



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL  
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

---

Soledad, ocho (08) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA  
Demandante: ELIZABETH GONZALES PACHECO  
Demandado: AFP COLFONDOS-FAMISANAR EPS  
Radicado 1° instancia: No. 2022- 00533-00  
Radicado 2° instancia: No. 2023-00003-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionada contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022), por medio de la cual el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, decide TUTELAR los derechos invocados por la accionante.

### **I. ANTECEDENTES.**

La señora ELIZABETH GONZALES PACHECO, en nombre propio, presentó acción de tutela en contra AFP COLFONDOS-FAMISANAR EPS, a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales elevando las siguientes,

#### **I.I. Pretensiones.**

*“... (...) ORDENAR a la EPS FAMISANAR y/o COLFONDOS que un termino no mayor a 48 horas, PROCEDAN A CANCELAR LAS INCAPACIDADES RECLAMADAS (...)...”.*

#### **V.II. Hechos planteados por la accionante.**

Se sintetizan los hechos narrados a saber:

Narra que se encuentra afiliada en calidad de cotizante desde marzo de 2012, en la AFP COLFONDOS-FAMISANAR EPS, como empleada de PURO POLLO.

Expone que la EPS lo remitió para el fondo de pensiones, quien le expuso que debía generarse concepto favorable.

Refiere que desde el 19 de julio al 15 de noviembre de 2022, la EPS no le ha reconocido y pagado las incapacidades.

#### **IV. La Sentencia Impugnada.**

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, mediante providencia del 29 de noviembre de 2022, decidió conceder la acción de tutela, al considerar:

T-2023-00003-01

“ ...

Para el caso bajo estudio se tiene que efectivamente la EPS ha emitido concepto de recuperación **favorable** de rehabilitación con fecha de emisión del concepto: 23 de Marzo de 2021, expedido por el medico laboral, Ricardo Álvarez Cubillos, por lo que cotejado con la situación fáctica expuesta y lo establecido en la norma que antecede, a la señora Elizabeth González, es pertinente y necesario reconocerle el pago de las incapacidades solicitadas, pues se constituyen como una garantía a los derechos fundamentales del trabajador en tanto cursa la incapacidad, y coadyuva en el sostenimiento de ella y su familia, quien se encuentra en debilidad manifiesta pues no goza de una pensión, pues su incapacidad laboral no supera el 50%, esta es del 45,59%, y sus condiciones de salud han continuado con la generación de incapacidades que han superado los 540 días, por lo que esta incapacitada medicamente para laborar de modo que está expuesta a una inminente vulneración de sus derechos fundamentales, tal como lo ha decantado la jurisprudencia en Sentencia T-265-2022 así: (...)

...”.

## **V. Impugnación.**

La parte accionada, presentó escrito de impugnación oponiéndose a los argumentos de la sentencia de primera instancia, exponiendo:

*“... (...) Lo anterior, teniendo en cuenta que la señora ELIZABETH GONZALES PACHECO Registra incapacidad continua del 17/11/2020 al 18/07/2022 por un total de 526 días, pero con interrupción desde el 20/04/2022 hasta el 18/05/2022 (menos de 30 días); cumplió 180 días 01/06/2021.*

*Por lo anterior, la usuaria aun no registra incapacidades superiores a 540 días, y menos desde la fecha en que el juzgado está indicando que cumple 540 días.*

*No registra incapacidades posteriores al 18/07/2022, para ello se adjunta certificado de incapacidades.*

*Adicionalmente la señora ELIZABETH GONZALES PACHECO registra dictamen de Pérdida de la Capacidad Laboral emitida por la EPS del 57.27% con fecha de estructuración 08/08/2022, por lo tanto, se considera que no es pertinente el reconocimiento de más incapacidades por parte de EPS FAMISANAR, sino de AFP COLFONDOS. (...) ...”.*

## **VI. Pruebas relevantes allegadas.**

- Certificado de incapacidades.
- Historia clínica.

T-2023-00003-01

- Calificación de invalidez.

## **VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **VII.I Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

### **VII.II Problema Jurídico**

Deberán despejarse los siguientes interrogantes:

Corresponde al despacho dentro de la actuación de marras, determinar si resulta procedente el ejercicio de la presente acción de tutela, dados los antecedentes relatados en los hechos, en caso afirmativo:

- Determinar si la accionada está vulnerando el derecho fundamental al MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL de la tutelante al no reconocerle las incapacidades laborales.
- **Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T-200 de 2017**

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

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que *“[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional.”*<sup>1</sup> Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.<sup>2</sup>

La Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: *“ i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos*

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1998.

<sup>2</sup> Constitución Política, artículo 86, incisos 1 y 3, y Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

T-2023-00003-01

*fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.”*

Así las cosas, en principio, la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.”* (Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012)

Sin embargo, la evaluación del requisito de subsidiariedad, en los términos en los que lo hemos desarrollado, depende de la idoneidad de los mecanismos ordinarios, en relación con las *condiciones objetivas* de quien interpone la acción. Estas condiciones ya han sido tratadas por la jurisprudencia constitucional; en su momento, la sentencia T-093 de 2011,<sup>3</sup> al retomar otros precedentes relacionados,<sup>4</sup> señaló que *“(…) [el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o] su precaria situación económica (…)”*, puede ponerlo en circunstancias de debilidad manifiesta que, como se ha dicho, deben impactar la decisión sobre la procedencia de la acción de tutela.

Tal impacto no recae exclusivamente sobre la decisión de procedencia, sino también sobre el sentido de las decisiones que adopte el juez de tutela. En efecto, si se trata de la falta de idoneidad de un mecanismo alterno como la jurisdicción ordinaria, el juez de tutela entra a sustituir al juez ordinario y toma una decisión definitiva sobre el caso. Por el contrario, si del examen de procedencia se concluye que de lo que se trata es de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el juez de tutela tomará medidas transitorias de protección, mientras el accionante activa la competencia del juez ordinario y este último resuelve de manera definitiva. Esto significa que caso a caso la procedencia puede variar, independientemente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Tal premisa, conduce a la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

- **Régimen de incapacidades laborales: clasificación y obligación de pago. Reiteración de jurisprudencia.**

El pago de las incapacidades laborales se deriva de un **certificado de incapacidad** que *“(…) resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad*

<sup>3</sup> Reiterado, entre otras, por las sentencias T-333 de 2013, T-721 de 2012 y T 144 de 2016.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencias T-1206 de 2005, T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

T-2023-00003-01

laboral del trabajador (...).<sup>5</sup> Dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos. En sentencia T-920 de 2009,<sup>6</sup> esta Corporación señaló la siguiente clasificación: (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

## 5.1 Origen de las incapacidades laborales y entidades obligadas a cancelarlas

La falta de capacidad laboral, temporal o permanente, puede ser de origen laboral o común. A continuación se esbozarán las principales características respecto a los obligados a cancelarlas, de cara a la posterior resolución del caso concreto.

### 5.1.1 Incapacidades por enfermedad de origen laboral

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013,<sup>7</sup> las Administradoras de Riesgos Laborales serán 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 surtirá, 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>8</sup>

### 5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

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**<sup>9</sup> si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad**<sup>10</sup> si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.<sup>11</sup>
- ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

<sup>6</sup> Esta clasificación ha sido retomada por la sentencia T-468 de 2010.

<sup>7</sup> Modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia T-490 de 2015

<sup>9</sup> Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

<sup>10</sup> Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

<sup>11</sup> El Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

T-2023-00003-01

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52<sup>12</sup> de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.<sup>13</sup>

Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010<sup>14</sup> de esta Corporación señaló:

*“(...) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”*

Y agregó:

*“En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”*

En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[a]l 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

<sup>12</sup> Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

<sup>13</sup> Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

<sup>14</sup> Las sentencias T-684 de 2010 y T-876 de 2013 retomaron la idea de la existencia de un déficit de protección para incapacidades superiores a 540 días.

T-2023-00003-01

*quinientos cuarenta (540) días continuos.”<sup>15</sup>*

La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la sentencia T-144 del 2016. En su momento, esta Corporación conoció el caso de la ciudadana Maritza Cartagena, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió un accidente en motocicleta al chocar con un vehículo de transporte escolar. En el incidente sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días. Recibió calificación del Fondo de Pensiones y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, pero apeló este último dictamen por considerar que no respondía a su estado real de salud física y mental.

Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.

Pero además, la sentencia en cuestión establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad.

Frente a la primera regla, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

*“Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”<sup>16</sup>*

Refiriéndose a la segunda regla, esta Corporación señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la Ley 1753 de 2015 y que a partir de su entrada en vigencia, tanto “(...) el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (...)”. No obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

Respecto a la tercera regla, la Corte explica que existe la posibilidad de dar aplicación

<sup>15</sup> Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

T-2023-00003-01

retroactiva al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, pues ésta no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual. En palabras textuales esta Corporación señaló: “(...) [la] situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.”

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

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS <sup>17</sup>	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo.

### **XIII. Del Caso Concreto.**

De acuerdo con el memorial que impulsó la instauración de la acción de tutela y los documentos obrantes en la actuación, la señora ELIZABETH GONZALES PACHECO

<sup>17</sup> La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

T-2023-00003-01

solicita la protección de sus derechos fundamentales a la SALUD, al MINIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, que afirma están siendo conculcados por la entidad FAMISANAR EPS y COLFONDOS, debido a la negativa por parte de esta entidad a reconocerle y pagarle las incapacidades laborales generadas.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, concedió la acción de tutela, decisión que fue objeto de impugnación por la parte accionada, conforme a los argumentos arriba expuestos.

En primer lugar, en lo concerniente al punto de la procedencia de la acción de tutela, es de resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia citada en la parte considerativa de esta sentencia, en el caso concreto se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, lo cual evidencia la procedencia de la tutela para su análisis y eventual protección, ello por cuanto, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

Ahora bien, la acción de tutela fue interpuesta el 16 de noviembre de 2022, es decir, se cumple en el caso con el requisito de inmediatez teniendo en cuenta la fecha de las incapacidades que se reclaman en la medida que se han extendido a lo largo del tiempo, permaneciendo los efectos de la vulneración toda vez que la última incapacidad venció el 4 de agosto de 2022, y conforme a la jurisprudencia enunciada, dar aplicación a la excepción al principio de subsidiaridad.

Lo anterior, sin perjuicio de que la jurisprudencia de la Corte ha considerado que “(...) *dada su naturaleza cautelar, la acción de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presume la afectación del derecho fundamental de manera palpable e inminente*”. En ese sentido se pronunció la Corte en el marco del mencionado análisis de constitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991:

*“La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la **subsidiariedad** y la **inmediatez**: (...) la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.<sup>[13]</sup> Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.*

*En otros términos, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la*

T-2023-00003-01

*protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, (...) el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental".<sup>141</sup>(Negrilla en el texto original).*

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en concluir que el origen de la incapacidad constituye un parámetro determinante para establecer cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene a su cargo la obligación de pagar las incapacidades, atendiendo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

En el caso que nos ocupa la EPS a la cual se encuentra afiliada la actora FAMISANAR y atendiendo lo narrado por la accionante, conforme a la normatividad vigente relacionada con el asunto a decidir, FAMISANAR EPS, es la entidad que tiene el deber legal de reconocer y pagar las incapacidades causadas a favor del accionante, causadas desde el día 541 en adelante, y que no han sido canceladas.

De otra parte, sobre la responsabilidad del pago, las incapacidades que superan los 540 días, corren a cargo de la EPS a la que está afiliada la trabajadora.

En el caso que nos ocupa no es objeto de discusión las incapacidades relacionadas por la EPS, que **suman 526** desde el 17 de noviembre de 2020 hasta el 18 de julio de 2022, prueba anexa por la accionada, faltando un total de 14 días para completar los 540 días.

No obstante lo anterior, la accionante allega un total de 4 incapacidades por 120 días, desde el 19 de julio hasta el 15 de noviembre de 2022 emitidas por Grupo Health SA, adscrito a Famisanar Eps, médico tratante Juan Carlos Mendoza Buchelli, y por tanto no es de recibo su alegato de no existencia de incapacidades posterior al día 18 de julio de 2022, como tampoco la interrupción que alega conforme la certificación enunciada de incapacidades.

Así las cosas, para llegar a los 540 días el fondo de pensiones debe reconocer de los últimos 120 días arriba referenciados, un total de 14 días de incapacidad, y las incapacidades sobrevinientes posteriores al día 540, es decir, los 106 días restantes y los subsiguientes hasta que sea reconocida la respectiva pensión con cargo a su EPS.

Dichas así las cosas, el FONDO DE PENSIONES deberá reconocer 14 días de incapacidad desde el 19 de julio hasta el 1 de agosto de 2022, y por parte de la EPS FAMISANAR es quien deberá proceder a reconocer y pagar a la tutelante las incapacidades posterior al día 540 de incapacidad generadas que se le adeuden al accionante desde el 2 de agosto hasta el 15 de noviembre de 2022, y subsiguientes de conformidad con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, siempre y cuando se le emita concepto favorable de rehabilitación, no se le haya calificado la pérdida de la capacidad laboral o si su calificación de pérdida de capacidad laboral resulte inferior al 50%, y le sigan siendo expedidas incapacidades.

En los términos anotados, se modificará el numeral 2° de la decisión de amparo de los

T-2023-00003-01

derechos fundamentales de la actora, atendiendo lo arriba expuesto.

Atendiendo a las motivaciones precedentes, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** los hechos 1, 3, y 4, de la de la sentencia de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 2° de la providencia de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Malambo – Atlántico, el cual quedará de la siguiente manera:

*Ordenar que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al día de la notificación del fallo proceda, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a la señora ELIZABETH GONZALES PACHECO:*

- *FONDO DE PENSIONES 14 días de incapacidad desde el 19 de julio hasta el 1 de agosto de 2022.*
- *EPS FAMISANAR las incapacidades posteriores al día 540 de incapacidad generadas desde el 2 de agosto hasta el 15 de noviembre de 2022, y subsiguientes.*

**TERCERO:** Notifíquese esta sentencia a las partes intervinientes, al Juez de Primera Instancia y al Defensor del Pueblo.

**CUARTO:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**GERMAN RODRIGUEZ PACHECO**

Juez

Firmado Por:

German Emilio Rodriguez Pacheco

**Juez**  
**Juzgado De Circuito**  
**Civil 001**  
**Soledad - Atlantico**

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: **caaef77ec18f97bf6ca4c28d1e7cc918dbbe43bef785798113a25c0033403ec5**

Documento generado en 09/02/2023 08:37:36 PM

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