

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
BOGOTÁ D.C.**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**RADICADO: 11001-41-05-008-2023-00866-00**

**ACCIONANTE: VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO**

**ACCIONADA: E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**

**VINCULADAS: A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**

**ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE  
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**

**SENTENCIA**

En Bogotá D.C., a los ocho (08) días del mes de noviembre del año dos mil veintitrés (2023), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO**, quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y salud, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**

**RESEÑA FÁCTICA**

Afirma la accionante, que el 11 de diciembre de 2019 suscribió un contrato de trabajo por obra o labor con la empresa **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**.

Que, en ejercicio de sus labores, fue diagnosticada por la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** con *“contusión de la rodilla, tendinitis rotuliana, trastornos internos de la rodilla, trastorno de los discos intervertebrales, dolor en la columna dorsal, trastorno de ansiedad y depresión”*.

Que la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** no ha realizado el pago de las incapacidades comprendidas entre el 23 de agosto de 2023 y el 23 (sic) de noviembre de 2023.

Que es cabeza de familia, por su estado de salud no puede emplearse, y no tiene otra fuente de ingresos distinta al pago de las incapacidades.

Que el empleador ha realizado el pago de otras incapacidades generadas con anterioridad, sobre el 66% del salario, a pesar de devengar un SMLMV, vulnerando el mínimo vital.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y en consecuencia se ordene a la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** el pago de las incapacidades comprendidas entre el 23 de agosto de 2023 y el 02 de noviembre de 2023, directamente a su cuenta bancaria.

### **CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

#### **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN:**

La vinculada allegó contestación el 27 de octubre de 2023 en la que manifiesta que, cumplió con la obligación de radicar ante la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** los documentos de la accionante, para el reconocimiento y pago de las incapacidades hasta el día 180.

Que ha cumplido con la obligación de realizar los aportes a salud de la trabajadora, garantizando que le sean prestados los servicios médicos que requiere para su recuperación.

Que la accionante ha presentado incapacidades continuas e ininterrumpidas acumulando más de 540 días.

Que es la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** o la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** quienes deben responder por el pago de las incapacidades.

Posteriormente, allegó un alcance en el que afirma que a la accionante ya le fueron pagadas unas incapacidades en la nómina de octubre de 2023, por valor de \$2.525.333.

Por lo anterior, solicita se le absuelva de las pretensiones de la acción de tutela.

#### **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.:**

La accionada allegó contestación el 30 de octubre de 2023, en la que solicita se le dé un plazo razonable para agotar los procedimientos administrativos con el fin de materializar el pago requerido por la accionante.

Posteriormente, allegó un alcance en el que manifiesta que, desde el 08 de julio de 2023 viene reconociendo las incapacidades superiores al día 540 a **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**.

Por lo anterior, solicita se niegue la acción de tutela por cuanto no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

**A.F.P. PROTECCIÓN S.A.:**

La vinculada allegó contestación el 31 de octubre de 2023, en la que manifiesta que el 05 de junio de 2023 la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** le remitió el concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable de la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ÁREVALO**.

Que por tanto, no se encuentra obligada al pago de las incapacidades, sino que se debe proceder con la calificación de la "*merma de capacidad laboral*".

Que las incapacidades a cargo de las A.F.P. sólo proceden cuando se superan los 180 días y existe concepto favorable de rehabilitación.

Que en caso de que se le obligue al pago de las incapacidades, debe validarse que la E.P.S. haya entregado a la A.F.P. el concepto de rehabilitación antes del día 180, pues de no ser así, la E.P.S. es la responsable del pago hasta la entrega del concepto; y que, en todo caso, la orden debe estar limitada hasta el día 540.

Conforme a lo anterior, solicita se declare improcedente la acción de tutela.

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES:**

La vinculada allegó contestación el 07 de noviembre de 2023, en la que manifiesta que, la acción de tutela es improcedente por no cumplir el principio de subsidiariedad.

Que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para dirimir conflictos de carácter económicos, como lo es el reconocimiento y pago de incapacidades.

Que en sus funciones no está la del pago de incapacidades.

Por lo anterior, solicita se declare improcedente la acción de tutela.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades, dadas las particularidades del caso concreto? En caso positivo (ii) ¿La **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**, la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** y/o el empleador **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud de la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ÁREVALO**, al negarle el pago de las incapacidades comprendidas entre el 23 de agosto de 2023 y el 02 de noviembre de 2023?

### MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

### PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES<sup>1</sup>

La acción de tutela tiene carácter residual, y procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad *“reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*<sup>2</sup>.

En la Sentencia T-530 de 2017, la Corte Constitucional dijo al respecto:

---

<sup>1</sup> Sentencia T-008 de 2018

<sup>2</sup> Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

*“La acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.*

*La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable”<sup>3</sup>.*

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital<sup>4</sup>.

En la Sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

*“...esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, 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”.*

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la Sentencia T-468 de 2010:

*“Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar”.*

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se

<sup>3</sup> Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

<sup>4</sup> Sentencia T-140 de 2016.

encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por la Corte en la Sentencia T-182 de 2011:

*“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional...”.*

En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

## **RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN<sup>5</sup>**

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, 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 parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las **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

---

<sup>5</sup> Sentencias T-401 de 2017 y T-246 de 2018

*consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento”.*

Ahora bien, respecto de las incapacidades expedidas a partir del día 181, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, establece lo siguiente:

*“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, **la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

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

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 181 días, corren a cargo de la **AFP** a la que está afiliado el trabajador<sup>6</sup>, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 hace alusión a dicho concepto, denota que el objetivo de la norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del Sistema, otorgando un margen de espera que propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad están a cargo de las **AFP**.

---

<sup>6</sup> Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

Desde esta óptica, el concepto de rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea **desfavorable**, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por la **AFP** hasta agotar las instancias del caso<sup>7</sup>.

Así mismo, la AFP 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”*, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. 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.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“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>8</sup>.

No obstante, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado y habersele dictaminado una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál agente debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto **desfavorable** de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del Sistema debe asumir el pago en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado.

---

<sup>7</sup> Sentencia T-419 de 2015.

<sup>8</sup> Sentencia T-920 de 2009.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la Ley, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto **desfavorable** de rehabilitación deben ser asumidas por las **AFP** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia en múltiples ocasiones<sup>9</sup>.

### **RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES LABORALES POSTERIORES AL DÍA 540**

Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante, esto es, cuando el porcentaje oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), 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. Cabe preguntarse entonces ¿qué sucede con el trabajador que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento de valoración, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los 540 días?

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 se encontraban sumidos en desprotección legal 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 legal fue superado con la **Ley 1753 de 2015**, en la que se atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las **EPS** y se determinó como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, la obligación del Gobierno Nacional de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

---

<sup>9</sup> Sentencias T-146 de 2016, T-333 de 2013, T-729 de 2012, y T-920 de 2009.

En el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 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 ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud **ADRES**.

Es oportuno aclarar, que el pago de los subsidios por incapacidad no se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, conforme al texto normativo, lo que quedó en suspenso fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica por parte de las EPS, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por lo tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, 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, 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>10</sup>.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto así:

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 y Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018

### CASO CONCRETO

La señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO** interpone acción de tutela en contra de la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**, por considerar que ha vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y salud, al no haber efectuado el pago de las incapacidades comprendidas entre el **23 de agosto de 2023 y el 02 de noviembre de 2023**.

<sup>10</sup> Sentencia T-246 de 2018.

En atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en este 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.

Se encuentra probado con la documental obrante en el plenario, que la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO** ha sido diagnosticada con: *Contusión de la rodilla; tendinitis rotuliana; trastornos internos de la rodilla, no especificado; trastornos de los discos intervertebrales, no especificado; dolor en la columna dorsal y trastorno mixto de ansiedad y depresión*<sup>11</sup>; patologías en virtud de las cuales le han sido prescritas múltiples incapacidades. Así mismo, está acreditado que la accionante se encuentra afiliada a la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** en calidad de cotizante dependiente, a través del empleador **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**<sup>12</sup>.

La accionante refiere en el escrito de tutela, que es cabeza de familia, que por su estado de salud no puede emplearse, y que no tiene otra fuente de ingresos distinta al pago de las incapacidades, con las cuales solventa los gastos de su recuperación y los de su familia; manifestación no fue desconocida ni desvirtuada por la accionada ni por las vinculadas.

Lo anterior, en criterio del Despacho, satisface el requisito de subsidiariedad, toda vez que se comprueba la afectación del mínimo vital, en tanto las incapacidades que reclama la accionante constituyen la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y, por ende, los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni eficaces.

En ese orden, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo, así:

(i) De conformidad con el certificado de incapacidades expedido por la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**<sup>13</sup>, se tiene que a la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO** le han sido generadas incapacidades continuas desde el **09 de diciembre de 2020** hasta el **02 de noviembre de 2023**, por los diagnósticos: S800, M765, M255, M238, M239, M705, M688, F419, M797, M519, R522, M544, M546, M752, MT51, M513, M511, F412, R521, M545 y S342<sup>14</sup>.

(ii) No se encuentra en discusión el pago de las incapacidades generadas en los primeros 540 días, sino el pago de las incapacidades comprendidas entre el **23 de agosto de 2023** y el **02 de noviembre de 2023**, cuyos soportes fueron aportados por la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO** y se relacionan a continuación:

<sup>11</sup> Página 7 del archivo pdf 01AcciónTutela

<sup>12</sup> Páginas 36 a 54 ibidem

<sup>13</sup> Páginas 10 a 16 del archivo pdf 14RespuestaRequerimientoFamisanar

<sup>14</sup> Tabla de Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud - Décima Revisión (CIE-10) Consultado en: <https://web.sispro.gov.co/WebPublico/Consultas/ConsultarDetalleReferenciaBasica.aspx?Code=CIE10>

# Incapacidad	Fecha Inicial	Fecha Final	Días Otorgados	Diagnostico	Folio
No se informa	23/08/2023	11/09/2023	20	M511 -TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA	8 - PDF01
No se informa	12/09/2023	26/09/2023	15	M511 -TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA	9 - PDF01
No se informa	27/09/2023	3/10/2023	7	M511 -TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA	10 - PDF01
No se informa	4/10/2023	13/10/2023	10	M511 -TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA	11 - PDF01
No se informa	14/10/2023	23/10/2023	10	M511 -TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA	12 - PDF01
No se informa	24/10/2023	2/11/2023	10	M511 -TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA	13 - PDF01

(iii) La **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** sostiene que, no está obligada a realizar el pago de dichas incapacidades, por cuanto no existe un pronóstico favorable de rehabilitación.

(iv) La **ADRES** manifestó que, no se encuentra dentro de sus funciones la de realizar el pago de incapacidades.

(v) La **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** informó que, las incapacidades posteriores al día 540 han sido reconocidas al empleador **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** y, como soporte de ello, allegó un certificado de incapacidades<sup>15</sup> en donde se observa:

# Incapacidad	Fecha Inicial	Fecha Final	Días Otorgados	Diagnostico	Estado
9832643	23/08/2023	11/09/2023	20	M511	Cuenta de cobro
9883883	12/09/2023	26/09/2023	15	M511	Pagada
9900601	27/09/2023	3/10/2023	7	M511	Cuenta de cobro

Igualmente, precisó que, la incapacidad No. 9900601, del 27 de septiembre al 03 de octubre de 2023, fue pagada a **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** el 01 de noviembre de 2023, por valor de \$270.667, y aportó el siguiente comprobante<sup>16</sup>:

Se gestionan para pago:

Nombre: ACCIONES Y SERVICIOS S.A.  
 Identificación: 800162612  
 Forma de pago: Transferencia  
 Banco Bancolombia S.A.  
 Cuenta: XXXXXX6655504

Fecha de pago: 01/11/2023

Incapacidad/licencia	total
No.	
9900601	\$ 270,667.00
Total	\$ 270,667

<sup>15</sup> Páginas 15 a 16 del archivo pdf 14RespuestaRequerimientoFamisanar

<sup>16</sup> Páginas 03 a 04 ibidem

No obstante, la E.P.S. no hizo referencia a las incapacidades del 04 al 13 de octubre de 2023; del 14 al 23 de octubre de 2023; ni del 24 de octubre al 02 de noviembre de 2023.

(vi) Por su parte, **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** manifestó que, la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** le ha pagado los siguientes valores por las incapacidades<sup>17</sup>:

Fecha Inicial	Días	Valor
8/07/2023	4	154.667
14/07/2023	30	1.160.000
13/08/2023	10	386.667
12/09/2023	15	580.000
30/05/2023	2	77.333
19/12/2023	5	166.666
<b>TOTAL</b>	<b>66</b>	<b>2.525.333</b>

Precisó que, dichos valores ya fueron pagados a la trabajadora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO** en la nómina del mes de octubre de 2023 y, como prueba allegó el siguiente comprobante de nómina:

ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S.				
NIT: 800162612				
Comprobante Historico De Pago				
KRINCONG		COMPROBANTE:		1
LOCALIDAD: 1 BOGOTA		PAGINA:		1 de 1
constanc.is DEL MES DE OCTUBRE DE 2023		FECHA:		2023-10-30
EMPLEADO: 1570745 GAMEZ AREVALO VIVIAN ZUJEY		HORA:		19:06:19
SALARIO: \$1.160.000.00		C. COSTOS:		COLP. RED MULTIBANCA(BTA)(A&S)(C-
CARGO: 999999 99 GRADO-CARGO SIN HOMOLO		SUCURSAL:		9999 SUCURSAL VIRTUAL
ENT. FINANCIERA: 19 BANCO COLPATRIA		NUMERO CUENTA:		0712074073
TIPO CUENTA: AHORRO				
CONCEPTO	UNIDADES	DEVENGOS	DESCUENTOS (DE LEY O AUTORIZADOS)	SALDO PRESTAMOS
98 INCAPACIDAD MAYOR A 540 DIAS	66 DIA	2,525,333.00		
3010 APORTE SALUD (Famisanar Ltda. Cafam -	4 %		101,100.00	
3020 APORTE PENSION (Protección S.A.)	4 %		101,100.00	

Sin embargo, la empresa **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** tampoco se pronunció respecto de las incapacidades del 04 al 13 de octubre de 2023; del 14 al 23 de octubre de 2023; ni del 24 de octubre al 02 de noviembre de 2023.

(vii) Conforme lo anterior, se encuentra probado que la incapacidad del 12 al 26 de septiembre de 2023 ya fue pagada a la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO**, por valor de \$580.000, en la nómina del mes de octubre de 2023.

Por lo tanto, frente a esta incapacidad el hecho vulnerador fue superado y la pretensión ya se encuentra satisfecha. En ese sentido, la acción de tutela pierde eficacia e inmediatez y, por ende, su justificación constitucional, por lo que habrá de declararse la carencia actual de objeto por hecho superado frente a la incapacidad del 12 al 26 de septiembre de 2023.

<sup>17</sup> Página 03 del archivo pdf 09AlcanceContestacionAccionesy Servicios

(viii) Si bien la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** manifiesta y prueba que la incapacidad del 27 de septiembre al 03 de octubre de 2023 ya fue pagada a **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** el 01 de noviembre de 2023, lo cierto es que el empleador no aportó prueba alguna con la que demuestre que el pago haya sido efectivamente transferido a la accionante.

En ese sentido se tiene que, las incapacidades del 23 de agosto al 11 de septiembre de 2023; del 27 de septiembre al 03 de octubre de 2023; del 04 al 13 de octubre de 2023; del 14 al 23 de octubre de 2023; y del 24 de octubre al 02 de noviembre de 2023, no han sido pagadas a la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ÁREVALO**.

(ix) Estando probado que dichas incapacidades superan el día 540 y que el diagnóstico por el cual han sido expedidas es de origen común, es por lo que su pago corresponde a la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** con recobro a la **ADRES**, conforme el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

No obstante, debe recordarse que, conforme el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, es el empleador **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** quien debe adelantar de manera directa el trámite para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general, y que ese trámite en ningún caso puede ser trasladado al afiliado:

***“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”.*

Así las cosas, las incapacidades reportadas por la trabajadora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ÁREVALO** deben ser cubiertas de manera directa por el empleador **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, en la misma periodicidad con la que paga la nómina, independiente de los trámites administrativos que el empleador deba realizar para obtener el reembolso a que haya lugar ante la E.P.S.

Sin embargo, en este caso no está probado que **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** hubiera pagado las incapacidades en las nóminas de agosto, septiembre y octubre de 2023, y esa omisión es una clara vulneración del derecho fundamental a la seguridad social de la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ÁREVALO**, por desconocerse sin justificación lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

(x) Ahora bien, respecto de la pretensión de la accionante dirigida a que el pago de las incapacidades se haga por la E.P.S. directamente a su cuenta bancaria, debe decirse que tal solicitud es improcedente. En primer lugar, por cuanto -como ya se dijo- es el empleador quien debe asumir el pago de manera directa; y, en segundo lugar, por cuanto la E.P.S. recibe las incapacidades, las aprueba y las liquida, pero el pago lo realiza en favor del empleador y no del trabajador directamente.

Al respecto, el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 de 2018, reza:

*Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

***El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a 5 días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.***

*En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.*

Cuando la norma hace referencia a que el pago de las prestaciones se hará directamente al *aportante*, hace alusión a la persona natural o jurídica que realiza los aportes al Sistema de Salud que, para el caso de los trabajadores dependientes, corresponde al empleador.

En conclusión, las incapacidades adeudadas a la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ÁREVALO** deberán ser pagadas por su empleador **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, quien después podrá realizar los trámites administrativos correspondientes para obtener el reembolso ante la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**

Por las razones expuestas, se concederá el amparo y se ordenará a **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** que efectúe el pago a la señora **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO** de las siguientes incapacidades: del 23 de agosto al 11 de septiembre de 2023; del 27 de septiembre al 03 de octubre de 2023; del 04 al 13 de octubre de 2023; del 14 al 23 de octubre de 2023; y del 24 de octubre al 02 de noviembre de 2023.

Se desvinculará a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y salud de **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO**, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** al empleador **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** que en el término de CINCO (05) DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague en favor de **VIVIAN ZUJEY GÁMEZ ARÉVALO** las siguientes incapacidades: del 23 de agosto al 11 de septiembre de 2023; del 27 de septiembre al 03 de octubre de 2023; del 04 al 13 de octubre de 2023; del 14 al 23 de octubre de 2023; y del 24 de octubre al 02 de noviembre de 2023; independiente de los trámites administrativos que el empleador deba realizar para obtener el reembolso a que haya lugar ante la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**

**TERCERO: DECLARAR** la carencia actual del objeto por **HECHO SUPERADO** frente a la incapacidad del 12 al 26 de septiembre de 2023.

**CUARTO: DESVINCULAR** a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**

**QUINTO:** Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día hábil siguiente de su notificación.

La impugnación deberá ser remitida al email: [j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**SEXTO:** En caso de que la sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión. Una vez sea devuelta de la Corte Constitucional, tras haber sido excluida de revisión, archívese.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES  
JUEZ