

5. El pago de las incapacidades generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia.

5.1 Como regla general, cuando un trabajador presenta pérdida de capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) debe ser reincorporado al cargo que venía desempeñando, o si ello no fuere posible a otra actividad que no sea incompatible con su situación de discapacidad, siempre que los dictámenes médicos determinen que es apto para ello[16].

No obstante, esa regla tiene su excepción cuando el trabajador, a pesar de presentar un porcentaje de PCL inferior al 50%, no puede reincorporarse a su puesto de trabajo o a otra actividad, debido a que sus problemas de salud persisten y le generan nuevas incapacidades médicas. Esta situación no fue contemplada en la [Ley 100 de 1993](#), ni en sus decretos reglamentarios, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha llenado ese vacío normativo.

En efecto, este Tribunal en [sentencia T-140 de 2016](#), reconstruyó la línea jurisprudencial sobre la materia y concluyó que “ los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar.” .

Sobre el particular, la Corte en [sentencia T-920 de 2009](#) sostuvo:

“ En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez” .

A su vez, en [sentencia T-729 de 2012](#), señaló:

“ En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50 %, la Corte ha interpretado, conforme con la [Constitución Política](#) y el precitado [artículo 23 del Decreto 2463 de 2001](#), que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores” . (Énfasis agregado).

De esta manera, el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, “ hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.” [17].

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez.

5.2 Sin embargo, es preciso determinar quién es el responsable del pago por incapacidades generadas luego del día 540. El artículo 67, inciso segundo, literal A de la Ley 1753 de 2015, resuelve tal inquietud en los siguientes términos:

Estos recursos [esto es, los que administra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES–] se destinarán a:

1. 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[18].

Esto lleva a concluir que el pago de las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días continuos deba ser asumido por las EPS, quienes a su vez podrán reclamar ante la ADRES el reembolso de los pagos realizados por tales conceptos como lo expuso la Corte en Sentencia T-144 de 2016:

“ 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.” .

En síntesis el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos, sobre los cuales

podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES de conformidad con las previsiones legales y pronunciamientos judiciales expuestos en este acápite.

e conformidad con la reiteración que en esta providencia se ha efectuado de las reglas contenidas en las sentencias [T-920 de 2009](#), [T-729 de 2012](#) y [T-140 de 2016](#), las incapacidades generadas por enfermedades de origen común, deben ser asumidas por las Administradoras de Pensiones incluso si se ha efectuado el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida la pensión de invalidez. Los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar. [21].

Descendiendo al caso en concreto, la Sala observa que COLPENSIONES ha desconocido la jurisprudencia de esta Corte, al suspender el pago de las incapacidades que se le han venido generando al actor desde el día 181. En estricto sentido, si el actor sigue presentando dolencias que le impiden seguir laborando, debe procederse a realizar un nuevo examen en el cual se establezca si su enfermedad deviene en una incapacidad laboral que le haga beneficiario de una pensión de invalidez.

Dicho de otra manera, COLPENSIONES está en la obligación de realizar exámenes periódicos al señor J.V.R.G. con el propósito de determinar si su porcentaje de pérdida de capacidad laboral ha sufrido alguna variación. Tal obligación surge desde el día 181, hasta el día 540 de incapacidad, junto con la de pagar las incapacidades generadas si no llega a recuperarse durante ese período.

Luego, en el evento en que se completen 540 días y el ciudadano R.G. no se haya recuperado, la EPS Sanitas deberá hacerse cargo de los mismos desde el día 541, hasta el momento en que exista un concepto médico favorable o se reconozca la pensión de invalidez de conformidad con la regla establecida en la [sentencia T-144 de 2016](#), referida con anterioridad.

Así las cosas, le asiste razón al ciudadano J.V.R.G. al señalar que COLPENSIONES ha vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, pues al encontrarse dentro del período que comprende el día 181 hasta el 540, corresponde a esa entidad realizar el pago de las incapacidades laborales por enfermedad de origen común.

De esta manera, la Sala, al constatar la vulneración alegada, concederá el amparo de las garantías ius fundamentales expuestas, advirtiendo que en caso que el accionante no logre recuperarse y sus incapacidades se prorroguen más allá del día 540, Sanitas EPS deberá realizar los pagos que se generen a partir de esa fecha, hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez o hasta que el actor sea reintegrado a un puesto de trabajo acorde con su estado de salud. EN los términos del [literal A](#) del artículo [67](#) de la [Ley 1753 de 2015](#).

1. Síntesis de la decisión

En la presente oportunidad, la Sala estudia la tutela que promovió el ciudadano J.V.R.G. contra COLPENSIONES, dado que esa entidad suspendió el pago de incapacidades que venía reconociéndole, por los problemas de salud que padece (tumor maligno en el estómago, episodio depresivo moderado, hipertensión y gastritis crónica).

En criterio de COLPENSIONES el pago reclamado por el accionante debe realizarlo la EPS Sanitas, toda vez que, para la primera, su obligación quedó satisfecha cuando le practicó el examen de pérdida de capacidad laboral el cual tuvo como resultado una Pérdida de Capacidad Laboral del 43.24%, con lo cual no debía reconocer pensión de invalidez ni pagos generados por incapacidades.

El accionante agotó el trámite administrativo ante COLPENSIONES, en el cual solicitó el reconocimiento de las sumas dejadas de percibir desde febrero de 2016. No obstante, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la prestación en respuesta calendada el 1º de diciembre de 2016[22].

Manifestando que la actuación desplegada por COLPENSIONES afectaba su derecho fundamental al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, el ciudadano J.V.R.G. formuló acción de tutela contra COLPENSIONES. En el trámite de la misma, fueron vinculados la EPS Sanitas y Autotanques de Colombia (Empresa donde laboraba el actor).

En sentencia de 21 de febrero de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de B. concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, pero tal decisión fue revocada por el Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de 5 de abril de 2017, declarando en su lugar la improcedencia de la acción por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, toda vez que el actor no había interpuesto los medios ordinarios de defensa para la satisfacción de su pretensión.

De conformidad con la situación expuesta la Sala formuló el siguiente problema jurídico: ¿Debe pagar COLPENSIONES al señor J.V.R.G. las incapacidades generadas luego de 180 días, inclusive si ya le efectuó el examen de Pérdida de Capacidad Laboral –el cual tuvo como resultado un porcentaje del 43.24% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 25 de enero de 2016– al no existir concepto favorable o desfavorable de rehabilitación por parte de la EPS Sanitas?