El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

**Providencia:** Sentencia - 2ª instancia - 14 de noviembre 2017

**Proceso:** Acción de tutela – Confirma amparo

**Radicación No.:**  66001-31-02-001-2017-00417-01

**Accionante:** Luis Fernando Martínez Osorio

**Accionado:** Colpensiones

**Juzgado de origen:** Primero Laboral del Circuito

**Magistrada ponente:** Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema: PAGO DE INCAPACIDADES** **“***Por otro lado, si el porcentaje de disminución de la capacidad laboral no alcanza para solicitar la pensión de invalidez pero se siguen expidiendo incapacidades, será el fondo de pensiones el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto no se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral”[[1]](#footnote-1)*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Noviembre 14 de 2017)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 26 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por el señor Luis Fernando Martínez Osorio por intermedio de apoderada judicial**,** en contra de Colpensiones y la Nueva EPS S.A**,** a través de la cual pretende que se amparen los derechos fundamentales a **la vida digna, la seguridad social, el mínimo vital y el derecho a la salud.**

#### La demanda

Manifestó la apoderada judicial que el señor Luis Fernando Osorio nació el 10 de febrero de 1955 y laboró como conductor de taxi en la empresa Taxis Luxor, donde inició aproximadamente el 1° de abril de 2003 hasta febrero de 2013, fecha en la cual se le venció su licencia de conducción.

Señaló que el día 9 de septiembre de 2009, tuvo un accidente de tránsito mientras prestaba sus servicios de transporte, de tal manera que se constituye en accidente de trabajo, el cual le produjo traumatismos y graves secuelas a nivel intracraneal, daños progresivos tanto en la parte auditiva (hipoacusia idiopática, vértigo) como visual.

Refirió que en el año 2011 le detectaron trastorno de nivel vestibular, neurosensorial, hipoacusia promedio 455, inestabilidad posterior, vértigo posicional, sinetosis, hipertensión, severo impacto sobre el vértigo obteniendo un puntaje de 84/100 en el aspecto físico emotivo y funcional.

Relató que el 18 de diciembre de 2012 se presentó ante el medico laboral de Colpensiones y lo calificaron con una pérdida de capacidad laboral de 37.62%, inconforme con el porcentaje presentó recurso de apelación ante la Junta Nacional de Invalidez, la cual le dio un puntaje de 31.62%.

Indicó que la Nueva EPS desde el 10 de febrero de 2012 le ha dado reiteradamente incapacidad, realizando el respectivo pago de estas, sin embargo, en el periodo del 30 de agosto de 2012 hasta el 18 de diciembre de 2015 lo incapacitaron pero no le han pagado dicha prestación económica, aducen que por tratarse de incapacidades inferiores a 3 días deben ser asumidas por el patrono y que el afiliado no tiene el tiempo mínimo de cotización. Igualmente, argumentan que por tratarse de un accidente de trabajo la nueva E.P.S no está obligada a su pago.

Arguyó que a pesar de que el origen de la discapacidad fue el accidente laboral que tuvo durante el accidente de tránsito ocurrido el 9 de septiembre de 2009, la nueva E.P.S a partir del 12 de marzo de 2012 le cambio el origen del riesgo para pasarlo a ser de origen común, sin explicación científica o legal alguna.

Señaló que actualmente el señor Luis Fernando Martínez depende económicamente de su hija mayor, quien paga su seguridad social, y su esposa es la que lleva el sustento del hogar, lo que le ha generado crisis de depresión y angustia.

Por lo anterior, solicitó que se tutelen los derechos fundamentales del señor Luis Fernando Martínez Osorio; en consecuencia, se ordene de manera inmediata a Colpensiones y a la Nueva EPS pagar todas las incapacidades generadas entre el 30 de agosto de 2012 y el 18 de diciembre de 2015, y las que en el futuro se sigan causando hasta que se defina su situación médico-laboral.

#### Contestación de la demanda

**Nueva Empresa Promotora de Salud- NUEVA EPS**

La Nueva EPS señaló que el señor Luis Fernando Martínez Osorio se encuentra activo como afiliado en el régimen contributivo de esa entidad, que revisada la base de datos pudo establecer que el usuario al 29 de agosto de 2012, presentó 180 días continuos de incapacidad, los cuales fueron pagados.

Indicó que las reglas previstas para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales por parte de la entidad llamadas a cubrir esta obligación tiene fundamento en el parágrafo primero del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual estableció que los 3 primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad común serian pagados por el empleador. Posición que fue modificada por el artículo 1 del decreto 2943 de 2013, que redujo el término de 3 a 2 días. Entonces a partir del día 3 hasta el 180 el pago de las incapacidades corre a cargo de la E.P.S y desde el día 181 hasta el 540 el pago de la misma estará a cargo del Fondo de Pensiones, al cual se encuentre afiliado el trabajador.

Refirió que para que dicha obligación sea asumida por el Fondo de Pensiones, debe cumplirse con las 3 condiciones que plantea la norma a saber: i) que medie concepto favorable de rehabilitación, ii) que el concepto sea emitido a los 120 días, y iii) que sea enviado antes de cumplirse el día 150, ya que de no cumplirse con alguna de estas reglas, será la EPS la responsable del pago del subsidio equivalente a la incapacidad desde el día 181.

Señaló que la Corte Constitucional reconoció el vacío legal o normativo debido a la inexistencia de una Entidad obligada a reconocer y pagar las incapacidades superiores a 540 días, por lo que no es posible declarar que la EPS o el Fondo de Pensiones vulnere los Derechos de los afiliados cuando se presente esta contingencia.

Ante el vacío de la normativa, la Corte Constitucional ha establecido, que lo pertinente por parte del Juez en ese tipo de acciones de tutela es resolver la solicitud ciudadana haciendo la salvedad de no tener certeza acerca de quien debe pagar o responder por la prestación, pero en todo caso proteger el derecho al mínimo vital del accionante.

Indicó que la Corte Constitucional en la sentencia T - 876 de 2013, estableció unas reglas para suplir el vació normativo existente, aclarando que el pago se encuentra a cargo del sistema general de pensiones, bajo unos presupuestos como: i) la existencia de un diagnóstico médico favorable de rehabilitación, ii) el no haber sido calificado, iii) que el trámite solo se puede iniciar después de cumplir 135 días de incapacidad, iv) que se debe contar más de 180 días de incapacidad continua, además de que, v) la enfermedad sea de origen común y iv)contar con una afiliación al fondo de pensiones.

Señaló que la Corte Constitucional en sentencia T-097 de 2015 indicó que el pago de las incapacidades que se generen después del día 180, son responsabilidad del Fondo de Pensiones, sin poner un límite temporal a esta obligación.

De conformidad con lo expuesto, solicitó no conceder la acción de tutela en contra de la Nueva EPS, teniendo en cuenta que cumplió con su obligación con el pago de los 180 días de incapacidad garantizando los derechos del afiliado. Igualmente que se exhorte a Colpensiones a pagar las incapacidades superiores a 180 días.

**Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones**

Colpensiones no se pronunció frente a los hechos y pretensiones de la demanda.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado, tuteló los derechos al mínimo vital y a la vida digna del accionante y ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia cancele al señor Luis Fernando Martínez Osorio las incapacidades generadas por la Nueva EPS hasta concurrencia del día 540 de incapacidad. De igual manera a la NUEVA EPS a pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 541.

Para llegar a tal conclusión indicó que en principio la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y subsidio de incapacidad, en tanto la competencia es de la jurisdicción laboral, sin embargo la evaluación del requisito de subsidiariedad en los términos que ha desarrollado la Corte Constitucional, depende de la idoneidad de los mecanismos ordinarios en relación a las condiciones objetivas de quien interpone la acción y en el caso las condiciones del Señor Luis Fernando Martínez influye en la procedencia de la acción, pues cuenta con 62 años de edad, además padece una serie de patologías incapacitantes que lo han llevado a depender de terceros para la satisfacción de las necesidades básicas, pues no cuenta con fuentes de ingreso que le permitan sufragar los gastos generados por la manutención de su núcleo familiar como antes lo hacía.

Señaló que el pago de las incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vivienda digna en los periodos en los cuales las personas no se encuentran en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan tener un salario, siendo entonces la tutela procedente para estudiar la viabilidad para ordenar el pago de las incapacidades adeudadas al accionante, además, establecer quién es el responsable de asumir el pago de las prestaciones económicas.

Para el estudio citó la sentencia T-200 de 2017, donde establece el origen de las incapacidades y las entidades obligadas a cancelarlas y además establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, i) reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, quienes tienen incapacidades prolongadas pero no son considerados inválidos, ii) la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades, y iii) podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad.

Concluyó que de conformidad con las normas y la jurisprudencia, en el Sistema General de Salud, el reconocimiento y pago de incapacidades por contingencias de origen común, hasta por el término de 180 días, se encuentran en cabeza de la EPS, a partir del día 181 el pago estará a cargo del Fondo de Pensiones que cotice y conforme a los lineamientos establecidos recientemente por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia, con la cual se llenaron los vacíos existentes sobre el tema, a partir del día 541 retorna la obligación de pago a la Entidad Prestadora de Salud.

#### Impugnación

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones impugnó la decisión, manifestando que corroborada la información, el señor Luis Fernando Martínez Osorio, cuenta con un dictamen de pérdida de capacidad laboral de 32.62% y en el sistema al accionante le fueron reconocidas y cancelas las incapacidades de los periodos:

* 30 de agosto de 2012- 28 de septiembre de 2012
* 1º de octubre de 2012- 30 de octubre de 2012
* 2 de septiembre de 2012-1º de diciembre de 2012
* 3 de diciembre de 2012-17 de diciembre de 2012

Indicó que por lo mencionado no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, pues Colpensiones solo está obligado a pagar el subsidio económico por incapacidad posterior al día 180 hasta el día 540, reconociendo máximo 360 días de incapacidad, siempre y cuando cuente con un concepto de rehabilitación favorable lo que conlleva a que el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral sea postergado hasta 360 días o reconociendo tal subsidio hasta la fecha de la calificación de la pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad por Colpensiones, tal como lo establece el inciso 5 del artículo 41 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, y lo indicó la Corte Constitucional en las sentencia T- 333 del año 2013.

Señaló que verificada la información el accionante fue calificado en varias oportunidades, obteniendo una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, indicando que el subsidio económico no se puede convertir en una prestación vitalicia en cabeza del Fondo de Pensiones y que Colpensiones es una entidad pública la cual se encuentra sometida al imperio de la ley y la vigilancia de los entes de control, por lo cual solo se debe pagar lo que la ley autoriza.

Agregó que al realizarle el examen de pérdida de capacidad laboral al señor Luis Fernando Martínez Osorio y al resolver los recursos interpuestos contra este, queda en firme el acto administrativo de pérdida de capacidad laboral una vez fueron debidamente notificados o publicados, tal como ocurrió en el presente caso.

Manifestó que en el expediente no se vislumbra prueba alguna para que sea procedente la presente acción de tutela, pues el actor no cumple con el requisito de inmediatez, ya que desde el año 2012 hasta la fecha no efectuó alguna actuación que diera a entender que actuó con diligencia ante su inconformismo, dejando transcurrir desde la solicitud de la prestación más de tres años para presentar la acción constitucional.

Concluyó indicando que Colpensiones ha garantizado los derechos fundamentales del accionante en concordancia con los pagos de incapacidades y la práctica de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral.

Por lo anterior, solicitó que se libere a la Entidad del pago de las incapacidades del accionante por no tener derecho a ellas de acuerdo a la normativa vigente, o se declare improcedente la acción de amparo porque no se encuentra cumplido el requisito de inmediatez.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Es procedente en el presente caso la acción de tutela? En caso afirmativo, ¿Se ha vulnerado el derecho al mínimo vital y la vida digna del accionante por parte de Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones?

* 1. **Acción de tutela para el pago de incapacidades**

En relación con el reconocimiento de incapacidades, la Corte Constitucional ha dicho que por regla general la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitarlo, sin embargo refirió que estos pagos sustituyen al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores y son una garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar laboralmente su sustento y el de su grupo familiar, lo que genera la procedencia del amparo, debido a que con ello se permite la estabilización económica del trabajador. Al respecto indicó en sentencia T 401 de 2017:

*“11. La Corte ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá “recuperarse satisfactoriamente (…) sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia” .*

*Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que “los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.”*

Frente al principio de inmediatez como requisito de procedibilidad la sentencia T - 380 de 2017, Magistrado Ponente Carlos Bernal Pulido, indicó:

*“****Los requisitos de procedibilidad de acción de tutela en el caso en concreto y en especial el de inmediatez***

*23.    No existen reglas estrictas e inflexibles para determinar la inmediatez en la solicitud de tutela. Su apreciación se fundamenta en la valoración de las circunstancias del caso, para derivar razones justificatorias de la “inactividad” de quien pide la protección de sus derechos fundamentales. Entre otras, la jurisprudencia unificada de esta Corporación ha considerado las siguientes, como razones válidas**[[15]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2017/T-380-17.htm" \l "_ftn15" \o "): (i) la especial situación personal del tutelante; (ii) si la vulneración de los derechos fundamentales, presumiblemente, se extiende en el tiempo; (iii) la entidad de la vulneración alegada; (iv) la actuación de la persona o ente contra la que se dirige la tutela; y (v) los efectos de la eventual protección de los derechos.*

*24.    En el caso propuesto, si bien entre la actuación presuntamente violatoria de los derechos alegados (que corresponde al pago del último periodo de incapacidad al tutelante, por CAFESALUD) y la interposición de la acción transcurrieron diecisiete (17) meses, se está en presencia de una persona vulnerable, cuyos derechos, posiblemente, están actualmente afectados por la omisión de las entidades demandadas.*

*25.    Por una parte, la situación del tutelante es la de una persona de edad avanzada, con un cuadro clínico complejo, analfabeta, con restricciones físicas para desempeñar una labor u oficio y cuya subsistencia depende de terceros. De otra, se trata de una persona a la que, a pesar de la orden del médico tratante, no se culminó su proceso de atención médica; y a quien, en atención al vencimiento del término de ciento ochenta (180) días de incapacidad a cargo de la EPS CAFESALUD, la entidad COLPENSIONES no ha reconocido el pago de los días de incapacidad que a partir de allí se han cumplido, sin que el tutelante cuente con una fuente de ingreso alterna.*

*26.    Son, pues, razones válidas para considerar que el requisito de inmediatez se cumple, las siguientes: en primer lugar, los efectos de las omisiones alegadas se mantienen en el tiempo; de un lado, la condición de enfermedad no ha desaparecido y, de otro, la falta de pago del auxilio de incapacidad, asociado a la imposibilidad del tutelante de obtener un empleo, afecta su posibilidad de proveerse, de manera autónoma, los elementos materiales necesarios para una vida digna. En segundo lugar, la condición de analfabetismo del tutelante le impide un relacionamiento social idóneo, en especial, para proteger sus derechos y dar cumplimiento a los deberes exigidos por COLPENSIONES, de manera escrita, para acceder al pago del auxilio de incapacidad. El desconocimiento de estas razones supondría, para el tutelante, la imposición de una carga que conduce al sacrificio injustificado de sus derechos de acceso a la administración de justicia y a la seguridad social, expresamente reconocidos por el artículo 48 de la Constitución Política y los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-**[[16]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2017/T-380-17.htm" \l "_ftn16" \o ") y 19 del Protocolo de San Salvador, ambos vinculantes.”*

* 1. **Pago de incapacidades**

El órgano de cierre de la jurisdicción Constitucional ha realizado una síntesis respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades, precisando la entidad a la que le corresponde el pago de las mismas, en la sentencia T-401 de 2017 donde manifestó:

*“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.*

*26. 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.*

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

*De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.*

*(…)*

*42. En este punto, conviene recordar la atribución de responsabilidades en relación con el pago de incapacidades, señalada previamente:*

*Cuadro No. 2 – Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *Periodo* | *Entidad obligada* | *Fuente normativa* |
| *Día 1 a 2* | *Empleador* | *Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013* |
| *Día 3 a 180* | *EPS* | *Artículo 41 de la Ley 100 de 1993* |
| *Día 181 hasta 540* | *Fondo de Pensiones[[2]](#footnote-2)* | *Artículo 41 de la Ley 100 de 1993* |
| *Día 541 en adelante* | *EPS* | *Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015* |

(…)

*“32. Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 de 2015 –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.*

*En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:*

*“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.” (Resaltado de la Sala)*

*Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.*

*Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.”*

En la sentencia T-097 de 2015, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional estudió el pago de incapacidades después de haberse realizado el examen de pérdida de capacidad laboral con una calificación inferior al 50%, al respecto indicó:

*“Ahora bien, si nos referimos al último caso en que las incapacidades superan los 180 días, la jurisprudencia de esta Corporación ha identificado varias hipótesis a saber: i) que el trabajador sea calificado con pérdida de capacidad laboral de menos del 50% o, ii) que la disminución de la capacidad sea igual o superior al 50%. En el primer escenario, corresponde el reintegro del trabajador a las labores que desempeñaba o la reubicación a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando, en este caso el vínculo laboral solo puede ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo. Por otro lado, si el porcentaje de disminución de la capacidad laboral no alcanza para solicitar la pensión de invalidez pero se siguen expidiendo incapacidades, será el fondo de pensiones el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto no se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral.”*

* 1. **Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito que se protejan los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, el mínimo vital y el derecho a la salud del señor Luis Fernando Martínez Osorio, toda vez que los considera vulnerados con la negativa de Colpensiones y la Nueva EPS a pagar las incapacidades médicas comprendidas en el periodo de 30 de agosto de 2012 y el 18 de diciembre de 2015.

La Jueza de primera instancia amparó los derechos del accionante, teniendo en cuenta que el señor Luis Fernando Martinez Osorio es sujeto de especial protección, por su avanzada edad y su limitación física, que lo han llevado a depender de terceros para la satisfacción de las necesidades básicas.

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones indicó no estar conforme con la decisión adoptada por la a quo, y argumentó su recurso en los siguientes puntos, i) el accionante no cumple con el principio de inmediatez, ii) no tiene la obligación de pagar las incapacidades que se generen después de haber realizado el examen de pérdida de capacidad laboral conforme a la normatividad vigente.

En primer lugar, La Sala debe determinar si es procedente la acción de tutela en el presente caso, advirtiendo que, en principio, existen otros mecanismos judiciales idóneos a los que puede acudir la accionante; sin embargo, es indispensable determinar si también son efectivos para proteger los derechos del actor, dada la situación especial que atraviesa en la actualidad, al tener 62 años y presentar graves problemas de salud que le impiden laborar.

Como lo ha indicado reiteradamente la Corte Constitucional, se torna procedente la acción de tutela, cuando quien reclama el amparo, se encuentra en situación de vulnerabilidad por causa de una disminución física, sensorial o psíquica que afecta el normal desempeño de su actividad laboral, lo que en el caso bajo estudio se presenta, pues al revisar las pruebas que obran en el expediente (fl.16 a 27 cuaderno de primera instancia), se evidencia que el accionante tiene una disminución física, por la cual ha sido incapacitado desde el año 2010 hasta la actualidad, lo que la pone en una situación de vulnerabilidad y requiere especial protección por parte del Estado.

Ahora debe examinar el Despacho si el accionante cumple con el requisito de inmediatez, para lo que se dirá, que tal como lo indicó la Corte Constitucional, contrario a lo afirmado por la entidad accionada, en el presente asunto no puede hablarse de falta de inmediatez, como quiera que la vulneración ha persistido en el tiempo, pues aunque las incapacidades posteriores a los 180 días que en el presente caso se reclaman fueron causadas desde el año 2012, según lo relata el accionante en la demanda y se infiere de los documentos obrantes a folio 9 a 15 del cuaderno de primera instancia, las mismas siguieron generándose con posterioridad a esa fecha, extendiéndose hasta la actualidad, además, la condición de enfermedad no ha desaparecido y la falta de pago del auxilio de incapacidad, asociado a la imposibilidad del tutelante de obtener un empleo, afecta su posibilidad de proporcionarse de manera autónoma lo necesarios para una vida digna.

Siendo procedente la acción de tutela para estudiar el presente caso, entrará la Sala a resolver lo concerniente al pago de las incapacidades que ha tenido el accionante.

En primer lugar, se hará referencia al pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, a lo cual debe decir la Sala que es acertada la decisión de la Jueza de primera instancia en ordenar a la EPS el pago de las incapacidades que se causaron y se sigan causando con posterioridad al día 540, pues así lo ha establecido jurisprudencialmente la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T -200 de 2017, 380 de 2017, 401 de 2017 y lo estableció la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

Ahora, frente al pago de las incapacidades generadas después del día 180, la Corte Constitucional, como órgano de cierre en la materia, ha indicado que en los casos en que el trabajador no alcanza el porcentaje de disminución de la capacidad laboral para solicitar la pensión de invalidez y adicional a ello se siguen expidiendo incapacidades, el fondo de pensiones será el encargado de realizar el pago de las mismas hasta el día 540 o hasta tanto no se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral, de acuerdo a la interpretación extensiva que ha realizado la Corte Constitucional al artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, en las sentencias T-485 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-137 de 2012 M.P. Humberto Sierra Porto y T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Por lo expuesto la Sala encuentra que tanto la decisión de primera instancia, como el pago ya realizado por Colpensiones el 9 de octubre de 2017 frente a estas incapacidades (fl.6 a 10 cuaderno de segunda instancia), se encuentra ajustado a derecho, lo que en principio hubiera dado lugar a que se declarara la figura de hecho superado, pero fue la voluntad de la entidad accionada que la Sala estudiara el fondo del asunto independientemente del pago de tales incapacidades durante la tramitación de esta acción de tutela, como en efecto se hizo.

En consecuencia se confirmará la sentencia objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**

1. Sentencia T-097 de 2015, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-1)
2. Excepcionalmente, las EPS pueden estar obligadas a asumir el reconocimiento y pago de incapacidades posteriores al día 180 y anteriores al día 540, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación. En dichos casos, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Fundamentos jurídicos 27 a 31. [↑](#footnote-ref-2)