

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA  
BOGOTÁ D. C.

Bogotá D.C, veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO: TUTELA**

**RADICADO: 31-2021-00069**

**ACCIONANTE: MARIA STELLA ARÉVALO BETANCOURT**

**ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

**A N T E C E D E N T E S:**

Procede el despacho a desatar la acción de tutela instaurada por la señora **MARÍA STELLA ARÉVALO BETANCOURT**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, a fin de que se le ampare sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Manifiesta la tutelante que, se encuentra afiliado a la EPS FAMISANAR, como cotizante dependiente de la empresa PECAS LAVA PECAS desde 01/08/2017, de forma continua e ininterrumpida.
- Afirma la actora que el día 5 de diciembre de 2017, el médico tratante le diagnosticó CÁNCER DE MAMA (HERB 2+) y le otorgó incapacidades, las cuales fueron pagadas en su momento todas por la accionada FAMISANAR.
- Posterior a esto, por presentar incapacidades continuas que superan los 180 días, la enviaron para COLPENSIONES hacer trámites conforme al Artículo 227 del Código sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012.
- El día 02/02/2018, le entregaron a la accionante CONCEPTO MÉDICO PARA REMISIÓN A ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES CON DIAGNÓSTICO DESFAVORABLE, por lo cual empezó hacer el trámite en COLPENSIONES.
- Posteriormente COLPENSIONES, le hace entrega el día 31/03/2020 del DICTÁMEN PERICIAL DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL y por no tener más del 50% de pérdida de capacidad laboral, le fue negada la pensión, para lo cual COLPENSIONES le solicita una serie de documentos para radicar y así mismo pagarle las incapacidades por 1 año, le solicitan una CARTA REVALORACION O SEGUNDO CONCEPTO DE REHABILITACIÓN, la cual solicitó en la EPS FAMISANAR el día 02/10/2020, le dicen que se la envían a su correo en 10 días hábiles y a la fecha no ha tenido ninguna respuesta, ha enviado correos, ha llamado a FAMISANAR EPS sin obtener ninguna respuesta favorable.

- En el escrito tutelar, la actora relaciona las siguientes incapacidades no pagadas, así:

13/06/2019	a	12/07/2019	30 días
13/07/2019	a	11/08/2019	30 días
12/08/2019	a	10/09/2019	30 días
11/10/2019	a	09/11/2019	30 días
10/11/2019	a	09/12/2019	30 días
10/12/2019	a	08/01/2020	30 días
20/08/2020	a	18/09/2020	30 días
19/09/2020	a	18/10/2020	30 días
19/10/2020	a	17/11/2020	30 días
18/11/2020	a	17/12/2020	30 días
16/12/2020	a	14/01/2021	28 días
15/01/2021	a	01/01/2021	18 días
02/02/2021	a	03/03/2021	30 días

- Aduce la señora MARIA STELLA AREVALO BETANCOURT que, como se puede evidenciar en el listado, hay un lapso de tiempo de enero a julio de 2020, donde no se le generó incapacidad debido a la negligencia de la clínica SAN DIEGO asignada en su momento y de la que no recibió atención oportuna y aún más cuando comenzó la pandemia en más de tres meses, no fue citada para dar continuidad a su tratamiento y sus posteriores incapacidades, alegando que el doctor que llevaba su caso ya no estaba en la clínica.
- Posteriormente, la enviaron hablar con administración de la clínica, supuestamente allá le colaboraban, pero ellos le dijeron que era el medico quien podía hacerlo y así de un lado para otro se postergaron esos meses de incapacidades de las cuales no tiene razón alguna.
- Por último, la ciudadana AREVALO BETANCOURT informa que, actualmente tiene 41 años, que COLPENSIONES, no le ha pagado ninguna de las incapacidades, que vive sola, en arriendo, no tiene ingresos adicionales, depende del pago de estas incapacidades para sobrevivir, a pesar de ello la accionada COLPENSIONES, le niegan el reconocimiento y pago de incapacidades aduciendo reglas y procedimientos de carácter infraconstitucional, afectando directamente su dignidad humana, y el derecho al mínimo vital.

### **PRETENSION DE LA ACCIONANTE**

“Primera-. TUTELAR a MARIA STELLA AREVALO BETANCOURT, los derechos fundamentales constitucionales AL MÍNIMO VITAL, VIDA DIGNA Y SEGURIDAD SOCIAL de YENNY JASMIN ROJAS BEJARANO, vulnerados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron descritas en esta acción.

Segunda-. ORDENAR a COLPENSIONES – FAMISANAR EPS, que procedan dentro del término que su digno despacho disponga, conforme a su obligación legal, a reconocer y pagar las incapacidades médicas: Desde:

13/06/2019	a	12/07/2019	30 días
13/07/2019	a	11/08/2019	30 días
12/08/2019	a	10/09/2019	30 días
11/10/2019	a	09/11/2019	30 días
10/11/2019	a	09/12/2019	30 días
10/12/2019	a	08/01/2020	30 días
20/08/2020	a	18/09/2020	30 días
19/09/2020	a	18/10/2020	30 días
19/10/2020	a	17/11/2020	30 días
18/11/2020	a	17/12/2020	30 días
16/12/2020	a	14/01/2021	28 días
15/01/2021	a	01/01/2021	18 días
02/02/2021	a	03/03/2021	30 días

Así como las que se causen en adelante hasta tanto se certifique por los médicos tratantes que la enfermedad se ha superado y puedo retornar a mi sitio de trabajo, o pueda adquirir una pensión por invalidez acogiéndome a la ley 1753 del 2015 en virtud de protección al derecho a u mínimo vital, en conexidad con la vida.

Tercera-. Conminar a las accionadas, COLPENSIONES – FAMISANAR EPS para que no sigan cometiendo este tipo de conductas que van detrimento de sus afiliados.”

## **C O N T E S T A C I Ó N   A L   A M P A R O**

**EMPRESA PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.**, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **FREDY ALEXANDER CAICEDO SIERRA**, obrando en calidad Director de Operaciones Comerciales, quien manifiesta que:

La señora **MARÍA STELLA ARÉVALO BETANCOURT** CC 52457813, en calidad de cotizante dependiente y que, para el periodo comprendido de incapacidad reclamada, cotizó y actualmente en calidad de Dependiente de su empleador **PECASLAVA PECAS** identificada con Nit No 79763942, solicita transcripción, reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 180 días.

Sea lo primero informar que a la fecha no existen incapacidades pendientes por reconocer, liquidar y/o pagar por parte de Famisanar EPS.

Los periodos de incapacidad reclamados por la actora no existen en el sistema de Famisanar EPS, porque ni la accionante ni su empleador ha radicado tales documentos, por tanto, no existen incapacidades pendientes por pagar:

En este sentido igualmente es importante señalar que la Administradora de Pensiones; será la entidad encargada de cubrir las prestaciones económicas previstas en la ley una vez cumplidos los 180 continuos de incapacidad temporal y, mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez. A partir del día 181 este reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la junta de Calificación, donde se determina el grado de pérdida de Capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 y el Sistema General de Seguridad Social han previsto una serie de disposiciones con el fin de garantizar la preservación de los ingresos de aquellos trabajadores que por causas profesionales u otras causas quedan incapacitados temporalmente y les es imposible desarrollar sus actividades laborales.

Por lo anterior, la obligación de cancelar las incapacidades le corresponde al Fondo de Pensiones, en este caso FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES y en ese contexto, se concluye que, ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de Derecho Fundamental alguno por parte de FAMISANAR, al no existir vínculo contractual alguno con el accionante que haya originado alguna responsabilidad imputable a la entidad y que por ende se está frente a una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR EL EXTREMO PASIVO, las pretensiones planteadas por el accionante no están llamadas a prosperar en este proceso en contra de FAMISANAR, por tal razón solicitan que se declare la DESVINCULACIÓN de la EPS dentro de la presente acción de tutela.

Por lo anterior, hay una presunción legal de que el usuario por el simple hecho de ser trabajador DEPENDIENTE ACTIVO durante su periodo de licencia NO se encuentra cesante, pues su empleador debe garantizar el pago de su licencia en el periodo de nómina de sus trabajadores, haciendo improcedente la presente acción de tutela ante la inexistencia de violación de Derechos Fundamentales por parte de FAMISANAR, pues la EPS como las demás en cumplimiento de la Ley no cancela directamente a los usuarios con vinculación DEPENDIENTE sino que, reembolsa a sus empleadores lo que ellos ya han cancelado a sus trabajadores en el periodo de nómina, situación que el A quo no puede desconocer a la luz de la normatividad existente y al hecho probado y reconocido por éste.

Así mismo, debe reiterarse que se presume legalmente que el accionante percibió el pago de su incapacidad como trabajador dependiente de PECAS LAVA PECAS identificada con Nit No 79763942 y ésta, en los deberes que le asisten, debió haber cancelado o en principio la obligación requerida en esta acción constitucional y, posteriormente dicho empleador es quien solicitaría el reembolso a la EPS de lo ya antes remunerado al accionante dentro de los parámetros legales dispuestos para ello, por lo tanto, no está demostrada la afectación al mínimo vital por parte de FAMISANAR EPS.

Por lo anterior y para concluir, se tiene por habido un imposible fáctico y jurídico para FAMISANAR EPS en caso de que el Despacho ampare y posteriormente emita una orden de cumplimiento, pues como se mencionó, actualmente no podría dar cumplimiento de orden alguna en procura de garantizar los derechos fundamentales del usuario protegidos en sede de tutela, dado que FAMISANAR EPS no puede actuar en contra de las normas que racionalizan el SGSSS.

**EMPRESA PECAS LAVA PECAS**, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **JOHN JAIRO ROJAS CORONADO**, obrando en calidad de representante legal, quien manifiesta que:

De acuerdo con lo reportado en la historia laboral de la accionante ante la compañía, la señora María Stella Arevalo cuenta con 41 años de edad, y no tiene un núcleo familiar que pueda prodigarle apoyo económico alguno, por lo que la omisión de las acciones frente al reconocimiento

y pago de las incapacidades que los médicos tratantes le han otorgado, constituye una transgresión al mínimo vital, que resulta de mayor gravedad dada la patología que padece la peticionaria.

De acuerdo con los hechos planteados por la accionante y considerando las pretensiones de la acción de tutela, se colige que en el presente caso "Pecas Lava Pecas" no ha incurrido en desconocimiento o transgresión alguna de los derechos que le asisten a la accionante, por el contrario ha venido actuando en procura de que se respeten sus derechos al mantener vigente la relación laboral, realizar el pago de sus aportes en seguridad social y brindarle la colaboración que ha requerido frente a las gestiones adelantadas a fin de obtener el pago de las incapacidades que se le adeudan.

Lo anterior permite concluir, que el reconocimiento y pago de incapacidades no puede estar condicionado al resultado de la Calificación por Pérdida de Capacidad Laboral, pues ya el legislador ha previsto los mecanismos para garantizar que el trabajador disminuido en su estado de salud reciba el pago de las incapacidades, bien sea por parte de su Fondo de Administración de Pensiones o por parte de la E.P.S., toda vez que estas instituciones podrán requerir el reconocimiento del pago de las sumas canceladas por dicho concepto, a la entidad que administre los recursos a que se refiere la norma citada.

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **MALKY KATRINA FERRO AHCAR**, obrando en calidad directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, quien manifiesta que:

Verificados los sistemas de información de la entidad se puede corroborar que a la fecha no reposan solicitudes radicadas ante Colpensiones de la señora MARIA STELLA AREVALO BETANCOURT relacionadas con la solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades médicas.

Además, revisado el escrito de tutela, se evidencia que no obra dentro del mismo, medio de prueba que controvierta dicho hecho, por el contrario, solo se evidencian la mera pretensión de la accionante del pago de incapacidades sin que medie petición alguna ante esta administradora.

Ahora bien, de acuerdo al historial del ciudadano se observa que esté cuenta que CRE desfavorable, por lo tanto, en este caso no procede el pago de incapacidades por parte de su AFP, sino la realización de calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, la cual ya fue efectivamente proferida y notificada como se demuestra en los documentos que se anexan con el presente memorial.

Resulta oportuno resaltar que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

Es pertinente indicar que el accionante puede radicar el formulario correspondiente a su solicitud, junto con los documentos necesarios de acuerdo a lo prestación que requiera, para que posterior, se le pueda

entregar una respuesta de fondo, clara y concreta y como en derecho corresponda, y si ante dicha respuesta presenta desacuerdo con lo resuelto, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues aunado a lo anterior, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, o tratar temas que son competencia exclusiva del Juez ordinario, pues por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

En este punto es importante indicar que la calificación del origen de la enfermedad o accidente lo hacen las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral, con el fin de establecer el origen de una patología, diferenciando si es de origen profesional (causada por la exposición a un factor de riesgo laboral) o si es de origen común.

Sumado a lo anterior, las EPS deben cumplir con la emisión del concepto de rehabilitación del ciudadano (sea favorable o desfavorable) antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP correspondiente antes del día 150, si bien las EPS no están obligadas a reconocer incapacidades superiores al día 180, dicha entidad deberá asumir de sus propios recursos el pago de incapacidades que superen el día 181 hasta el día en que emita y entregue el concepto en mención a título de sanción.

Una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, 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".

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. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, se deberá proceder a calificar la pérdida de capacidad del afiliado.

Es preciso recordar que el trámite de solicitud de pago de incapacidades, debe ser agotado por el afiliado directamente ante la entidad o en su defecto por un tercero debidamente autorizado por el mismo. En este orden de ideas, si la solicitud es elevada por el empleador, éste también debe contar con la autorización del empleado y diligenciar el formato creado para tal fin por esta Administradora, el cual le será suministrado en cualquiera de los Puntos de Atención al Ciudadano - PAC.

Lo anterior teniendo en cuenta que dicha información se encuentra sometida a reserva, la cual presenta para su acceso y conocimiento un grado de limitación, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 1266 de 2008 (Habeas Data).

En tal virtud, 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.

Por último, solicita DENIEGUE la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente IMPROCEDENTES, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como también se encuentra demostrado que Colpensiones no ha vulnerado los derechos reclamados por el accionante y está actuando conforme a derecho.

### **TRAMITE PROCESAL**

La mencionada acción fue admitida por auto del nueve (09) de febrero de 2021, en el que se ordenó la notificación a la entidad accionada y se le concedió el término perentorio de dos (02) días, para que se pronuncie sobre los hechos sustento de la presente tutela.

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES :**

1.- La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo dirigido a proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en la ley, y sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- El mínimo vital de subsistencia se ha definido como (T-678/17):

*"la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".*

3.- El artículo 142 del Decreto 0192 de 2012, respecto al reconocimiento de incapacidades por enfermedad común, establece,

*"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 (sic) 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”.*

Y, respecto del reconocimiento del subsidio o las incapacidades superiores a 540 días, el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, planteó en cuanto a la destinación de los recursos que administrara la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

*“Estos recursos se destinarán a: a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”*

En cuanto a la aplicación del artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y su vigencia se refirió la Corte Constitucional, en la Sentencia T 144 de 2016:

*“Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.*

**En virtud del artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015,**

**"(ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD).** La Entidad administrará los siguientes recursos: (...) Estos recursos se destinarán a: a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades."

En el presente caso, es necesario entonces, tomar en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley 9 de junio de 2015, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deben acatar lo normado.

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán 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.

#### **4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON EL PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS Y 540 DÍAS. SENTENCIA T 401 de 2017:**

- a) *El Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de "un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días".*
- b) *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. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 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. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.*

- c) *Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días, 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. Es pertinente señalar que, 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, esta Corporación 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, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación:**

- ❖ 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.
- ❖ 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.
- ❖ Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, "el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello"

- ❖ 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 a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.
- ❖ Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009[98] 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.

En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 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.***

Analizado la normatividad y la jurisprudencia referente al caso que nos ocupa, es evidente que la AFP, si está trasgrediendo los derechos conculcados por la señora MARIA STELLA AREVALO BETANCOURT, toda vez que, si bien es cierto la EPS FAMISANAR, emitió PRONOSTIVO LABORAL DESFAVORABLE, la misma la envió dentro de los términos establecidos por el legislador para que sea la AFP quien asuma esa carga del pago de incapacidades desde el día 181 hasta el día 540.

Ahora, la tutelante fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral de menos del 50%, puntaje que significa que la persona no puede acceder al derecho de reconocimiento de una pensión de invalidez y por ese hecho la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLPENSIONES, y que para que le puedan reconocer las incapacidades a las que tiene derecho, debe iniciar el tramite correspondiente ante dicha entidad toda vez que, según dan respuesta, en su base de datos no tienen ningún reporte.

Actuar que, a voces de esta falladora amparada con todo el análisis jurisprudencial y legal evidencia la clara trasgresión de los presupuestos

jurídicos previamente establecidos, pues si bien hizo todas las gestiones para que el actor fuese calificado de acuerdo al concepto desfavorable emitido por la EPS FAMISANAR, también lo es que esta infringiendo lo preceptuado en la Sentencia 401 de 2017, la cual ampliamente señala que esta carga no la debe asumir el afiliado, quien se encuentra en condiciones de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud y debe ser asumida por la AFP hasta que se cumple una de las tres causales a saber:

1. La persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral.
2. o hasta que se determine una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.
3. o se completen los 540 días de incapacidad.

5.- En cuanto a la enfermedad que padece la accionante y teniendo en cuenta los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, con diamantina claridad se concluye que es una persona de especial protección, máxime si se tiene en cuenta que su derecho a la salud esta estrechamente ligado con los demás inherentes al ser humano, tales como el mínimo vital, vida en condiciones dignas, etc.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional, en reiteración de jurisprudencia puntualizó que,

*"En relación con la salud como derecho, es necesario mencionar que, en un primer momento, fue catalogado como un derecho prestacional, que dependía de su conexidad con otro derecho considerado como fundamental, para ser protegido a través de la acción de tutela. Posteriormente, la postura cambio y la Corte afirmó que la salud es un derecho fundamental autónomo que protege múltiples ámbitos de la vida humana. Dicha posición fue recogida en el artículo 2º la Ley 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la sentencia C-313 de 2014. Así pues, tanto la normativa como la jurisprudencia actual disponen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción". (T-673 de 2017)*

Con fundamento en las consideraciones expuestas, este Despacho concluye que la acción de tutela presentada por la ciudadana MARIA STELLA AREVALO BETANCOURT, es procedente porque al encontrarse afectado el derecho fundamental al mínimo vital y al presentar una enfermedad catastrófica (CANCER- TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA) resulta desproporcionado que el ciudadano interponga los medios ordinarios de defensa aun cuando está plenamente demostrada su afectación de salud.

**En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos a **VIDA DIGNA, SEGURIDAD SOCIAL Y MÍNIMO VITAL** incoados por **MARÍA STELLA ARÉVALO**

**BETANCOURT** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, que dentro del término perentorio de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de este fallo, proceda si no lo ha hecho al reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 181 a la señora **MARÍA STELLA ARÉVALO BETANCOURT**, quien podrá 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

**TERCERO: CONMINAR** a la señora **MARÍA STELLA ARÉVALO BETANCOURT**, para que en lo sucesivo realice los tramites tendientes que le corresponden para obtener el pago de las incapacidades a las que tiene derecho.

**CUARTO: CONMINAR** a la empresa **PECAS LAVAPECAS**, para que preste la colaboración necesaria a la señora **MARÍA STELLA ARÉVALO BETANCOURT**, para que le puedan ser reconocidas y pagadas las incapacidades a las que tiene lugar, pues se debe tener en cuenta que si bien la AFP, tiene una responsabilidad de cancelarlas, ustedes como empleadores deben ayudar a verificar que ello se haga efectivo.

**QUINTO: NOTIFICAR VÍA CORREO ELECTRÓNICO** lo aquí resuelto al accionante y a la entidad accionada, y de no ser posible utilícese el medio más expedito.

**SEXTO: REMITIR** las diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciase.

**CUMPLASE Y NOTIFÍQUESE,  
LA JUEZ;**

YPEM

Firmado Por:

**MARIA EMELINA PARDO BARBOSA**

**JUEZ**

**JUEZ - JUZGADO 031 DE CIRCUITO FAMILIA DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Código de verificación:

**2d268f4aa70c4b821e112154058ca1c1d582d5ce4ab333e6f9fd06665068863c**

Documento generado en 22/02/2021 07:11:59 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**