo [correspondencia@famisanar.com.co](mailto:correspondencia@famisanar.com.co)<sup>3</sup>

En atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial o que teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En este caso, la discusión deviene del reconocimiento y pago de unas incapacidades no reconocidas al accionante, es decir, se trata de un conflicto económico-jurídico de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende de la lectura del artículo 2º del C.P.T., modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001:

*La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 4. 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 contratos, 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad. (...)*

<sup>1</sup> Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

<sup>2</sup> Ver archivo 1 folios 7 a 9

<sup>3</sup> Ver archivo 1 folios 10 a 11



No obstante, el accionante no acudió al juez ordinario laboral para la resolución de su conflicto, sino que, consideró prioritario acudir a la acción de tutela, frente a lo cual se debe decir, que prescindir de la Jurisdicción Ordinaria en un caso como éste, comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad del interesado de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado, que un proceso ordinario laboral es idóneo para proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego. Lo anterior, debido a que el objetivo de un proceso de esa naturaleza es solucionar los conflictos de orden laboral y de la seguridad social, contando con mecanismos de recaudo de pruebas que sin lugar a dudas permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para la protección de los derechos afectados.

De este modo, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, que en este caso corresponde a un proceso ordinario laboral eficaz e idóneo, la presente acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como mecanismo transitorio de protección en el evento que se comprobará que el accionante se encuentra sometido a la posible materialización de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, en este caso no hay prueba alguna de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable del derecho al mínimo vital del accionante, por lo siguiente:

Señaló el accionante que la EPS Famisanar no ha realizado el pago de incapacidades medicas desde el 7 al 22 de abril de 2022; no obstante, en el escrito de tutela el señor Sammy Dayve Cabrera Muñoz no realizó ningún tipo de manifestación en relación con la posible afectación a su mínimo vital por la falta de pago de los subsidios por incapacidad que no reconoció la accionada y en todo caso, no aportó prueba documental alguna que acredite o dé certeza sobre la eventual lesión *iusfundamental*, pues, no probó una situación económica precaria, no dijo ser padre cabeza de familia, no acreditó que los subsidios por incapacidad constituyan su única fuente de ingresos, ni que carezca de recursos para solventar sus necesidades básicas o las de su familia, así como tampoco aportó prueba -siquiera sumaria- que acredite alguna de dichas circunstancias

En síntesis, el accionante no alegó ni demostró tener comprometido su mínimo vital o alguna otra circunstancia especial que amerite la intervención del Juez Constitucional.

En ese entendido, no existen argumentos razonables para sostener que en este caso concreto no se pueda acudir al proceso ordinario laboral y esperar las resultas del mismo, por cuanto al analizar las condiciones de vulnerabilidad del accionante *i)* no se encuentra en una situación de inminente riesgo que demande de su protección por la vía residual de la acción de tutela; *ii)* ni tampoco demostró un impedimento para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria por parte del juez laboral, quien es el llamado a definir si procede o no el reconocimiento de la incapacidad.

En conclusión, en el presente asunto:



**Rama Judicial**  
**Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales**  
**Republica de Colombia**

- i. Existe una vía idónea (acción ordinaria laboral) que aún no ha sido agotada;
- ii. No se percibe la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o una situación que revista tal gravedad, o que ponga al accionante en situación de indefensión, de manera que amerite la intervención del juez constitucional.

En consecuencia, concluye el Despacho, que la presente acción de tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por **Sammy Dayve Cabrera Muñoz** identificada con c.c. 1.010.210.119 contra **EPS Famisanar** acorde con lo aquí considerado.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito y eficaz.

**TERCERO: PUBLICAR** esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

**CUARTO: REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación efectiva.

**Notifíquese y Cúmplase,**

La Juez,

**LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR**

Firmado Por:

Lorena Alexandra Bayona Corredor

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 3

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **c0f71a5bc79af2a1265132742fb189e281b905214d55c80573800eaaad65161a2**

Documento generado en 03/08/2022 08:52:46 AM

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