

**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: 11001-41-05-008-2021-00536-00**

**ACCIONANTE: TAHIR IQBAL**

**ACCIONADAS: E.P.S. FAMISANAR**

**A.F.P. COLFONDOS**

**VINCULADAS: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE  
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES  
COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**

**SENTENCIA**

En Bogotá D.C., a los dieciséis (16) días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por el señor **TAHIR IQBAL**, quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, dignidad humana y salud, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. FAMISANAR** y la **A.F.P. COLFONDOS**.

**RESEÑA FÁCTICA**

Informa la accionante que se encuentra afiliado en la **A.F.P. COLFONDOS** y en la **E.P.S. FAMISANAR**.

Que nació el 3 de agosto de 1967 y actualmente cuenta con 54 años de edad.

Que no se encuentra laborando actualmente.

Que desde el 2018 padece quebrantos de salud a razón de múltiples patologías: *Lumbago no especificado - diagnóstico M545, Trastorno de disco lumbar y otros con radioculopatía - diagnóstico M503, Otras degeneraciones del disco cervical - diagnóstico M503, Síndrome del*

*túnel carpiano - diagnóstico G560, Mialgia M791, TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE, EPISODIO GRAVE PRESENTE CON SÍNTOMAS PSICOTIVOS F-333*, los cuales han sido asistidos y tratados por la **E.P.S. FAMISANAR**.

Que el médico especialista de la **E.P.S. FAMISANAR** lo calificó como un paciente crónico con pronóstico desfavorable.

Que el 24 de marzo de 2021 **SEGUROS BOLIVAR** realizó el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual fue recurrido por un error en la fecha de estructuración.

Que elevó derecho de petición ante **SEGUROS BOLIVAR** en el cual solicitó la corrección de la fecha de estructuración de la invalidez.

Que en respuesta de la petición, **SEGUROS BOLIVAR** informó que el caso fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Que a la fecha, la Junta Regional de Calificación de Invalidez aún no ha programado cita para realizar la nueva calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Que los médicos de la **E.P.S. FAMISANAR** expidieron incapacidades desde el 12 de febrero de 2019 hasta el 17 de julio de 2021, para un total de 903 días.

Que la **E.P.S. FAMISANAR** realizó el pago de las incapacidades correspondientes a 180 días, desde el 12 de febrero de 2019 hasta el 5 de septiembre de 2019.

Que la **A.F.P. COLFONDOS** no ha realizado el pago de las incapacidades correspondientes a partir del día 181 y hasta el día 540, desde el 6 de septiembre de 2019 hasta el 30 de agosto de 2020.

Que la **E.P.S. FAMISANAR** no ha realizado el pago de las incapacidades correspondientes a partir del día 541 y hasta el día 903.

Que las incapacidades pendientes de pago suman en total 750 días, generando una grave afectación a su mínimo vital, dignidad humana y vida, toda vez que atraviesa la tercera edad, vive solo y las ayudas que recibe son de su familia quienes residen en el exterior.

Que es una persona con condiciones especiales de salud y, por consiguiente, requiere de protección especial e inmediata, máxime cuando sus médicos tratantes aseveran que tiene

una discapacidad completa y que depende de otra persona para realizar sus actividades diarias.

Que su condición económica es “*paupérrima*” toda vez que trabaja como independiente y no puede salir a trabajar todos los días por cuanto debe asistir a sus citas médicas.

Por lo anterior, solicita se amparen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene: (i) A la **E.P.S. FAMISANAR** pagar las incapacidades expedidas desde “*el 12 de febrero de 2019 hasta el 05 de septiembre de 2019*”; (ii) A la **A.F.P. COLFONDOS** pagar las incapacidades expedidas desde “*el 06 de septiembre de 2019 hasta el 30 de agosto de 2020*”; (iii) A la **E.P.S. FAMISANAR** pagar las incapacidades expedidas desde “*el 31 de agosto de 2020 hasta el 17 de agosto de 2021*”; y (iv) A la **E.P.S. FAMISANAR** garantizar los procedimientos médicos, exámenes, intervenciones y valoraciones que sean necesarias como parte del tratamiento integral que requiere.

### CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

#### **A.F.P. COLFONDOS S.A.**

La accionada allegó contestación el 6 de septiembre de 2017 en la que manifiesta la necesidad de vincular como litisconsorte necesario a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR**, toda vez que le corresponde asumir los subsidios por invalidez, sobrevivencia, pago de incapacidades y calificación de pérdida de la capacidad laboral en virtud de la póliza previsional.

Que, no existe petición y/o solicitud radicada por el señor **TAHIR IQBAL**, que permita evidenciar un trámite administrativo previo, o en su defecto, una ausencia de respuesta a su solicitud; y que, además, no recibió reporte de incapacidades ni historia clínica del accionante, razón por la cual no fue procedente evaluar el pago.

Que el 24 de mayo de 2021 recibió concepto desfavorable de rehabilitación y que, en consecuencia, el pago de las incapacidades está a cargo de la **E.P.S.**

Que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR** dictaminó una pérdida de la capacidad laboral de origen común en 75,15% con fecha de estructuración el 9 de mayo de 2019.

Que el dictamen no se encuentra en firme por cuanto fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por solicitud del accionante.

Que, de conformidad con el concepto de rehabilitación desfavorable, les corresponde: *(i)* Tramitar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral del accionante a través de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR**; *(ii)* Si el dictamen es inferior al 50% se analizará el reintegro laboral y *(iii)* Si el dictamen fuese superior al 50% se analizará si el accionante cumple los requisitos para ser beneficiario de una pensión por invalidez.

Que, por lo anterior, su rol como **A.F.P.** se limita a efectuar el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral y, corresponde a la **E.P.S.** el pago de incapacidades, teniendo en cuenta el concepto de rehabilitación desfavorable.

Que, en el evento de que fuese procedente el pago del subsidio por incapacidad temporal, debe ser desde el día 181 hasta el día 540 y estará a cargo de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR** a razón de la póliza previsional.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la presente acción de tutela por cuanto no se configura una vulneración de los derechos fundamentales del accionante, y es la E.P.S. quien debe realizar el pago de todas las incapacidades existentes teniendo en cuenta el concepto desfavorable de rehabilitación. En el evento de que se le endilgue el pago de las incapacidades, deberán ser hasta el día 540 y a cargo de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR**.

#### **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**

La vinculada allegó contestación el 7 de septiembre de 2021, en la que manifiesta que el asunto debe ser resuelto por el juez ordinario laboral, pues la acción de tutela no es el mecanismo apropiado para las controversias relacionadas con trámites pensionales.

Que, para la procedencia de la acción de tutela, el accionante debió acreditar la existencia de un perjuicio irremediable y que éste sea imputable a la entidad.

Que suscribió con **COLFONDOS S.A.** una póliza previsional cuya principal cobertura es el pago de la suma adicional para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, así como el pago del subsidio por incapacidad de origen común que se genere después del día 181.

Que en virtud de la póliza previsional, **COLFONDOS S.A.** aportó la documentación necesaria para el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad del señor **TAHIR IQBAL**.

Que una vez analizada la solicitud, se procedió al pago del subsidio por incapacidad con cargo al seguro provisional, a partir del día 181 y hasta el día 540, entre el 3 de septiembre de 2019 y el 27 de agosto de 2020, por valor de \$10.334.888, a través de transferencia electrónica a la cuenta bancaria de la A.F.P., lo cual le fue informado mediante comunicación DNP-COL-6330 el 25 de junio de 2020.

Que, en ese orden, **COLFONDOS S.A.** cuenta con los recursos que se trasladaron por concepto de subsidio por incapacidad, los cuales debieron ser puestos a disposición del señor **TAHIR IQBAL**, una vez radicados los certificados de incapacidad.

Que **COLFONDOS S.A.** le solicitó la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del señor **TAHIR IQBAL**, solicitud que fue satisfecha mediante dictamen del 19 de marzo de 2021, determinando un porcentaje del 74,15% con fecha de estructuración el 9 de mayo de 2019 y origen de enfermedad común.

Que, frente al dictamen el accionante presentó inconformidad y por consiguiente, fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que no ha allegado pronunciamiento.

Que el pago de las incapacidades que reclama el accionante a partir del día 541 se encuentran a cargo de la **E.P.S. FAMISANAR**.

Conforme a lo anterior, solicita ser desvinculada, teniendo en cuenta que no ha vulnerado ningún derecho fundamental y que no es la llamada a realizar el pago del subsidio por incapacidad temporal, toda vez que, ya cumplió con su obligación respecto de las incapacidades anteriores al día 540, y el pago de las incapacidades posteriores al día 541 están a cargo de la **E.P.S. FAMISANAR**.

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

La vinculada allegó contestación el 7 de septiembre de 2021 en la que manifiesta que, no es función suya, sino de la E.P.S., generar el pago de las incapacidades superiores a 540 días, por lo que la vulneración de algún derecho fundamental del accionante se producirá por una omisión no atribuible a la entidad, lo que fundamenta una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Que atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1° del Decreto 2943 de 2013, 41 de la Ley 100 de 1993 y 67 de la Ley 1753 de 2015 que establecen de forma precisa qué entidades

deben asumir el pago de una incapacidad teniendo en cuenta la duración de ésta, es claro que dicha carga legal no está en cabeza de la ADRES.

Por lo anterior solicita su desvinculación, y pide que el Despacho se abstenga de otorgar facultades de recobro a la E.P.S. por los valores de las incapacidades superiores a los 540 días, pues la entidad en virtud de la obligación derivada del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, ha venido girado de manera oportuna un porcentaje mayor de recursos a todas las E.P.S. para que asuman ese tipo de riesgos.

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

La accionada allegó contestación el 8 de septiembre de 2021, en la que informa que, el accionante cuenta con 734 días de incapacidad.

Que emitió concepto de rehabilitación favorable el 27 de mayo de 2019, el cual fue notificado a la **A.F.P. COLFONDOS** el 28 de mayo de 2019.

Que el accionante cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 74.15% y que, por ende, ya debe acceder a la pensión de invalidez.

Que las incapacidades posteriores al día 180 y hasta el día 540 deben ser reconocidas por la **A.F.P. COLFONDOS**.

Que cumplió con liquidar las incapacidades causadas hasta el día 180 y remitió oportunamente a la **A.F.P. COLFONDOS** el concepto de rehabilitación, por ende, no le corresponde realizar el pago de las incapacidades posteriores al día 180.

En cuanto al tratamiento integral, afirmó que al accionante no se le ha negado servicio alguno, sin embargo, imponer la obligación de garantizar el tratamiento integral implicaría que la entidad deba reconocer todos los servicios relacionados con la patología, sin importar la pertinencia de los mismos o si están incluidos dentro de la cobertura del plan de servicios, lo que daría pie a conceder una orden ilimitada e indeterminada sobre la forma en la cual deben ser concedidos los servicios futuros al usuario.

Por lo anterior, solicita se deniegue la acción de tutela, al no existir derecho fundamental vulnerado.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

En concordancia con los antecedentes expuestos, corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de las incapacidades del señor **TAHIR IQBAL**, dadas las particularidades del caso concreto? En caso de ser positiva la respuesta, (ii) ¿La **E.P.S. FAMISANAR**, la **A.F.P. COLFONDOS** y/o la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR**, han vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana del señor **TAHIR IQBAL** al negarle el pago de las incapacidades superiores a los 180 días, así como el pago de las incapacidades superiores a los 540 días?

### 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 (T-008 DE 2018)

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>1</sup>.

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

*“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*

---

<sup>1</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.

*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>2</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>3</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>2</sup> Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

<sup>3</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...”.*

Tales consideraciones fueron reiteradas en las Sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable.

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, SU MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL (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.

### **RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES LABORALES SUPERIORES A 180 DÍAS**

El lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, compete 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. En virtud de dicha disposición “[e]n 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 **E.P.S.**, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

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

*“ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:*

*(...)*

*Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.*

(...)

*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 180 días corren a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones** a la que está afiliado el trabajador<sup>4</sup>, **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.**

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Es necesario enfatizar, que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Éste asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

---

<sup>4</sup> Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del Sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y 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 estuvieran a cargo de las AFP.

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 sin mayor dilación, 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 las AFP hasta agotar las instancias del caso<sup>5</sup>.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones 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 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>6</sup>.

No obstante lo anterior, 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 por la junta de calificación de invalidez y habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por

---

<sup>5</sup> Sentencia T-419 de 2015.

<sup>6</sup> Sentencia T-920 de 2009. Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social.

tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida 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 SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, 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 los fondos de pensiones 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 constitucional en múltiples ocasiones<sup>7</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 para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral 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. 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

---

<sup>7</sup> Sentencia T-268 de 2020, T-146 de 2016, T-004 de 2014, T-333 de 2013, T-729 de 2012, T-920 de 2009.

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.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente 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 referidos 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 incurso 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 que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la **Ley 1753 de 2015**, en la que se atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (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.

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 entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Conforme lo establecido en el Decreto 546 de 2017, y la Circular No. 1 del 31 de julio de 2017, entró en operación a partir del 1º de agosto de 2017.

En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la ADRES, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

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 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>8</sup>.

En conclusión, las **reglas jurisprudenciales y legales** para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común, son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

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

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

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

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

---

<sup>8</sup> Sentencia T-246 de 2018.

| 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 | Fondo de Pensiones         | Artículo 142 del Decreto 019 de 2012   |
| Día 541 en adelante  | E.P.S. con recobro a ADRES | Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015   |

Por último, la Corte Constitucional en Sentencia T-401 de 2017 señaló que la simple **interrupción** de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades.

En efecto, como lo ha reconocido la Corte<sup>9</sup> y el Ministerio de Salud y Protección Social, las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, *“se entiende como prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario”*<sup>10</sup>.

### CASO CONCRETO

El señor **TAHIR IQBAL** interpone acción de tutela en contra de la **E.P.S. FAMISANAR** y de la **A.F.P. COLFONDOS**, por considerar que la omisión en reconocer y pagar las incapacidades que le han sido otorgadas desde el día 181 hasta el día 540 y desde el día 541 hasta el día “903”, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, seguridad social y dignidad humana.

De entrada el Despacho debe señalar, que la acción de tutela es improcedente respecto de las incapacidades que se reclaman por el periodo comprendido entre el 06 de septiembre de 2019 y el 30 de agosto de 2020, esto es, las correspondientes al día 181 y hasta el día 540, toda vez que no se encuentra acreditado el requisito de **inmediatez**.

En efecto, desde el momento en que se configuró el hecho que el accionante considera como vulnerador de sus derechos -06 de septiembre de 2019- y la fecha de presentación de la acción de tutela -03 de septiembre de 2021-, transcurrió un lapso de tiempo considerable, de 2 años, que descarta el carácter apremiante de la solicitud de amparo.

<sup>9</sup> Sentencia T-144 de 2016.

<sup>10</sup> Ministerio de Salud y Protección Social. Conceptos 201511600088971 de 26 de enero de 2015 y 201611601330861 del 7 de julio de 2016.

Frente a ello, la Corte Constitucional en la Sentencia T-182 de 2011 expuso: *“Es claro que aún cuando no existe término de caducidad para el ejercicio de la acción de tutela, uno de los principios jurídicos que la rigen y que determinan su procedibilidad es el de la **inmediatez**. Bajo este contexto, si bien el juez no puede rechazar una tutela al percatarse que ha transcurrido un largo tiempo entre la vulneración del derecho y la interposición de la acción, esta situación sí puede ser relevante para el sentido de la decisión”*.

En este caso se puede advertir, que existió un extenso periodo de inactividad por parte del actor para reclamar las incapacidades adeudadas en los años 2019 y 2020, sin que haya aportado prueba alguna de los motivos por los cuales nunca acudió al recurso de amparo o algún otro mecanismo judicial para la protección de los derechos invocados, así como tampoco presentó razones válidas para justificar su inactividad, pues no identificó circunstancia alguna que le hubiera impedido presentar la acción de tutela previamente.

Ello sin duda descarta la urgencia de la protección solicitada, pues el tiempo durante el cual el actor asumió sus obligaciones económicas sin la prestación cuyo reconocimiento solicita en la tutela, no permite colegir la situación de apremio que faculta al juez constitucional para analizar de fondo la controversia planteada. Por el contrario, una situación de urgencia habría provocado un ejercicio previo de esta acción constitucional o de acciones ordinarias dirigidas a conjurar la eventual vulneración del derecho.

En consecuencia, el Despacho considera que el presente mecanismo de amparo no procede para ventilar las incapacidades generadas en los meses de septiembre de 2019 a agosto de 2020, ya que la controversia legal que plantea la solicitud del accionante para asegurar un derecho de carácter económico debe ser abordado a través de acciones y recursos judiciales previstos por el ordenamiento normativo en la jurisdicción ordinaria laboral.

Ahora bien, en cuanto a las incapacidades generadas entre el 31 de agosto de 2020 y el 17 de julio de 2021<sup>11</sup>, superiores al día 540, encuentra el Despacho que las mismas tampoco cumplen con el requisito de **inmediatez**, pues, desde el momento en que se configuró el hecho que el accionante considera como vulnerador de sus derechos -31 de agosto de 2020- y la fecha de presentación de la acción de tutela -03 de septiembre de 2021-, transcurrió más de 1 año, que descarta el carácter apremiante de la solicitud de amparo.

De igual forma se reitera, existió un extenso periodo de inactividad por parte del accionante para reclamar las incapacidades superiores al día 540 y presuntamente

---

<sup>11</sup> Siendo el 17 de julio de 2021 la última incapacidad comprobada por el accionante; página 65 del pdf *“001.AcciónTutela”*.

adeudadas por la **E.P.S. FAMISANAR**, sin que se haya aportado prueba que demostrara los motivos por los cuales nunca acudió a la tutela o a algún otro mecanismo judicial.

Ahora bien, si se tomara el 17 de julio de 2021<sup>12</sup> como la fecha en que se configuró la vulneración de los derechos fundamentales del señor **TAHIR IQBAL**, la acción de tutela también sería improcedente por cuanto no se acredita el requisito de **subsidiaridad**.

En efecto, en el presente caso no se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del accionante, toda vez que las incapacidades que reclama no constituyen la única fuente de ingreso para satisfacer sus necesidades básicas, dado que, como él mismo afirmó en los hechos, recibe ingresos adicionales a través de su trabajo como independiente “*vendiendo ropa*”.

A efectos de corroborar tal afirmación, el Juzgado procedió a consultar el Registro Único Empresarial y Social – RUES, evidenciando que el señor **TAHIR IQBAL** figura con Matrícula Mercantil No. 700.101.777-7 y es propietario del establecimiento de comercio “*ABDULAH FASHION*” el cual se encuentra ubicado en la “*CR 15 NO. 79 70 LC 202*” en la ciudad de Bogotá. Aunado a ello, en el mismo documento se evidencia que la matrícula fue renovada el 30 de marzo de 2021 y que, reporta un capital activo de \$87.800.000.

Por esta razón, en este caso específico, los mecanismos ordinarios de defensa resultan idóneos y eficaces, tornando improcedente la acción de tutela.

Con todo, del análisis de las pruebas aportadas, encuentra el Despacho que la reclamación del señor **TAHIR IQBAL** no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

(i) De conformidad con el historial de incapacidades aportado por la **E.P.S FAMISANAR**<sup>13</sup>, el accionante presentó incapacidades continuas e ininterrumpidas desde el 12 de febrero de 2019 hasta el 18 de marzo de 2021<sup>14</sup>.

(ii) Posteriormente, se generaron incapacidades desde el 19 de marzo hasta el 16 de julio de 2021<sup>15</sup>.

(iii) La **E.P.S. FAMISANAR** emitió el concepto de rehabilitación con pronóstico favorable<sup>16</sup> el 27 de mayo de 2019. No obstante, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.** el 19 de

---

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Página 32 del pdf “013.ContestaciónFamisanar”

<sup>14</sup> Páginas 32 y 33 Ibidem

<sup>15</sup> Página 62 a 65 del pdf “001.AcciónTutela”

<sup>16</sup> Páginas 34 y 35 del pdf “ContestaciónFamisanar”

marzo de 2021 emitió el dictamen de pérdida de la capacidad laboral con un porcentaje del 75,15% y con fecha de estructuración el 5 de mayo de 2019<sup>17</sup>, el cual no está en firme.

(iv) No se advierte por parte del Despacho que haya existido negación en el pago de las incapacidades causadas entre el 06 de septiembre de 2019 y el 30 de agosto de 2020, máxime cuando así lo afirma la accionada **COLFONDOS S.A.** en la contestación al manifestar que *“a la fecha no existe derecho de petición o solicitud radicada por parte del accionante que indique existencia de trámite administrativo previo o ausencia de respuesta a su solicitud...”*.

(v) Tampoco se advierte por parte del Despacho que haya existido negación en el pago de las incapacidades causadas entre el 31 de agosto de 2020 y el 17 de julio de 2021.

En ese orden de ideas, se declarará improcedente la acción de tutela respecto de la pretensión relativa al pago de las incapacidades posteriores al día 180 y al día 540.

Por último, le compete al Despacho verificar si en el caso bajo examen se acreditan los requisitos que permiten otorgar *“la continuidad e integralidad en el tratamiento médico”*.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente<sup>18</sup>, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento integral, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución<sup>19</sup>.

En el caso concreto, encuentra el Despacho que la pretensión de la continuidad e integralidad en el tratamiento médico solicitado por el accionante no está llamada a prosperar, pues ni de las pruebas obrantes en el expediente, ni de lo dicho por las partes, se advierte que exista una negación a consultas, procedimientos o medicamentos, por lo

---

<sup>17</sup> Páginas 14 a 31 Ibidem.

<sup>18</sup> Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

<sup>19</sup> Sentencia T-092 de 2018.

que no es posible conceder el amparo invocado a partir de suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales.

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: NEGAR POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela presentada por el señor **TAHIR IQBAL** en contra de la **E.P.S. FAMISANAR** y de la **A.F.P. COLFONDOS**, y en donde fueron vinculadas la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES** y la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**, conforme las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** la solicitud de *“la continuidad e integralidad en el tratamiento médico”*, conforme las razones expuestas en esta providencia.

**TERCERO:** 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.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: [j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**CUARTO:** En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES  
JUEZ