JUZGADO NOVENO (9°) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., tres (03) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Acción de tutela
Radicación	11001-33-35-009-2021-00117-00
Demandante	ENRIQUE FERNÁNDEZ PÁEZ
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES, COMPENSAR EPS Y HOTEL VIRREY PARK S.A.S.
Asunto	FALLO

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela impetrada por el señor **Enrique Fernández Páez**, en nombre propio, contra la **Administradora Colombiana de Pensiones– Colpensiones, Compensar EPS y** el **Hotel Virrey Park S.A.S.**

ANTECEDENTES

1. Petición

El señor Enrique Fernández Páez, en ejercicio de la acción de tutela, solicita el amparo por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y la igualdad, según los hechos narrados en la acción, que estima vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones–Colpensiones, Compensar EPS y el Hotel Virrey Park S.A.S., para lo cual pretende:

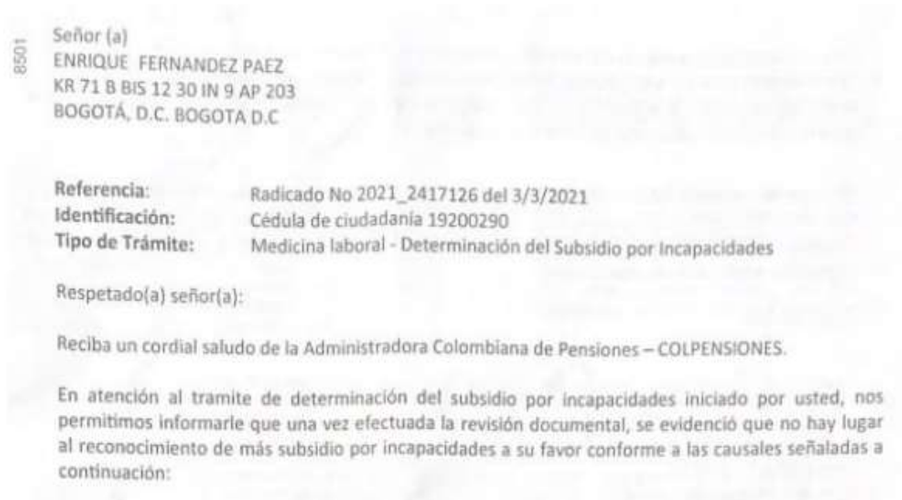
> *"Se ordene a quien corresponda (COLPENSIONES, EPS O EMPLEADOR) de manera inmediata CANCELAR MIS INCAPACIDADES MEDICAS desde el mes de febrero de 2021 a la fecha y las que se generen con posterioridad."*

2. Situación fáctica

El accionante fundamenta la acción de tutela en los siguientes hechos relevantes:

> *"1. Ingrese a trabajar al Hotel Virrey Park S.A.S., el día 01 de agosto de 2009 en el cargo de jefe de mantenimiento, fecha a partir de la cual desempeñe mis funciones a cabalidad hasta el día 29 de octubre de 2019, cuando a raíz de un accidente de trabajo presenté un sangrado en el cerebro, por el cual fui hospitalizado e intervenido quirúrgicamente de manera inmediata debido a la gravedad de mis lesiones cerebrales; una vez salí de la cirugía de "alto riesgo" pero con vida gracias a Dios; fui incapacitado por periodos consecutivos hasta completar un lapso de cinco meses y diez días; y después de ser valorado por el médico tratante, este dispuso que ya podía regresar a laborar pero en un trabajo diferente al que desempeñaba antes del accidente, pero con posterioridad seguí siendo incapacitado y a la fecha continúo incapacitado.*
>
> *2. El día 15 de octubre del año 2021 se radicó en COLPENSIONES la solicitud de compensar de CONCEPTO DE REHABILITACION GENERAL (radicado # 2020-10399014 con 17 anexos entre historias clínicas, conceptos médicos e incapacidades).*
>
> *3. El día 17 de marzo de 2021 recibí respuesta de COLPENSIONES donde me niegan*

el pago de mis incapacidades así:



8501

Señor (a)
ENRIQUE FERNANDEZ PAEZ
KR 71 B BIS 12 30 IN 9 AP 203
BOGOTÁ, D.C. BOGOTA D.C

Referencia: Radicado No 2021_2417126 del 3/3/2021
Identificación: Cédula de ciudadanía 19200290
Tipo de Trámite: Medicina laboral - Determinación del Subsidio por Incapacidades

Respetado(a) señor(a):

Reciba un cordial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

En atención al tramite de determinación del subsidio por incapacidades iniciado por usted, nos permitimos informarle que una vez efectuada la revisión documental, se evidenció que no hay lugar al reconocimiento de más subsidio por incapacidades a su favor conforme a las causales señaladas a continuación:

4. Ni la empresa HOTEL VIRREY PARK S.A.S., ni COLPENSIONES, ni la EPS me han vuelto a consignar mi salario desde el mes de enero del presente año, afectando gravemente mi mínimo vital y el de mi esposa, ya que vivo solo con mi esposa CECILIA BOYACA DIAZ quien también es persona de la tercera edad y depende de mí exclusivamente. (…)"

3. Actuación procesal

Mediante Auto del 21 de abril de 2021, este Despacho avocó la presente acción de tutela, ordenó notificar a la Administradora Colombiana de Pensiones– Colpensiones, a Compensar EPS y al Hotel Virrey Park S.A.S., remitiéndoles el traslado de la tutela y sus anexos para que ejercieran el derecho de defensa. Como pruebas solicitó información relativa a este asunto.

3.1. La entidad promotora de salud **Compensar EPS**, allegó su contestación a través de apoderado judicial, alegando previamente su falta de legitimación en la causa por pasiva toda vez que las incapacidades solicitadas son superiores a 180 días e inferiores a 540 días, por lo que están a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, bien sea que se obtenga concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

También informó que su área de medicina laboral y de reconocimiento de prestaciones económicas relaciona respecto del accionante dos (2) periodos de incapacidad desde 12/03/2020 al 29/04/2020, así:

- El primero comprende las fechas del 29/10/2019 al 11/03/2020 por 136 días.
- El segundo entre las fechas del 30/04/2020 al 26/04/2020 por 272 días.

Informó que, por lo anterior, Compensar E.P.S pagó el subsidio por incapacidad temporal de los 136 días iniciales por el primer periodo de incapacidades, y el segundo de los 180 días, es decir, hasta el 24 de enero de 2021; por lo que a Colpensiones le corresponde el pago de incapacidades a partir del día 181, esto es, a partir del 25 de

enero de 2021 en adelante.

Manifestó que la EPS expidió Concepto de rehabilitación el 23 de junio de 2020, el cual se actualizó el 28 de septiembre de 2020, que se generó como consecuencia de la perdida en la prorroga en la expedición de incapacidades de acuerdo con lo contemplado en el Decreto 1333 de 2018, observándose en su texto que se realiza remisión a AFP para valoración de perdida de la capacidad laboral, de lo cual fue notificado Colpensiones el 30 de septiembre de 2020.

Concluye solicitando su desvinculación alegando que no es Compensar EPS la llamada a resolver dicha pretensión, toda vez que de conformidad con la normatividad legal vigente y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dicha obligación se encuentra a cargo del fondo de pensiones, destacando que la EPS emitió concepto de rehabilitación integral, por lo que corresponde a Colpensiones pagar las incapacidades superiores al día 180, tal como se desprende de una lectura cuidadosa del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

3.2. La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, contestó la tutela a través de la Dirección de Acciones Constitucionales de la entidad, así:

Informó al Despacho que el día 03 de marzo de 2021, el señor Enrique Fernández Páez, radicó petición de subsidio por incapacidades ante esa administradora de pensiones, ante lo cual la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones emitió el oficio BZ 2021_2417126-0677980 del 17 de marzo de 2021 en el que comunica al accionante lo siguiente:

No. de Radicado, 2021_4639539 - 2021_4639471

En atención al tramite de determinación del subsidio por incapacidades iniciado por usted, nos permitimos informarle que una vez efectuada la revisión documental, se evidenció que no hay lugar al reconocimiento de más subsidio por incapacidades a su favor conforme a las causales señaladas a continuación:

CONCEPTO DE REHABILITACION NO FAVORABLE, SOLICITAR CITA DE VALORACION DE PERDIDA CAPACIDAD LABORAL.

Una vez evaluado el caso, se evidenció que la EPS emitió Concepto Desfavorable el 28/09/2020.

Según la causal anterior nos permitimos informarle que:

- **CUANDO EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN ES DESFAVORABLE**

Que, en razón al oficio citado, se dio inició al proceso de calificación por pérdida de la capacidad laboral, dando como resultado el Dictamen No. DML4045554 del 19 de marzo de 2021 que ya se encuentra notificado al accionante y que determinó un porcentaje de perdida de la capacidad laboral de 53,71%.

Por lo enunciado, consideró que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante y solicita se declare la improcedencia de la tutela para el pago de incapacidades, y precisó que el auxilio por incapacidad, tiene por objeto que "el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico", es decir, que esta procede, cuando exista un concepto de rehabilitación favorable, pero si el concepto de rehabilitación es desfavorable, como en el caso del actor, la sentencia T144 de 2016, señaló que "…ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable."

Concluye solicitando se deniegue la acción de tutela contra Colpensiones por considerar las pretensiones improcedentes, como quiera que la tutela en estudio no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como se demostró que la administradora de pensiones no ha vulnerado los derechos reclamos por el accionante y actuó conforme a derecho.

3.3. El **Hotel Virrey Park S.A.S.**, guardó silencio, por lo cual se dará aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[1], teniendo por ciertos los hechos narrados por el tutelante en lo que tienen que ver con la citada sociedad.

4. Pruebas

Como pruebas relevantes, obran en el expediente las siguientes:

4.1. Copia de la cedula de ciudadanía del actor Enrique Fernández Páez identificado con CC 19'200.290, que registra como fecha de nacimiento el **3 de mayo de 1950**[2].

4.1. Historia Clínica del 9 de marzo de 2021, con extracto de evolución general del 23 de febrero de 2021, con el respectivo registro de las incapacidades ordenadas, siendo la última por 60 días comprendidos entre el 26 de febrero y el 26 de abril de 2021[3].

4.2. Reporte de las incapacidades y sus pagos, por el período comprendido entre el 29 de octubre de 2019 y el 26 de abril de 2021 expedido por la Compensar EPS, en la que se registra que dicha entidad promotora de salud cubrió los pagos del auxilio hasta el 24 de enero de 2021, al cumplirse 180 días, por lo que se encuentra pendiente el pago del subsidio de incapacidad desde el día 181, a saber 25 de enero de 2021, hasta el 26 de abril de 2021, último día reportado de

[1] **ARTICULO 20.- Presunción de veracidad.** Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.
[2] Página 7 del archivo "01AccionTutela" del expediente digital.
3 Archivo "02AnexosTutela" del expediente digital.

incapacidad[4].

4.3. Concepto de Rehabilitación Integral emitido el 23 de junio de 2020, por Compensar EPS respecto del accionante, en razón a que las incapacidades superaban los 180 días, y en el que se lee: "*Paciente en manejo interdisciplinario, por lo que se debe esperar a su evolución para definir pronóstico y secuelas definitivas*"[5].

4.4. Nuevo Concepto de Rehabilitación Integral realizado por Compensar EPS al actor, esta vez con fecha 28 de septiembre de 2020, en la que de acuerdo con la evolución expide concepto desfavorable, y su consecuente remisión a la AFP para determinación de la pérdida de capacidad laboral – PCL, describiendo como secuelas alteraciones de memoria y cefaleas de difícil manejo por enfermedad de origen común[6].

4.5. Ante las peticiones del accionante, de reconocimiento y pago de las incapacidades, Colpensiones expidió el Oficio BZ2021_2417126-0677980 del 17 de marzo de 2021, en el que le informó[7]:

"…CONCEPTO DE REHABILITACION NO FAVORABLE, SOLICITAR CITA DE VALORACION DE PERDIDA CAPACIDAD LABORAL.

Una vez evaluado el caso, se evidenció que la EPS emitió Concepto Desfavorable el 28/09/2020. Según la causal anterior nos permitimos informarle que:

- CUANDO EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN ES DESFAVORABLE
(…)

Una vez revisado el concepto de rehabilitación aportado, se observa que el mismo es DESFAVORABLE, lo que impide acceder a la solicitud de reconocimiento del subsidio por incapacidad. Lo procedente, entonces, es solicitar a la mayor brevedad el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, para lo cual deberá aportar la documentación pertinente…"

4.6. Formulario de Dictamen de Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional No. 4045554 del 19 de marzo de 2021, practicado al accionante, en el cual como concepto final se determina una pérdida de capacidad laboral equivalente al 53.71% con fecha de estructuración el 18/03/2021, por la fecha de análisis documental por parte de medicina laboral de Colpensiones. Se precisa que es enfermedad de origen común, degenerativa, progresiva y crónica[8].

4.7. En la constancia de notificación se registra que el 20 de abril de 2021, se le

4 Archivo "14AnexosContestacionTutela5" del expediente digital.
5 Archivo "12AnexosContestacionTutela3" y constancia de remisión a la AFP Colpensiones en archivo "10AnexosContestacionTutela1" del expediente digital.
6 Archivo "13AnexosContestacionTutela4" y constancia de remisión a la AFP Colpensiones el 30/09/2020 en archivo "14AnexosContestacionTutela5" del expediente digital.
7 Archivo "18AnexosContestacionTutela1" del expediente digital, no se anexa constancia de notificación.
8 Archivo "19AnexosContestacionTutela2" del expediente digital.

notificó al señor Enrique Fernández Páez identificado con CC 19200290, el dictamen de pérdida de la capacidad laboral No. DML4045554 del 19/03/2021, lo que el Despacho corroboró directamente con el accionante[9].

CONSIDERACIONES

1. Aspectos generales

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Despacho Judicial para conocer de la presente acción de tutela.

La acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución Política, con la finalidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares en la forma señalada por la ley.

No obstante, la acción de tutela, conforme se ha reiterado, no es un mecanismo capaz de reemplazar las actuaciones rituales preestablecidas, tampoco las desplaza, sino que se trata, por el contrario, y debido a su naturaleza, de una actuación residual, precisamente cuando los afectados estén desprovistos de cualquier otro medio de defensa judicial.

Este remedio extraordinario de protección de los derechos fundamentales de rango constitucional tiene operancia mediante un procedimiento preferente y sumario, con la intervención del aparato jurisdiccional a través de cuyos pronunciamientos deben tomarse las medidas necesarias para su efectiva protección.

2. Problema jurídico

Corresponde determinar si la acción de tutela de la referencia es o no procedente para ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones– Colpensiones, a Compensar EPS y/o al Hotel Virrey Park S.A.S., que reconozcan y paguen al accionante las incapacidades por él reclamadas.

3. De la procedencia de la acción de tutela

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece cuáles son las causales de improcedencia de la tutela, de la siguiente manera:

> *"(…) La acción de tutela no procederá:*
> *1.* ***Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que***

9 Archivo "20AnexosContestacionTutela3" del expediente digital.

aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

2. *Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
3. *Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
4. *Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
5. *Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (…)"* (Negrillas fuera de texto original)

Así, es claro que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces para lograr la protección. De ahí que la tutela no es procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En cuanto a la improcedencia de la acción de tutela, como regla general en relación con actos administrativos particulares y la excepción a esta, la Corte Constitucional en sentencia T- 260 de 2018, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo, indicó:

"(…) 40. Por lo tanto, el juez constitucional debe examinar si se configuran en el caso concreto las características del perjuicio irremediable establecidas en los reiterados pronunciamientos de esta corporación[10], a fin de determinar: (i) que el perjuicio sea inminente, lo que implica que amenace o esté por suceder (ii) que se requiera de medidas urgentes para conjurarlo, que implican la precisión y urgencia de las acciones en respuesta a la inminencia del perjuicio, (iii) que se trate de un perjuicio grave, que se determina por la importancia que el Estado concede a los diferentes bienes jurídicos bajo su protección, y (iv) que solo pueda ser evitado a través de acciones impostergables, lo que implica que se requiere una acción ante la inminencia de la vulneración, no cuando se haya producido un desenlace con efectos antijurídicos; por lo que no puede pretenderse entonces, vaciar de competencia la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativo en busca de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito sobre los procedimientos ordinarios[11]. (…)"

[10] Ver sentencias T-956 de 2013, T-127 de 2014, T-106 de 2017, T-318 de 2017, por ejemplo, en la Sentencia T-318 de 2017 la Corte denegó el amparo del derecho fundamental al debido proceso de las sociedades accionantes en contra de la Contraloría General de la República al considerar que los actos administrativos atacados, proferidos dentro de un proceso de responsabilidad fiscal adelantado en su contra, son susceptibles de ser recurridos tanto en sede administrativa como ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que no logró acreditarse dentro del trámite tutelar la configuración de un perjuicio irremediable. (Cita inter texto original)

[11] Ver sentencias T-1008 de 2012, T-373 de 2015. T-571 de 2015 y T-630 de 2015, por ejemplo, en sentencia T-671 de 2015, la Corte negó el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana y seguridad jurídica de los accionantes, que demandaron al municipio de Santa Cruz de Lórica, en su calidad de servidores públicos del ente territorial accionado a fin de obtener el pago de la prima técnica que fue reconocida y pagada a otros servidores públicos en sus mismas condiciones fácticas, toda vez que no acreditaron dentro del trámite de tutela afectación alguna a su mínimo vital motivo por el cual se concluyó que los accionantes debieron acudir ante el juez natural de la causa para obtener el reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas. (Cita inter texto original)

3.1. Subsidiariedad en materia de reclamación de incapacidades médicas

La Corte Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia T-268/20. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos, precisó que existen eventos en los cuales es posible que el juez de tutela pueda desatar de fondo controversias relacionadas con el reconocimiento de incapacidades médicas, dependiendo de las circunstancias del caso, toda vez que dicha prestación podría ser el único sustento de las personas en situación de discapacidad para garantizar para sí mismos y para su familia un mínimo vital y una vida digna[12].

3.2. De la existencia de un perjuicio irremediable, que haga procedente la acción de tutela de manera excepcional.

El perjuicio irremediable ocurre cuando existe "la posibilidad cierta y próxima de un daño irreversible y cuando el medio ordinario dispuesto no es idóneo y eficaz"[13].

La Corte Constitucional[14] ha establecido que la existencia de un perjuicio irremediable se debe analizar desde la óptica de cuatro elementos, relacionados directamente con la medida a adoptar. Estos elementos son: (i) la urgencia[15], (ii) la inminencia[16], (iii) la gravedad[17] y la (iv) impostergabilidad[18].

4. Sujetos de especial protección

Tratándose de sujetos de especial protección, la Corte Constitucional ha sostenido que el amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente.[19]

Así, la Constitución Política en su artículo 13 establece que "*el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*."

---

[12] También ver las Sentencias T-920 de 2009, T-008 de 2018 y T-246 de 2018 de la Corte Constitucional, entre otras.
[13] Corte Constitucional Sentencia T-318 de 2020, M.P Cristina Pardo Schleiinger.
[14] Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993, magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
[15] Ibidem. "(…) se presenta cuando existe una situación "que amenaza o está por suceder prontamente", y se caracteriza porque el daño se puede desarrollar en un corto plazo, lo que impone la necesidad de tomar medidas rápidas y eficaces con el propósito de evitar la afectación de los derechos fundamentales de quien solicita la protección (…)".
[16] Ibidem. "(…) se identifica cuando en el caso se evidencia la necesidad apremiante de algo que resulta indispensable y sin lo cual se ven amenazadas prerrogativas constitucionales, lo que lleva a que se ejecute una orden pronto para evitar el daño. (…)".
[17] Ibidem. "(…) se identifica cuando la afectación o la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario es enorme y le ocasiona un detrimento en proporción similar y se reconoce por la importancia que el ordenamiento legal le concede a ciertos bienes jurídicos bajo su protección. (…)".
[18] Ibidem. "(…) se determina dependiendo de la urgencia y de la gravedad de las circunstancias del caso concreto, criterios que llevan a que el amparo sea oportuno, pues si se posterga, existe el riesgo de que sea ineficaz (…)".
[19] Sentencia T-282 de 2008 M.P. Dr. Mauricio Gonzáles Cuervo

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores y a todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta se encuentran en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que sus condiciones obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados.[20]

5. Marco normativo y jurisprudencial relacionado con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-161 de 2019, Magistrada Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger, respecto a este asunto precisó que existen tres tipos de incapacidades: *"(…) (i)* ***temporal****, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii)* ***permanente parcial****, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii)* ***permanente (o invalidez)****, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%[21](…)".*

En esa misma providencia, la Corte señaló que las incapacidades según su origen obedecen a dos tipos:

(i) **Por enfermedad de origen laboral:** Con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales y son asumidas y pagadas por las -ARL-, conforme al artículo 1 del Decreto 2943 de 2013; cuyo pago se efectuará *"(…) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente; o (iii) cuando se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50% (…)*"[22]

(ii) **Por enfermedad de origen común:** De conformidad con los Artículos 227 del Código Sustantivo del Trabajo y 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad incide en la remuneración que se perciba durante la vigencia de dicha incapacidad. Es así como, dentro de los primeros 180 días se

[20] Sentencia T-495 de 2010 M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
[21]Sentencia T-920 de 2009, reiterada en sentencias T-468 de 2010, T- 684 de 2010, T- 200 de 2017 y T-161 de 2019, entre otras. (Cita inter texto original)
[22] Al respecto, consultar entre otras, las Sentencias T-490 de 2015, T-693 de 2017, T- 200 de 2017, T-161 de 2019.

> reconocerá el pago de un auxilio económico y en tratándose del día 181 en adelante, se causará el pago de un subsidio de incapacidad.

Respecto de quien debe asumir el pago de incapacidades, este se efectúa conforme la siguiente explicación:

Término	Responsable	Norma que reglamenta
2 primeros días	Empleador	Decreto 2943 de 2013
Del día 3 hasta el día 180	E.P.S.	Decreto 2943 de 2013
Del día 181 al 540	Fondo de Pensiones	Ley 962 de 2005[23]
Del día 541 en adelante	E.P.S.	Ley 1753 de 2015

Con la expedición del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018[24], se reguló el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de la siguiente manera:

> ***"Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días.*** *Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico (…)".*

Ahora bien, en relación con el concepto desfavorable de rehabilitación, debe precisarse que, se ha de atribuir el pago de las incapacidades a la AFP, teniendo en cuenta que la jurisprudencia Constitucional ha señalado que se debe establecer un responsable provisional del pago de las incapacidades cuando no exista certeza de cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe pagarlas.

En efecto, la Corte Constitucional, en la ya referenciada Sentencia T-268/20, explicó:

> *"(…)*
> *44. Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado: "Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia* ***T-920 de 2009****[25] 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%".*[26]
>
> *45. En el mismo sentido, también se ha sostenido que "el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente*

[23] Según la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la E.P.S. Sentencia T-401 de 2017: Se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la E.P.S. no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.
[24] "Por medio del cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016".
[25] Sentencia T-920 de 2009. (Cita inter texto original)
[26] Sentencia T-401 de 2017. (Cita inter texto original)

reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales".[27]

46. Finalmente, en la sentencia ***T-144 de 2016 se dijo:*** *"Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en* ***una pérdida de capacidad laboral del 51.77%****, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001,* ***que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor*** *(…)".*

47. En este caso, el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación expedido por la E.P.S. y adicionalmente, cuenta con calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, por lo que, se ratifica que es Colpensiones quien debe asumir dicha carga prestacional hasta que se surta el trámite definitivo que le reconozca la pensión de invalidez." (Negrillas del texto)

Del recuento Jurisprudencial y normativo anteriormente expuesto, se denotan las reglas mediante las cuales se orienta la atribución del pago de las incapacidades generadas, ya sean por el origen de dicha incapacidad o a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

6. Caso concreto

En el caso objeto de estudio, el señor Enrique Fernández Páez, invoca como vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y la igualdad, por la presunta omisión de reconocimiento y pago de sus incapacidades médicas por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones– Colpensiones, Compensar EPS y el Hotel Virrey Park S.A.S., debiéndose determinar la procedencia de la acción y de las ordenes pretendidas por el actor.

Con base en los parámetros normativos y jurisprudenciales expuestos en los acápites precedentes, y vistas las particularidades del asunto bajo estudio, el Despacho considera que la acción de tutela resulta procedente, ya que si bien en principio el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para pretender el reconocimiento y pago de las incapacidades que alude tener derecho, lo cierto es que ese medio ordinario carece de eficacia para la efectiva salvaguarda de los derechos fundamentales que reclama, dadas las siguientes circunstancias especiales:

(i) El tutelante actuó diligentemente en procura de sus intereses, ya que agotó los mecanismos administrativos que disponía, pues, presentó ante Colpensiones la

[27] Sentencia T-004 de 2014.

respectiva reclamación, la cual fue negada.

(ii) El actor afronta un delicado estado de salud, por cuanto padece hemianopsia homónima izquierda y alteración cognitiva, hipertensión arterial en tratamiento, hipotiroidismo en tratamiento y trastorno del comportamiento.

(iii) Con ocasión de ello, el peticionario fue calificado con pérdida de capacidad laboral del 53.71%, de origen común.

(iv) Según la cédula de ciudadanía, a la fecha de la presente, el actor hoy cumple 70 años de edad, por lo que si bien no es una persona de la tercera edad[28], sí clasifica como adulto mayor, lo que le dificulta emplearse nuevamente, *máxime* porque ya tiene la edad requerida en la Ley para pensionarse.

(v) El demandante sostiene que debido a las enfermedades que padece no puede trabajar y no cuenta con otro medio de sustento, y que su salario era la única fuente de ingresos suya y de su esposa. En aplicación de la presunción de veracidad, se tendrá por cierta tal afirmación, en la medida que las accionadas no se pronunciaron frente a ello.

Por todo ello, es claro que **el actor es un sujeto de especial protección constitucional**, en atención a edad, su delicado estado de salud, su diagnosticada discapacidad y la situación económica por él mencionada, por lo que es imperioso que el Despacho resuelva el asunto de manera definitiva, pues someterlo a las cargas procesales y a los plazos establecidos en la justicia ordinaria para que se desaten de fondo sus pretensiones, podría ser desproporcionado dada las condiciones específicas del accionante, lo que además dilataría la protección efectiva e integral que requiere de su mínimo vital.

Sobre el pago de las incapacidades reclamadas por el actor correspondientes a las causadas a partir del día 181, las que, a la fecha de presentación de la acción de tutela, no superan los 540 días, y como quiera que el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación expedido por la E.P.S. y adicionalmente, cuenta con calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, es evidente que **Colpensiones debe asumir dicha carga prestacional hasta que se**

---

28 Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-015/19, con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, precisó que:" Para *efecto de precisar a qué edad una persona puede catalogarse en la tercera edad, esta Corporación ha acudido a la esperanza de vida certificada por el DANE. Ha asumido que la tercera edad inicia cuando la persona supera la expectativa de vida fijada por aquel organismo público, misma que varía periódicamente. A esta se le conoce como la tesis de la vida probable, que en este caso concreto fue aplicada por el ad quem.*
Durante el periodo comprendido entre 2015 y 2020, conforme el documento titulado "Indicadores Demográficos Según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020" emitido por el DANE, la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico.".

surta el trámite definitivo que le reconozca la pensión de invalidez.

Es importante anotar que, como se pudo verificar con el accionante, y según la respuesta de Colpensiones, el trámite de la citada prestación se encuentra ya en curso ante dicha entidad, quien deberá actuar dentro de los términos de ley para resolver acerca del reconocimiento y pago definitivo de la pensión de invalidez pretendida por el actor.

En ese orden de ideas, atendiendo a la conclusión sobre la responsabilidad que le asiste a Colpensiones, es procedente desvincular del presente trámite constitucional a las demás accionadas.

Este Despacho ordenará que esta decisión se notifique mediante el envío de mensaje de datos al buzón electrónico informado por los sujetos procesales (artículo 205 del CPACA).

Finalmente, para el trámite de la revisión de esta decisión ante la Corte Constitucional (artículo 33 decreto 2591 de 1991), se ordenará el envío electrónico de los archivos de esta actuación establecidos en el artículo 1 del Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO (9°) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL 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, salud, dignidad humana y a la seguridad social del señor **Enrique Fernández Páez**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19’200.290, conforme a lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO: DESVINCULAR, del presente trámite constitucional a Compensar EPS y al Hotel Virrey Park S.A.S., de acuerdo con lo señalado en las consideraciones de este fallo.

TERCERO: ORDENAR a la **Administradora Colombiana de Pensiones–Colpensiones** que, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia y si aún no lo ha hecho, **pague** al señor Enrique Fernández Páez, identificado con cédula de ciudadanía No. 19’200.290, el subsidio por incapacidad **desde el 25 de enero de 2021 y hasta el 26 de abril de 2021** (habida

cuenta que son las incapacidades posteriores al día 180 que fueron acreditadas ante el Despacho). También deberá pagar las posteriores incapacidades se causen a favor del accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes interesadas, por el medio más eficaz el presente fallo, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 205 del CPACA, advirtiéndoles que la misma podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, acorde con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

QUINTO: En caso de que la sentencia no fuere impugnada, **REMITASE** a la Corte Constitucional para fines de la eventual revisión, los archivos electrónicos indicados en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTO: DESANOTAR las presentes actuaciones dejando las constancias a que haya lugar y; **ARCHIVAR** el expediente una vez regrese al Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO
JUEZA

NBM

Firmado Por:

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 009 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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: **07ea911c4a5db7f40180577288177aefc1ac7f7d2461786c97f07e884ba457aa**
Documento generado en 03/05/2021 10:14:02 AM

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