

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
CARRERA 57 No. 43 – 91, PISO 4

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Expediente No.:	11001-33-34-006-2021-00102-00
ACCIONANTE:	MAYID ANTONIO ARIAS GARCIA
ACCIONADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Acción:	TUTELA
Fallo de primera instancia	

Procede el Despacho a emitir fallo dentro de la acción de tutela promovida por el señor **Mayid Antonio Arias García** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS EN QUE SE FUNDA LA ACCIÓN

Los hechos expuestos por el accionante y relevantes para el fondo del asunto, se sintetizan así:

- Indica que es una persona de 57 años de edad con varias patologías, entre ellas, *“tumor maligno del estómago, parte no especificado con Adenocarcinoma Gástricotipo intestinal”*, para lo cual recibió procedimiento quirúrgico *“de Gastrectomía Total paliativa”*, siendo paciente *“semidependiente en ejecución de actividades básicas cotidianas y actividades diarias, con rol laboral interrumpido”*

- Dice que al mes de noviembre de 2020 completó 180 días de incapacidad continua, con lo cual la EPS Famisanar emitió concepto de rehabilitación desfavorable con fecha 16 de noviembre de 2020, el cual fue enviado a COLPENSIONES para que asumiera el pago de las incapacidades mientras se califica la invalidez.

- Por lo anterior, solicitó el pago de las incapacidades médicas ante Colpensiones, quienes mediante comunicación del 3 de marzo de 2021 indicaron que al tener

concepto desfavorable no era posible acceder al reconocimiento del subsidio por incapacidad, por lo que lo procedente era solicitar lo más rápido posible la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

- Alude que desde la fecha en que se detectó la enfermedad el médico tratante ha emitido incapacidades, por lo que a la fecha, lleva 4 meses sin recibir el pago de las incapacidades, esto es, desde el 14 de noviembre al 13 de diciembre de 2020, del 28 de diciembre al 26 de enero de 2021, del 27 de enero de al 25 de febrero de 2021 y del 26 de febrero al 26 de marzo de 2021.

- Dice que ha radicado certificados de incapacidades ante la EPS Famisanar, sin embargo, la misma le indica que quien debe cancelarlas es COLPENSIONES.

- Menciona que el 28 de enero de 2021 radicó el formulario y los documentos solicitados para la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

## **2. PRETENSIONES**

Solicita el accionante que se le protejan los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital e igualdad. Como consecuencia de lo anterior pretende:

*“1. Se tutelen los derechos fundamentales a la Seguridad social, al mínimo vital e igualdad y Se ordene a la administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, realizar el pago de las incapacidades que el médico tratante me expidió entre el 14 de noviembre del 2020 y el 26 de marzo de 2021, radicadas en FAMISANAR y las que se continúen expidiendo, según las relaciono a continuación y se anexan en copia*

*2. Certificado de incapacidad con fecha de inicio el 14 de NOVIEMBRE de 2020 y finalización el 13 de diciembre de 2020. 30 días*

*a. Certificado de incapacidad con fecha de inicio el 28 de diciembre de 2020 y finalización el 26 de enero de 2021. 30 días*

*b. Certificado de incapacidad con fecha de inicio el 27 de enero de 2021 y finalización el 25 de febrero de 2021. 30 días*

*c. Certificado de incapacidad del 26 de febrero del 2021 y el 26 marzo de 2021. 30 días.*

3. *Se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Se inicie trámite de valoración de pérdida de capacidad laboral u ocupacional por la ARL / ARP del accionante.”*

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue presentada el 18 de marzo de 2021 a través de la plataforma dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura. Por auto del mismo día, mes y año, se admitió la acción de tutela, se dispuso notificar a la entidad accionada, solicitando a la misma un informe sobre los hechos que motivaron la acción y se ordenó vincular a Famisanar EPS en calidad de accionada. Al día siguiente fue notificado el auto admisorio mediante envío de correo electrónico dirigido al Presidente de COLPENSIONES.

## III. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

### ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

- Sobre el pago de las incapacidades menciona que al ser una prestación de carácter económico la acción de tutela se desnaturaliza como quiera que tiene carácter subsidiario y residual.

- Precisa que la Ley establece que el pago de incapacidades a favor del afiliado solo es procedente siempre y cuando exista concepto de rehabilitación favorable lo que no ocurre en el presente caso como quiera que la EPS Famisanar trasladó el concepto de rehabilitación el cual fue desfavorable, razón por la cual no es procedente el pago de las incapacidades, sino la calificación de pérdida de capacidad laboral, el cual ya se surtió en Colpensiones y a la fecha el dictamen DML 4089317 del 10 de febrero de 2021 se encuentra en trámite de notificación a favor del accionante.

- Indica que para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad conforme a la Ley, se hace necesario que el afiliado (i) padezca una enfermedad de origen común; (ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y (iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, iv) que al momento de cumplirse el día 180 se encuentre

afiliado a Colpensiones, y que v) el afiliado tenga cotizaciones a pensión dentro de los 30 días anteriores a la fecha de incapacidad reclamada, supuestos concurrentes que no se cumplen en esta oportunidad.

- Previa referencia al trámite administrativo para el pago de incapacidades, solicita se deniegue la acción de tutela por cuanto las pretensiones son improcedentes en tanto la acción de tutela no cumple con los requisitos del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

- Con escrito radicado el 6 de abril de 2021, la entidad accionada dio alcance a la respuesta a la acción de tutela, reiterando los argumentos de defensa y adjuntando para el efecto los soportes de la notificación del dictamen No. 4089317 al accionante.

### **FAMISANAR EPS S.A.S.**

Por conducto del Gerente Regional Cundinamarca la sociedad accionada contestó la acción de tutela en los siguientes términos:

- Menciona que el señor Arias García se encuentra en estado activo en calidad de cotizante, y cuenta con incapacidades continuas desde el 26 de junio de 2020 al 25 de abril de 2021 para un total de 302 días de los cuales 180 días los cumplió el 24 de diciembre de 2020, el 17 de noviembre de 2020 se emitió concepto desfavorable el cual fue recibido por COLPENSIONES el día 23 de noviembre de 2020, razón por la cual las incapacidades desde el 25 de diciembre de 2020 se encuentran a cargo de COLPENSIONES.

- Precisa que las incapacidades posteriores al día 180 que son las que reclama el accionante, deben ser reconocidas por la Administradora Colombiana de Pensiones hasta el día 540.

- Indica que de acuerdo con la normatividad dispuesta en materia de incapacidades, las Empresas Promotoras de Salud únicamente están obligadas a reconocer y cancelar estas prestaciones hasta el día 180 de incapacidad por una misma patología; a partir del día 181 esta obligación se transfiere a los Fondos de Pensiones; al igual que la remisión a la junta de calificación de invalidez, con el objetivo de determinar el grado de pérdida de la capacidad y si hay lugar a

reconocer mesada pensional por invalidez de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

- Previa referencia de la sentencia T – 140 de 2016, T – 401 de 2017 y T – 199 de 2017 sostiene que la sociedad no está legitimada en la causa para realizar el pago de lo correspondiente a lo que supere 180 días de incapacidad, razón por la que el Despacho debe estarse a lo ordenado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

- Desarrolla un acápite relacionado con la improcedencia de la acción de tutela por no existir vulneración a los derechos fundamentales en el que indica que no se presenta vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno en tanto la sociedad accionada ha cumplido con las obligaciones dentro de sus parámetros y la conducta asumida por Famisanar EPS se ajusta a las disposiciones legales como el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991.

- Sobre el mínimo vital y el principio de inmediatez indica que no se demostró la vulneración al mínimo vital con los documentos aportados. Finalmente, indica que se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva como quiera que las pretensiones no son competencia de Famisanar EPS, también que la acción de tutela es improcedente por no presentarse un perjuicio irremediable e improcedente para solicitudes económicas. Solicita se deniegue el amparo solicitado al no presentarse vulneración de los derechos del accionante.

## IV. CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de esta acción según lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el Decreto 1983 de 2017 “*Por el cual se modifican los artículos [2.2.3.1.2.1](#), [2.2.3.1.2.4](#) y [2.2.3.1.2.5](#) del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.*”

### 2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo planteado por el accionante en el escrito de tutela, corresponde al Despacho establecer si las entidades accionadas vulneraron los derechos

fundamentales a la seguridad social, mínimo vital e igualdad al negar el pago de las incapacidades médicas expedidas por el médico tratante.

### **3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS.**

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, se *“garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*, lo que indica que dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social hay lugar al reconocimiento y pago de las incapacidades originadas por enfermedad común o por enfermedad profesional.

La Corte Constitucional ha enfatizado que la finalidad del reconocimiento y pago de las incapacidades es la de *“soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social”*<sup>1</sup>.

En cuanto al régimen legal, el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, establece que las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Y en tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad está a cargo de los diferentes actores del sistema dependiendo del tiempo en que dure, así:

*“el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador”.*

El artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, señala que el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

---

<sup>1</sup> T - 246 de 2018

En relación con las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, se debe precisar que existe una línea jurisprudencial sólida por parte de la Corte Constitucional que dirimió el debate sobre si su pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación.

En efecto, en sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010, T-401 de 2017 y T-246 de 2018 la Corporación señaló que el pago de dicho subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado independientemente de que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

En sentencia T - 401 de 2017, sobre el concepto favorable la Corte indicó:

*“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”.*

La misma providencia aclaró que el concepto favorable o desfavorable es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de la capacidad para trabajar.

El artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 alude 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”.*

Lo dicho por la Corte Constitucional refiere que el concepto de rehabilitación es una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días con el fin de que el trabajador enfermo pueda recuperarse con tranquilidad y recibir un apoyo.

Así mismo, enfatizó que en el evento en que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación favorable<sup>2</sup> antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le corresponde pagar el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días.

En caso de que antes del día 180 de incapacidad, el concepto sea desfavorable se debe iniciar el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral. De igual forma, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los 180 una vez disponga del concepto favorable, caso en el cual se debe pagar el subsidio equivalente a la incapacidad temporal.

Como consecuencia de lo anterior, pueden ocurrir dos eventos. **El primero:** que en la valoración se determine una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50% caso en el cual se debe reincorporar al trabajador, sin embargo, puede ocurrir que el trabajador no recupere su capacidad laboral y el médico tratante le siga expidiendo incapacidades médicas, las cuales según la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional 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% (Sentencia T - 920 de 2009)

Como regla para el reconocimiento y pago de las incapacidades se trae a colación la siguiente tabla:

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

<sup>2</sup> “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”.

		2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

#### 4. PROCESO DE CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL.

Para definir el estado de invalidez y su consecuente derecho al reconocimiento de la pensión, el legislador ha establecido un procedimiento que debe cumplirse.

En efecto, el Decreto Ley 019 de 2012 señala que las entidades encargadas de determinar en una primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral y calificar el grado y el origen de la invalidez son COLPENSIONES, las Administradoras de Riesgos Laborales, las compañías de seguros y las entidades promotoras de salud.

En el caso de enfermedades de tipo común una vez ocurrido el hecho generador del posible estado de invalidez la EPS debe emitir el concepto de rehabilitación favorable o no antes del día 120 y enviarlo antes del día 150 de incapacidad al fondo de pensiones que se encuentra afiliado el solicitante. Hecha la primera valoración, el inciso 2 del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, señala que si el interesado no está de acuerdo con la calificación realizada, dentro de los cinco días siguientes, podrá acudir a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. De manera excepcional el interesado puede acudir directamente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez tal como lo prescribe el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que la calificación de la pérdida de la capacidad laboral es un derecho que tienen los afiliados al Sistema General de Seguridad Social ya que es el instrumento para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, mínimo vital y seguridad social.

Sobre lo anterior, la sentencia T - 427 de 2018 concluyó:

*“En conclusión, se tiene que el Sistema de Seguridad en Pensiones protege la contingencia de la invalidez originada por un riesgo común, a través del reconocimiento y pago de una prestación pensional en favor de aquellos*

*trabajadores que, como consecuencia de un accidente o enfermedad no provocada, y de origen no laboral, ven afectada su capacidad laboral, y con ello la posibilidad de continuar procurando su auto sostenimiento. Para tal efecto, el legislador ha estructurado un trámite destinado a establecer el estado de invalidez que, en plena garantía del derecho constitucional al debido proceso, permite resolver, de manera definitiva, el porcentaje global de pérdida de capacidad laboral, el origen de dicha contingencia y la fecha de su estructuración, dictamen que se convierte en el soporte de los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social en los términos ya expuestos”.*

## **5. DE LAS PRUEBAS APORTADAS:**

### Por el accionante:

- Copia del certificado de incapacidad en estado negada para el periodo 14 de noviembre de 2020 a 11 de diciembre de 2020, proferido por la EPS Famisanar S.A.S. (Folio 4)
- Copia del certificado de incapacidad en estado negada para el periodo 26 de diciembre de 2020 a 26 de enero de 2021, proferido por la EPS Famisanar S.A.S. (Folio 5)
- Copia del certificado de incapacidad en estado negada para el periodo 27 de enero de 2021 a 27 de enero de 2021, proferido por la EPS Famisanar S.A.S. (Folio 6)
- Copia del certificado de incapacidad del cual no es posible establecer su fecha (Folio 7)
- Copia del oficio de fecha 17 de noviembre de 2020 suscrito por Famisanar EPS y dirigido a COLPENSIONES, por el cual se remite concepto desfavorable de rehabilitación (Folio 8)
- Copia del oficio proferido por COLPENSIONES radicado número BZ2021\_1736564-0532288 de fecha 3 de marzo de 2021, dirigido al accionante mediante el cual se le informa la improcedencia del pago de incapacidades (Folios 9 a 10)
- Copia de la cédula de ciudadanía del accionante (Folio 11)

### Por la accionada:

## **COLPENSIONES**

- Copia del concepto de rehabilitación del afiliado Mayid Antonio Arias (Folios 14 a 15 archivo PDF No. 5)

- Copia del formulario de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional del accionante emitido por COLPENSIONES (Folios 16 a 21 archivo PDF No. 5)
- Copia de la constancia laboral de la señora Malky Katrina Ferro Ahcar (Folios 22 a 33 archivo PDF No. 5)
- Copia del oficio proferido por COLPENSIONES con radicado No. BZ2021\_1736564-0532288 de fecha 3 de marzo de 2021 a través del cual se informó al accionante la negativa del reconocimiento de las incapacidades (folios 34 a 35 archivo PDF No. 5)
- Copia del oficio proferido por COLPENSIONES con radicado No. 2021\_906878 de fecha 23 de marzo de 2021 a través del cual se notificó al accionante el dictamen de pérdida de la capacidad laboral DML4089317 del 10 de febrero de 2021 (Folio 1 archivo PDF No. 6)

#### **FAMISANAR EPS S.A.S.**

- Copia del oficio proferido por Famisanar EPS con radicado No. 79159058-4624929 de fecha 17 de noviembre de 2020 a través del cual se remitió concepto de rehabilitación desfavorable a COLPENSIONES (Folio 1 archivo PDF No. 8)
- Copia del oficio proferido por Famisanar EPS con radicado No. 79159058-4624929 de fecha 17 de noviembre de 2020 a través del cual se remitió concepto de rehabilitación desfavorable a COLPENSIONES (Folio 1 archivo PDF No. 8)
- Certificación de incapacidades del accionante (Folio 12 archivo PDF No. 8)
- Concepto de rehabilitación para AFP (Folios 13 a 14 archivo PDF No. 8)

#### **6. EL CASO CONCRETO**

En el presente asunto pretende el accionante que se ordene a la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** a reconocer y pagar las incapacidades médicas que superan los 180 días proferidas por el médico tratante, y a iniciar el trámite de valoración de pérdida de la capacidad laboral.

Por su parte, las entidades accionadas solicitan se deniegue la acción de tutela por cuanto las pretensiones son improcedentes como quiera que la acción de tutela no cumple con los requisitos del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y por cuanto no se han vulnerado los derechos del accionante.

Previo a abordar el problema jurídico que se ha planteado, el Despacho debe resolver el argumento expuesto por las accionadas relacionado con el requisito de subsidiariedad del presente amparo constitucional.

Debe precisarse que si bien es cierto el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa para la protección de sus derechos, cómo es acudir al Juez Ordinario en su especialidad Laboral y de Seguridad Social o a la Superintendencia Nacional de Salud conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, para reclamar el pago de las incapacidades, el Despacho considera que tales mecanismos no idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos que se reclaman, porque resulta desproporcionado someter al accionante a un proceso judicial que tardaría mucho tiempo en resolverse, máxime si se tiene en cuenta que el señor Arias padece una enfermedad catastrófica (cáncer), lo que hace que sea un sujeto de especial protección constitucional.

Así mismo, el pago del subsidio de incapacidad está relacionado con la subsistencia del accionante y la de su familia, razón por la cual su no reconocimiento puede afectar una garantía constitucional como el mínimo vital. De manera que la presente acción de tutela resulta procedente como mecanismo definitivo en procura de la protección de los derechos fundamentales.

Precisado lo anterior, se observa que al señor Mayid Antonio Arias García el médico tratante le ordenó incapacidades médicas por la patología que padece, sobre los periodos del 14 de noviembre de 2020 hasta el 11 de diciembre de 2020; del 26 de diciembre de 2020 hasta el 26 de enero de 2021; del 27 de enero de 2021 hasta el 25 de febrero de 2021; y del 26 de febrero hasta el 26 de marzo de 2021, sin embargo, el reconocimiento y pago de las incapacidades señaladas fueron negadas por Famisanar EPS S.A.S., bajo el argumento de que superan los 180 días y deben ser tramitadas ante la Administrador de Fondo de Pensiones.

Con ocasión de ello, el accionante acudió a COLPENSIONES, entidad a la que se encuentra afiliado en el sistema de pensiones, con el fin de solicitar el reconocimiento y pago del auxilio por incapacidad, entidad que mediante oficio No. BZ2021\_1736564-0532288 del 3 de marzo de 2021, negó su pago bajo la consideración de que al haberse proferido concepto de rehabilitación desfavorable, ello impide tener acceso al reconocimiento del subsidio por incapacidad.

El Despacho debe señalar que en el presente asunto si bien el accionante pone a consideración del Despacho las incapacidades otorgadas por el médico tratante superiores al día 180, de una revisión del expediente se observa que conforme a la certificación de incapacidades allegada por la EPS Famisanar, se han emitido las siguientes:

<b>Inicio</b>	<b>Fin</b>	<b>Número de Certificados</b>	<b>Total días</b>
26-06-2020	25-07-2020	1	30
27-07-2020	15-08-2020	1	20
16-08-2020	14-09-2020	1	30
15-09-2020	14-10-2020	1	30
15-10-2020	13-11-2020	1	30
14-11-2020	08-12-2020	1	25
09-12-2020	11-12-2020	1	3
12-12-2020	21-12-2020	1	10
23-12-2020	27-12-2020	1	5
28-12-2020	26-01-2021	1	30
27-01-2021	25-02-2021	1	30
26-02-2021	26-03-2021	1	29
27-03-2021	25-04-2021	1	30
		<b>TOTAL</b>	302

La anterior relación de incapacidades pone en evidencia una circunstancia especialísima dentro de la presente acción de tutela, y es que se había partido de una premisa equivocada por parte del accionante, pues en los hechos del escrito manifestó que las incapacidades que no se habían cancelado eran las superiores al día 180, que serían desde el 14 de noviembre de 2020, sin embargo, del cálculo que realizó el Despacho conforme a la certificación suministrada por Famisanar, las superiores a los 180 días no inician en esa fecha (14-11-2020), pues a ese día suman tan solo 140 días, faltando 40 días más, es decir, que los 180 días de incapacidades **terminan el 18 de diciembre de 2020**.

En relación con ese periodo, se encuentra acreditado que se realizaron pagos de las incapacidades hasta el día 13 de noviembre de 2020, sin embargo, para los periodos del 14 de noviembre de 2020 hasta 8 de diciembre de 2020; 9 de

diciembre de 2020 hasta 11 de diciembre de 2020 y del 12 de diciembre de 2020 hasta 21 de diciembre de 2021 Famisanar reporta que su estado es “*Cuenta de cobro*” lo que quiere decir que no se ha procedido a su pago, reiterándose por parte del Despacho que conforme al marco normativo y jurisprudencial expuesto, el pago de las incapacidades generadas del **día 3 al día 180** se encuentran en cabeza de la respectiva EPS a la que se encuentre afiliado el usuario, que en este caso es Famisanar EPS S.A.S..

Bajo ese entendido, se precisa que si bien las pretensiones de la acción de tutela están dirigidas respecto de COLPENSIONES y el pago de las incapacidades superiores al día 180, esa circunstancia no es óbice para que el Juez de tutela al evidenciar una vulneración de derechos se sustraiga del deber de librar órdenes judiciales tendientes a la protección de los derechos fundamentales.

Por esa razón, al encontrarse probado que Famisanar EPS S.A.S., no ha procedido con el pago de la totalidad de las incapacidades que por disposición legal le corresponde, esto es, de los días 3 a 180, el Despacho considera pertinente ordenar al Presidente de dicha EPS, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia proceda a pagar al señor Mayid Antonio Arias García el subsidio por incapacidad que se encuentra en estado de “*cuenta de cobro*”, esto es, para los periodos del 14 de noviembre de 2020 al 8 de diciembre de 2020; del 9 de diciembre de 2020 hasta el 11 de diciembre de 2020; y desde el 12 de diciembre de 2020 hasta el 18 de diciembre de 2020, última fecha en la que terminan los 180 días que por disposición legal le corresponden.

Ahora bien, en lo que respecta a las incapacidades superiores al día 180 resulta pertinente indicar que el argumento expuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para sustraerse del reconocimiento y pago del subsidio solicitado por el accionante no son de recibo para el Despacho, pues como se expuso en el marco jurídico de la presente sentencia, la existencia de un concepto desfavorable no impide que los fondos de pensiones paguen los subsidios de incapacidad que son de su competencia.

Precisamente, el debate expuesto por COLPENSIONES en relación con el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 fue objeto de pronunciamiento en varias sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional, como es el caso de la T - 401 de 2017, en la que se señaló:

*“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 sobre la 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.*

(...)

**25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación 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**. (Negrillas y subrayas del Despacho)

En el mismo sentido, con anterioridad, en la sentencia T - 144 de 2016, la referida Corporación interpretó que ante la existencia de un concepto favorable o no, impone a la administradora del fondo de pensiones la remisión del afiliado a la junta de calificación de invalidez, con el fin de que se califique la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer o no la pensión de invalidez o en su defecto, reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.

De manera que el concepto de rehabilitación ha sido interpretado como una condición que admite la ampliación del término de las incapacidades superados los 180 días por 360 días más, con el fin de que el paciente pueda recuperarse bajo la existencia de un ingreso.

Así las cosas, en el presente asunto observa el Despacho que el concepto de rehabilitación desfavorable no emerge como un argumento capaz de limitar el pago de las incapacidades a partir del día 180, pues precisamente propende por salvaguardar las garantías de quien por una situación de salud ha perdido o se ha

visto limitada su capacidad laboral y, por ende, sus ingresos económicos, razón por la cual se estima que la entidad accionada COLPENSIONES vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital del accionante.

Por lo anterior, el Despacho ordenará al Presidente y a la Directora de Medicina Laboral de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia proceda a pagar al señor Mayid Antonio Arias García el subsidio por incapacidad desde el 19 de diciembre de 2020 hasta el 21 de diciembre de 2020; del 23 de diciembre de 2020 hasta el 27 de diciembre de 2021; del 28 de diciembre de 2020 hasta el 26 de enero de 2021; del 27 de enero de 2021 hasta el 25 de febrero de 2021; del 26 de febrero hasta el 26 de marzo de 2021 y del 27 de marzo de 2021 hasta el 25 de abril de 2021, conforme a la certificación de incapacidades remitida por Famisanar EPS S.A.S..

Ahora, en lo que tiene que ver con la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del accionante, se encuentra acreditado que la entidad accionada – COLPENSIONES – procedió a realizarla lo cual se acredita con el formulario de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional allegado y que obra a folios 16 a 21 del archivo 3 PDF, en el que se observa como concepto final:

<i>“Pérdida de capacidad =</i>	<i>TITULO I +</i>	<i>TITULO II</i>	<i>=</i>	<i>Valor final</i>
<i>laboral</i>	<i>(Valor Final Ponderada)</i>	<i>(Valor final)</i>		
	<i>41.38</i>	<i>18.80</i>		<i>60.18</i>

*FECHA DE ESTRUCTURACIÓN: 30/062020.*

*(...)*

*ORIGEN: COMÚN”*

Así mismo, se encuentra acreditado que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral DML4089317 del 10 de febrero de 2021 fue notificado a través de mensaje de correo electrónico dirigido a la dirección suministrada por el accionante [mayidarias@yahoo.com](mailto:mayidarias@yahoo.com) el día 26 de marzo de 2021 a la hora de las 9:29, tal como fue acreditado con el acuse de recibo allegado con los oficios remitidos al correo del Despacho por parte de COLPENSIONES el día 6 de abril de 2021 (Folios 29 y 30 archivo 6 PDF y folios 1 a 2 del archivo 7 PDF).

Lo anterior indica que el derecho a la calificación de pérdida de la capacidad laboral no fue conculcado por la entidad accionada, en tanto, se logró acreditar que se valoró al accionante, se dictaminó su pérdida de capacidad, su origen y la fecha de su estructuración, razón por la cual no se librarán órdenes judiciales a la entidad accionada.

Finalmente, se precisa que frente al derecho a la igualdad no se acreditó que la entidad hubiera dado un trato distinto al accionante en relación con otros casos similares.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: AMPÁRASE** el derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social del señor **MAYID ANTONIO ARIAS GARCÍA**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: ORDÉNASE** al Presidente de Famisanar EPS S.A.S., que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia proceda a pagar al señor Mayid Antonio Arias García el subsidio por incapacidad que se encuentra en estado de “*cuenta de cobro*”, esto es, para los periodos del 14 de noviembre de 2020 al 8 de diciembre de 2020; del 9 de diciembre de 2020 hasta el 11 de diciembre de 2020; y desde el 12 de diciembre de 2020 hasta el 18 de diciembre de 2020, conforme a la certificación de incapacidades obrante en el expediente. Dentro del mismo término se deberá acreditar el cumplimiento de la orden ante este Despacho.

**TERCERO: ORDÉNASE** al Presidente y a la Directora de Medicina Laboral de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia proceda a pagar al señor Mayid Antonio Arias García el subsidio por incapacidad desde el 19 de diciembre de 2020 hasta el 21 de diciembre de 2020; del 23 de diciembre de 2020 hasta el 27 de diciembre de 2021; del 28 de diciembre de 2020 hasta el 26 de enero de 2021; del 27 de enero de 2021 hasta el 25 de febrero de

2021; del 26 de febrero hasta el 26 de marzo de 2021 y del 27 de marzo de 2021 hasta el 25 de abril de 2021, conforme a la certificación de incapacidades remitida por Famisanar EPS S.A.S., y a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. Dentro del mismo término se deberá acreditar el cumplimiento de la orden ante este Despacho.

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** a las partes por correo electrónico.

**QUINTO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la decisión no sea impugnada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MAYFREN PADILLA TELLEZ**  
**JUEZ**

*RHGR*

*Firmado Por:*

*MAYFREN PADILLA TELLEZ*

*JUEZ*

*JUEZ - JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ, D.C.-SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C.,*

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**9c202b01ec43e1c8734fa5d99942d29709d73867b04cac3a1c7ffe118**  
**82e5142**

Documento generado en 09/04/2021 10:32:15 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**