

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Radicación Nro.** : 66170-31-05-001-2016-00334-01

**Referencia:** Acción de Tutela

**Accionante:** Carlos Ariel Valencia Ortiz

**Accionado:** Colpensiones

**Vinculada:** Nueva EPS

**Providencia**: Sentencia de segunda instancia

**Tema a Tratar: Incapacidad laboral superior a 180 y 540 días**

Según el máximo Tribunal Constitucional[[1]](#footnote-1), las incapacidades laborales se entienden como sumas de dinero que sustituyen el salario durante en el cual el trabajador se encuentra imposibilitado ya sea por enfermedad común o de origen profesional para desempeñar sus labores, asimismo ha expresado que constituyen el sustento económico que posibilita una recuperación de la salud de manera tranquila y garantiza unas condiciones de vida digna.

En relación con las incapacidades laborales de origen común, se tiene que esta debe ser pagada los dos (2) primeros días por el empleador, según el Decreto 2943 de 2013, posterior a estos y hasta el día ciento ochenta (180) por la EPS y desde el día ciento ochenta y uno (181) hasta por ciento ochenta (180) días más por la Administradora del Fondo de Pensiones, hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral, si previamente la EPS ha dado concepto favorable de rehabilitación, pues si esta no lo ha emitido, le corresponde a la EPS pagar con sus propios recursos, el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal y si esta se prolonga más de los ciento ochenta (180) días, asumirá desde el día ciento ochenta y uno (181) hasta el día en que se emita el concepto en mención.

(…)

De la misma forma la jurisprudencia de dicha Corporación[[2]](#footnote-2) ha identificado varias hipótesis cuando las incapacidades superan los 180 días, entre ellas: i) que el trabajador sea calificado con pérdida de capacidad laboral menor del 50% o, ii) que la disminución de la capacidad sea igual o superior al 50%. Respecto del primero, ha dicho que 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, así la cosas el vínculo laboral solo podría ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo.

Sin embargo, si siguen expidiéndose incapacidades, será el fondo de pensiones el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto (i) se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o (ii) se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral, de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, para las incapacidades superiores a los quinientos cuarenta días (540), la Corte[[3]](#footnote-3) manifestó que existía un vacío legal en cuanto a quién asumiría el pago, pues se omitió una regulación específica en radicar en cabeza de alguna de las entidades del Sistema de Seguridad Social dicha obligación, teniendo en cuenta que el déficit normativo no podía constituirse en una forma de vulnerar los derechos fundamentales, la adjudicó en el fondo de pensiones, entre otras, por el principio de solidaridad.

Posteriormente, y en reciente providencia[[4]](#footnote-4) estableció que *“retomando el déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez”,* el Legislador atribuyó dicha responsabilidad a las EPS, de acuerdo al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015[[5]](#footnote-5) vigente a partir del 09-06-2015, quienes a su vez 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 (ADRES), entidad creada mediante la citada Ley, según el artículo 66, quien asumirá dicha administración a partir del 01-04-2017 según el artículo 21 del Decreto 1429 de 01-09-2016, recientemente expedido, que además dispuso que cualquier referencia al FOSYGA que se haga desde esa fecha en la normatividad se entenderá a nombre de la ADRES (artículo 31 *ibídem*).

Con base a lo anterior, y según los supuestos de hecho de la sentencia T-144-2016 permite concluir que la Corte Constitucional parte de la existencia de la calificación, para las incapacidades superiores a los 540 días, que no han alcanzado el porcentaje del 50% para que se logre la pensión de invalidez y siguen incapacitados, cuyo pago de las mismas, le corresponde a la EPS, vacío que satisfizo el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 (…).

**Citación jurisprudencial:** CORTE CONSTITUCIONAL, T-485 de 2010, T-137 de 2012, T-275 de 2012, T-004 de 2014, T-097 de 2015, T-144 de 2016.

Pereira, Risaralda, veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Acta número \_\_\_\_ de 27-10-2016

Decide la Sala en segunda instancia, la acción de tutela instaurada por el señor Carlos Ariel Valencia Ortiz identificado con cédula de ciudadanía No.10.025.094 de Dosquebradas, quien actúa en nombre propio, en contra de Colpensiones donde se vinculó a la Nueva EPS.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital, para lo cual solicita se ordene a Colpensiones pagar las incapacidades con los intereses generados hasta el momento.

Narró que (i) como trabajador agrícola sufrió un accidente laboral en el año 2014 al caer de una gran altura cuando desempeñaba sus funciones, por ello se formó una masa cancerosa en su cuerpo de la que fue objeto de cirugía en el año 2015; (ii) tuvo incapacidades hasta por 180 días, las que fueron pagadas por la EPS pero las que superaron estos días, no han sido canceladas y quien debía hacerlo era Colpensiones, sin embargo, ellos aducen que debe esperar una “amnistía”; (iii) el 14-07-2016 presentó petición verbal al respecto ante el fondo de pensiones, sin obtener respuesta; (iv) aduce que su esposa es ama de casa, es padre de dos hijos, uno menor de edad y otro privado de la libertad y el pago de las incapacidades son su único sustento económico.

**2. Pronunciamiento de Nueva EPS**

Manifestó que al 02-12-2015 el usuario Valencia Ortiz presentó 180 días continuos de incapacidad, el 04-08-2016 se notificó a la AFP de las incapacidades prolongadas, pues a partir del día 181 es el fondo de pensiones quien debe pagarlas.

**3. Pronunciamiento de Colpensiones**

A pesar de estar debidamente notificada descorrió el término en silencio.

**4. Sentencia impugnada**

El juez de primera instancia decide tutelar el derecho al mínimo vital y a la seguridad social frente a Colpensiones y le ordenó el pago de todas las incapacidades que le hayan sido otorgadas al accionante con posterioridad al día 180 hasta que se reestablezca su salud o se califique de forma definitiva la pérdida de su capacidad laboral.

En relación con el pago de las incapacidades concluyó que (i) la primera incapacidad que se le otorgó al señor Valencia Ortiz fue el 28-05-2015 y que hasta la fecha de la sentencia (21-09-2016) lleva 415 días incapacitado; (ii) los 120 días que disponía la Nueva EPS para expedir el concepto de rehabilitación vencieron el 16-09-2015; (iii) el 04-08-2016 la Nueva EPS le informó al accionante que había expedido y remitido el concepto de rehabilitación a Colpensiones; (iv) los 180 días se cumplieron en la incapacidad No.12 el 02-12-2015; (v) en declaración ante el juzgado de primera instancia el actor informó que le hicieron la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el cual allegó copia, y manifestó que la apeló.

Por lo anterior manifestó que la Nueva EPS no vulneró los derechos del actor por cuanto pagó las incapacidades de los 180 días y expidió y remitió el concepto de rehabilitación antes de vencerse los 120 días.

Caso contrario sucedió con Colpensiones porque a pesar de calificar al señor Valencia Ortiz, le dio trámite al recurso de apelación interpuesto, no le ha cancelado las incapacidades a partir del día 181, conclusión que se llega en virtud de la presunción de veracidad de los hechos y por ser ella quien debe hacerlo.

**5. Impugnación**

La accionada Colpensiones impugna el fallo con el fin de que se declare hecho superado por cuanto emitió oficio de fecha 15-09-2016 donde se le informa al señor Valencia Ortiz a través de la guía GN367014235583 que con Resoluciones 579 y 718 de 2016 reconoció y pagó el subsidio económico equivalente a 185 días de incapacidad y para ello adjuntó el certificado de pago.

Asimismo adujo en dicha comunicación que de acuerdo al certificado de relación de incapacidades, el día 180 corresponde al 02-12-2015, en consecuencia Colpensiones se encuentra obligada a reconocer a partir del día 03-12-2015 (día 181), no obstante, una vez revisado el expediente administrativo no se evidencia que se haya radicado la incapacidad médica transcrita por la EPS correspondiente al periodo 26 de noviembre y 10 de diciembre de 2015, razón por la cual no ha sido posible su estudio y lo requiere al actor para que la allegue.

De la misma forma agregó que el 03-07-2016 la calificación de su pérdida laboral arrojó un PCL del 40.64% con fecha de estructuración 10-02-2016 y origen común y que al ser apelado el 01-09-2016 fue remitido a la Junta Regional, por lo tanto la Administradora legalmente se encuentra obligada a reconocer incapacidades hasta la fecha en que se postergue el trámite y este dejó de serlo el 03-07-2016, razón por la cual el último periodo en que se encuentra obligada al pago es el comprendido entre el 17-06-2016 y 29-06-2016.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿A quién le corresponde el pago de las incapacidades superiores a los 180 días?

(ii) cuando la calificación es menor al 50% y el accionante continúa con incapacidades ¿a quién le corresponde el pago de las incapacidades superiores a los 540 días?

Previo a abordar los interrogantes planteados le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[6]](#footnote-6).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa el señor Carlos Ariel Valencia Ortiz quien actúa en nombre propio, al ser el titular de sus derechos a la salud, vida digna y mínimo vital quien alega la falta de pago de las incapacidades a partir del día 181 con los intereses generados.

Así mismo, lo está por pasiva Colpensiones y Nueva EPS, pues a ellos se les endilga la presunta conducta violatoria de los derechos la salud, vida digna y mínimo vital, cuya protección se reclama.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que son fundamentales los de salud, vida digna y mínimo vital.

**3.3. Inmediatez**

Se encuentra también satisfecha por cuanto la fecha de la petición verbal que presentó fue el 14-07-2016, transcurriendo desde esa fecha hasta la presentación de la acción de amparo (07-09-2016), más de un (1) mes que se considera razonable para incoar dicha acción.

**3.4. Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

En relación con el reconocimiento de incapacidades, la Corte Constitucional[[7]](#footnote-7) ha dicho que por regla general 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.

En el caso particular el señor Valencia Ortiz ha referido que el pago de las incapacidades son su único sustento económico pues su esposa es ama de casa y es padre de dos hijos, uno menor de edad y otro privado de la libertad, así las cosas y según los criterios esbozados del Órgano de cierre constitucional, resulta satisfecho este requisito.

**4. Fundamentos jurídicos de la decisión**

**4.1. Incapacidad laboral superior a 180 y 540 días**

Según el máximo Tribunal Constitucional[[8]](#footnote-8), las incapacidades laborales se entienden como sumas de dinero que sustituyen el salario durante en el cual el trabajador se encuentra imposibilitado ya sea por enfermedad común o de origen profesional para desempeñar sus labores, asimismo ha expresado que constituyen el sustento económico que posibilita una recuperación de la salud de manera tranquila y garantiza unas condiciones de vida digna.

En relación con las incapacidades laborales de origen común, se tiene que esta debe ser pagada los dos (2) primeros días por el empleador, según el Decreto 2943 de 2013, posterior a estos y hasta el día ciento ochenta (180) por la EPS y desde el día ciento ochenta y uno (181) hasta por ciento ochenta (180) días más por la Administradora del Fondo de Pensiones, hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral (artículo 23 del Decreto 2463 de 2001), si previamente la EPS ha dado concepto favorable de rehabilitación, pues si esta no lo ha emitido, le corresponde a la EPS pagar con sus propios recursos, el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal y si esta se prolonga más de los ciento ochenta (180) días, asumirá desde el día ciento ochenta y uno (181) hasta el día en que se emita el concepto en mención.

Así lo dispone el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 que consagra:

*“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 iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.* (Subraya nuestra).

Y de esta forma lo ha dicho la Corte Constitucional[[9]](#footnote-9): “*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. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso.*

*Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el 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.*

*En los eventos en que ello no sea así, 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. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención”.*

*La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de 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”. El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. 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 dejó dicho.*

*Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, 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.* (Subraya nuestra).

De la misma forma la jurisprudencia de dicha Corporación[[10]](#footnote-10) ha identificado varias hipótesis cuando las incapacidades superan los 180 días, entre ellas: i) que el trabajador sea calificado con pérdida de capacidad laboral menor del 50% o, ii) que la disminución de la capacidad sea igual o superior al 50%.

Respecto del primero, ha dicho que 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, así la cosas el vínculo laboral solo podría ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo.

Sin embargo, si siguen expidiéndose incapacidades, será el fondo de pensiones el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto (i) se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o (ii) se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral, de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, para las incapacidades superiores a los quinientos cuarenta días (540), la Corte[[11]](#footnote-11) manifestó que existía un vacío legal en cuanto a quién asumiría el pago, pues se omitió una regulación específica en radicar en cabeza de alguna de las entidades del Sistema de Seguridad Social dicha obligación, teniendo en cuenta que el déficit normativo no podía constituirse en una forma de vulnerar los derechos fundamentales, la adjudicó en el fondo de pensiones, entre otras, por el principio de solidaridad.

Posteriormente, y en reciente providencia[[12]](#footnote-12) estableció que *“retomando el déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez”,* el Legislador atribuyó dicha responsabilidad a las EPS, de acuerdo al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015[[13]](#footnote-13) vigente a partir del 09-06-2015, quienes a su vez 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 (ADRES), entidad creada mediante la citada Ley, según el artículo 66, quien asumirá dicha administración a partir del 01-04-2017 según el artículo 21 del Decreto 1429 de 01-09-2016, recientemente expedido, que además dispuso que cualquier referencia al FOSYGA que se haga desde esa fecha en la normatividad se entenderá a nombre de la ADRES (artículo 31 *ibídem*).

Con base a lo anterior, y según los supuestos de hecho de la sentencia T-144-2016 permite concluir que la Corte Constitucional parte de la existencia de la calificación, para las incapacidades superiores a los 540 días, que no han alcanzado el porcentaje del 50% para que se logre la pensión de invalidez y siguen incapacitados, cuyo pago de las mismas, le corresponde a la EPS, vacío que satisfizo el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Así lo estableció en la sentencia en mención:

*“*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…”

*(…)*

*Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015”.*** (Negrilla dentro del texto original y subraya nuestra).

**5. Caso concreto**

En el presente asunto, el actor pretende el pago de las incapacidades adeudadas desde el día 181, esto es desde el 03-12-2015 (fls.30 a 31), por cuánto las generadas hasta el día 180 (02-12-2015) fueron objeto de pago por la EPS, según lo expresó la Nueva EPS en su contestación (fl.26) y lo corroboró el accionante al reconocer su pago, tanto en el escrito de tutela (fl.1) como en la declaración que rindió ante el Juzgado de primera instancia el 14-09-2016 visible a folio 36 vuelto.

Asimismo la Nueva EPS remitió concepto de rehabilitación desfavorable a Colpensiones, según lo informó al accionante (fl.28).

Por su parte Colpensiones manifestó, aunque de manera extemporánea, esto es, después de la sentencia, que según lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 le corresponde reconocer el pago de las incapacidades por enfermedad general o accidente de origen común generadas desde el día 181 hasta por 360 días calendario, adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocidos por la EPS, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, por lo tanto está obligada a reconocerlas a partir del 03-12-2016 (día 181), sin embargo, sólo reconoció y pagó las incapacidades médicas temporales de los periodos 12-12-2015 a 29-06-2016 que equivalen a 185 días, según certificado de pago visible a folio 59, por cuanto evidenció que el accionante no radicó ante Colpensiones la incapacidad médica transcrita por la EPS del periodo 26-11-2015 al 10-12-2015, motivo por el cual requirió al actor para que la allegue y proceder a su estudio, sin que obre en este trámite prueba de tal incapacidad.

Además adujo que al calificar al accionante el 03-07-2016 según dictamen No.2016162435RR con un porcentaje de 40.64%, hasta dicha fecha se encuentra obligada a reconocer incapacidades (fls.60 a 64).

De lo anterior la Sala puede colegir que el total de días de incapacidad reconocidos y pagados por la Nueva EPS (180 días) como Colpensiones (185) corresponden a 365 días, por lo que en principio, habría lugar a que se declare hecho superado como lo ha solicitado Colpensiones en esta instancia, al superar el límite de los 360 días que tenía para calificar al accionante, y al haber realizado dicha calificación el 03-07-2016 con el fin de dejar de postergar el trámite de calificación de Invalidez.

De esta forma le correspondería al accionante reintegrarse a su cargo a las labores que desempeñaba o la reubicación a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando, así la cosas su vínculo laboral solo podría ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo.

Sin embargo, como se avizora a folios 18 y 31, el señor Valencia Ortiz continúa incapacitado, incluso después de la calificación (03-07-2016), pues así lo reflejan las incapacidades generadas en el periodo 12-07-2016 al 09-09-2016 visibles en los citados folios, lo que le impide que se reintegre a sus labores, y como obtuvo un porcentaje de 40.64%, inferior al 50% exigible para ser considerado inválido, tampoco le es posible acceder a la pensión por invalidez, así las cosas, resulta necesario determinar a quién le corresponde, a la luz de la jurisprudencia constitucional y legislación vigente, continuar pagando las incapacidades posteriores al 03-07-2016 que incluso pueden llegar a superar los 540 días en un futuro.

Para ello debe advertirse que según lo ha dicho la Corte Constitucional, como órgano de cierre en materia constitucional, cuando el actor no alcanza el porcentaje de disminución de la capacidad laboral para solicitar la pensión de invalidez y adicional a ello se siguen expidiendo incapacidades, al fondo de pensiones le corresponde realizar el pago de las incapacidades que se generen, hasta tanto (i) se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o (ii) en su caso se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral, esto de acuerdo a la interpretación extensiva que ha realizado la Corte Constitucional al artículo 23 del Decreto 2463 de 2001[[14]](#footnote-14).

Ahora si dado el caso que dichas incapacidades superen los 540 días y no se alcance con una nueva calificación el 50%, o un concepto de rehabilitación favorable que le permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral, el pago de dichas incapacidades deberán ser asumidas por la Nueva EPS de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, donde se estableció que la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) destinará los recursos entre otros al reconocimiento y pago a las EPS 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 540 días continuos.

En este sentido lo expresó la Corte Constitucional en providencia reciente[[15]](#footnote-15) cuando mencionó que existía un vacío sobre quién era el responsable en el pago de incapacidades superiores a los 540 días, el que se satisfizo con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Por lo tanto, las razones esgrimidas por la accionada Colpensiones no están llamadas a prosperar para declarar hecho superado, pues su obligación de pago continúa hasta los 540 días de incapacidades si estas se generan.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, se procederá a modificar los numerales segundo y tercero de la sentencia de 21-09-2016, para en su lugar ordenar el pago de las incapacidades a Colpensiones de las que se generaron posterior al 03-07-2016, fecha de la calificación hasta el día 540, si estas se generan.

Y en relación con la Nueva EPS declarar que no ha vulnerado ningún derecho fundamental al señor Carlos Ariel Valencia Ortiz por el momento, no obstante si llegasen a superar las incapacidades los 540 días, deberá asumir el pago de las mismas, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Los demás numerales se dejarán incólumes.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

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

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia de 21-09-2016 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas dentro de la presente tutela presentada por el señor Carlos Ariel Valencia Ortiz identificado con cédula de ciudadanía No.10.025.094 de Dosquebradas, quien actúa en nombre propio, en contra de Colpensiones donde se vinculó a la Nueva EPS, los que quedarán así:

**SEGUNDO:** **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por intermedio de la vicepresidenta de Beneficios y Prestaciones, Paula Marcela Cardona Ruíz o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, pague dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia al señor Carlos Ariel valencia Ortiz identificado con cédula de ciudadanía No.10.025.094 de Dosquebradas, las incapacidades correspondientes a los periodos comprendidos entre el 12-07-2016 al 09-09-2016, así como las que se sigan generando en favor del accionante, hasta el día 540, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO**: Declarar que la Nueva EPS no ha vulnerado ningún derecho fundamental al señor Carlos Ariel Valencia Ortiz por el momento, no obstante si llegasen a superar las incapacidades los 540 días, deberá asumir el pago de las mismas, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de 21-09-2016, según lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**CUARTO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

1. Corte Constitucional. Sentencia T-004 de 13-01-2014. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencias T-485 de 16-06-2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-137 de 01-03-2012 M.P. Humberto Sierra Porto y T-097 de 10-03-2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-004 de 13-01-2014. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 28-03-2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-4)
5. ***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”.* (Negrilla dentro del texto original). [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia T-097 de 10-03-2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional. Sentencia T-004 de 13-01-2014. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 28-03-2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional. Sentencias T-485 de 16-06-2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-137 de 01-03-2012 M.P. Humberto Sierra Porto y T-097 de 10-03-2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Sentencia T-004 de 13-01-2014. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 28-03-2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-12)
13. ***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”.* (Negrilla dentro del texto original). [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional. Sentencias T-485 de 16-06-2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-137 de 01-03-2012 M.P. Humberto Sierra Porto y T-097 de 10-03-2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 28-03-2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-15)