REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Magistrado Ponente

Pereira, ocho (08) de abril de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	Impugnación de Acción de Tutela
RADICADO:	66170-31-05-001-2022-00033-01
ACCIONANTE:	JOSÉ WILMAR DE JESÚS ARISTIZÁBAL MARTÍNEZ
AGENTE OFICIOSO:	PERSONERA DELEGADA MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS
ACCIONADAS:	- COLPENSIONES - EPS SALUD TOTAL
TEMA:	Transporte - Pago de incapacidades
DECISIÓN:	**MODIFICA**

SENTENCIA No. 10

Aprobado por Acta No. 30 del 08 de abril de 2022

En la fecha y una vez cumplido el trámite de ley, se decide el recurso de impugnación interpuesta por las entidades accionadas frente al fallo de primera instancia del 28 de febrero de 2022, proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda.

I. ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ WILMAR DE JESÚS ARISTIZÁBAL MARTÍNEZ**, actuando por medio de agente oficioso, promovió acción de tutela contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la EPS SALUD TOTAL, al considerar vulnerados y amenazados sus derechos fundamentales a la salud, la vida, integridad personal, mínimo vital y la dignidad humana, consagrados en la Constitución Política.

El accionante justifica el amparo constitucional basado en los siguientes,

HECHOS

El accionante señaló que se encuentra afiliado al régimen contributivo en la EPS SALUD TOTAL, en calidad de beneficiario. Que en el mes de mayo de 2021, fue hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos por *SARS-COV2 (RT – PCR positiva del 10/05)*, donde obtuvo manejo con *traqueostomía subcutánea.* Agregó que, debido a su prolongada estadía en cuidados intensivos, se generaron otros diagnósticos médicos, los cuales son: *1) TRASTORNO PSICÓTICO AGUDO DE ORIGEN ORGÁNICO. 2) SÍNDROME DE DESACONDICIONAMIENTO FÍSICO DEL PACIENTE CRÓNICO. 3) ENCEFALOPATÍA POST COVID-19. 4) DOLOR NEUROPÁTICO SECUELAR. 5) TROMBO EMBOLISMO PULMONAR. 6) POLINEUROPATÍA vs MIOPATÍA COVID + PAC CRÍTICO. 7) TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN CON CONDUCTAS CONVULSIVAS.*

Seguidamente, indicó que para el tratamiento de sus patologías el médico tratante determinó que requiere diversas valoraciones, controles, terapia física, terapia modalidades hidráulicas e hídricas, terapia ocupacional integral, terapia de rehabilitación cognitiva, entre otras. Informó que es una persona de escasos recursos, pues en su núcleo familiar era el único que laboraba como taxista, devengando un salario mínimo legal mensual vigente; pero que, debido a su delicado estado de salud, su situación económica se agravó; por lo tanto, no le es posible solventar los gastos de transporte para asistir a los compromisos y citas médicas que se programan fuera de la ciudad las cuales son necesarias para mejorar su salud. Aclaró que tampoco puede movilizarse en transporte público a causa del alto grado de discapacidad física y psicológica en la que se encuentra.

En el escrito de corrección de la tutela, indicó que la dirección de su domicilio es la CR 26ª # 21-23 PI 1 La Julita Pradera, Dosquebradas, Risaralda y el lugar de destino al cual debe desplazarse queda ubicado en la CGI COLOMBIA S.A.S. CR 10 # 48-109 Maraya, Pereira. A este último lugar debe asistir 3 veces por semana para realizar terapias hídricas y las terapias cognitivas. Agregó que, solicita el reconocimiento de viáticos con el fin de que, al presentarse una cita en otro municipio lejano a la EPS tenga la posibilidad de asistir.

Por otro lado, señaló que a la fecha cuenta con varias incapacidades sin pagar; lo cual, lo dejan desprotegido y sin un ingreso mensual. Dichas incapacidades se presentan en los siguientes periodos:

1) Del 11 al 18 de agosto de 2021
2) Del 19 al 29 de agosto de 2021
3) Del 30 de agosto al 08 de septiembre de 2021
4) Del 09 de septiembre al 19 de septiembre de 2021
5) El 20 de septiembre de 2021
6) Del 21 de septiembre al 10 de octubre de 2021
7) Del 11 de octubre al 12 de octubre de 2021
8) Del 13 de octubre al 12 de noviembre de 2021
9) Del 13 de noviembre al 19 de noviembre de 2021
10) Del 20 de noviembre al 19 de diciembre de 2021
11) Del 20 de diciembre de 2021 al 18 de enero de 2022
12) El 19 de enero de 2022
13) Del 20 de enero al 18 de febrero de 2022.

PRETENSIONES

El señor JOSÉ WILMAR DE JESÚS ARISTIZÁBAL MARTÍNEZ solicita se tutelen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la EPS SALUD TOTAL que de manera inmediata autorice el transporte en el Sistema de Seguridad Social en Salud, el tratamiento integral y viáticos, que requiere el accionante. Asimismo, requiere que COLPENSIONES dentro de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a realizar el pago de las incapacidades generadas adeudadas.

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La accionada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.** indicó que no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales del accionante, toda vez que, ha cumplido con la prestación del servicio de salud; por lo que, solicita se declare improcedente la tutela y sea desvinculada del trámite. Agregó que se opone a las pretensiones del actor, teniendo en cuenta que, la EPS cumplió con el pago oportuno de las incapacidades que tenía a su cargo y las que se encuentran pendientes de pago se produjeron después de los 180 días, es decir, desde el 11 de noviembre de 2021, por tanto, están a cargo del fondo de pensiones y es dicha entidad la que debe iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral. Además, recalcó que se produjo una interrupción del 20 de diciembre de 2021 al 18 de enero de 2022, debiendo el actor informar si cuenta con incapacidad en dicho lapso o si, por el contrario, laboró. En caso de que se trate de la primera circunstancia, el pago de las incapacidades estaría a cargo de la AFP.

Respecto de la solicitud de transporte, expresó que la EPS no ha direccionado al tutelante a ningún servicio médico que se encuentre en una ciudad diferente a la de residencia, por lo tanto, considera que dicha pretensión no está llamada a prosperar; más cuando no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para otorgar dicho beneficio y el actor no ha demostrado su incapacidad económica, pues se encuentra vinculado al régimen contributivo y tiene vigente una vinculación laboral con TRANSCOL TRANSPORTADORA DE COLOMBIA S.A.S.

La Administradora **COLPENSIONES** guardó silencio.

FALLO IMPUGNADO

Mediante sentencia del 28 de febrero de 2022, el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas resolvió tutelar los derechos fundamentales del señor WILMAR DE JESÚS ARISTIZÁBAL MARTÍNEZ, en consecuencia, ordenó a la EPS SALUD TOTAL para que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la providencia, suministre el servicio de transporte que el accionante requiere desde su lugar de residencia hasta el sitio donde deben practicarse las terapias hídricas y las relacionadas con la rehabilitación cognitiva. Asimismo, reconocer

y pagar el subsidio equivalente a las incapacidades generadas a partir del 11 de agosto de 2021 y hasta el día 180 a favor del accionante. En caso de persistir las incapacidades, ordenó a la EPS pagar a partir del día 541.

Por otro lado, la juez ordenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar las incapacidades generadas desde el día 180 y hasta el día 540, si no se ha definido la situación pensional del accionante. Finalmente, decidió negar la solicitud de tratamiento integral.

Como fundamento de la decisión, la *a quo* indicó que, teniendo en cuenta el lugar de domicilio del actor (Dosquebradas) y la dirección donde debe practicarse varios tratamientos y terapias (Pereira), logra concluir que la prestación del servicio de salud se hace en un municipio distinto al de residencia del actor; por lo que según las reglas de la Resolución 2922 de 2021 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el servicio de transporte está a cargo del sistema, más si se tiene de presente que el accionante afirmó que era el único sustento de su hogar devengando un SMLMV y que Colpensiones no le ha pagado las incapacidades médicas. No obstante, señaló que no se hace necesario ordenar el pago de viáticos en la modalidad de alojamiento y manutención, en tanto, el desplazamiento y la duración de las terapias no implican pernoctar en una ciudad diferente.

En cuanto a las incapacidades médicas, manifestó que está demostrado que la EPS le ha otorgado incapacidades desde el 11 de agosto de 2021 al 18 de febrero de 2022 por enfermedad general, de manera interrumpida y que suman 249 días. La EPS acreditó que el 29/10/2021 notificó a Colpensiones el concepto desfavorable de rehabilitación del actor, por lo cual, los 180 días corrieron hasta el 10/11/2021, los 120 días se cumplieron el 10/09/2021 y los 150 días el 10/10/2021. Así las cosas, sostuvo que como el concepto se emitió después de los 120 días, ordenó a la EPS SALUD TOTAL a pagar las incapacidades generadas entre el 11 de agosto de 2021 y hasta el 11 de noviembre de 2021 y las que a futuro se causen hasta el día 540 y a partir del 541 a cargo nuevamente de la EPS.

IMPUGNACIÓN

La accionada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.** indicó que, los gastos de transporte para atención ambulatoria se encuentran excluidas del Plan de Beneficios en Salud, además, se trata de un servicio que no es de carácter médico y las normas que regulan la materia no contemplan la cobertura de este tipo de solicitudes. Agregó que el paciente reside en Dosquebradas, municipio que no se encuentra entre las denominadas *ZONAS ESPECIALES POR DISPERSIÓN GEOGRÁFICA*, según la Resolución 2381 de 2021.

Agregó que la providencia determinó la cobertura de servicios que la condición de salud de la parte actora amerita, además de ordenar el otorgamiento de un tratamiento integral, decisión que fue adoptada sin establecer de manera expresa en la providencia que a SALUD TOTAL le asiste la facultad de recobro ante el ADRES.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que resulta improcedente la acción de tutela para el pago de incapacidades que solicita el accionante, pues existen otros mecanismos adecuados para la discusión del derecho económico. Aunado a ello, advirtió que según la jurisprudencia, resulta improcedente el pago de incapacidades cuando el paciente tiene un concepto de rehabilitación desfavorable, pues lo que corresponde es la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Procede la Sala a decidir previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. Sobre la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la **Acción de Tutela** como un instrumento jurídico a través del cual los ciudadanos pueden acudir ante los Jueces Constitucionales a reclamar la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estén siendo vulnerados, sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de obtener oportuna resolución. Así pues, la Tutela procede frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de dichos derechos fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo

transitorio para evitar un perjuicio irremediable; de esta forma, se propende por cumplir uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente.

Se trata entonces de una categoría constitucional de protección que consagró la Constitución de 1991, tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Es un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido, la Acción de Tutela es un instrumento jurídico de carácter subsidiario que no puede ser asumida como una institución procesal alternativa, supletiva, ni sustitutiva de las competencias constitucionales y legales de las autoridades públicas.

En efecto, el presupuesto de **subsidiariedad** que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso en concreto. Por ende en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que existen excepciones que justifican su procedibilidad: *«(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es* ***idóneo y eficaz*** *conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un* ***perjuicio irremediable****, caso en el cual la acción de tutela procede como* ***mecanismo transitorio****.»*[1]

2. Sobre el pago de incapacidades a través de Tutela

Para solicitar, por este medio de defensa judicial, el pago del subsidio por incapacidad, en principio debe ventilarse en un proceso ordinario y ante el juez natural. No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido que *las incapacidades son una prestación del Sistema de Seguridad Social que tienen por virtud parar las contingencias surgidas con ocasión de afectaciones a la salud que padecen los trabajadores, dependientes o independientes, pues la suspensión*

[1] Sentencia T-401 de 2017

temporal de la labor o actividad lucrativa que desarrolla el afectado, arriesga la posibilidad de que pueda satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas y las de aquellas personas que están a su cargo[2]. Entonces, cuando el medio de defensa existente no es eficaz, dada la vulneración de los derechos fundamentales, la acción de tutela se vuelve excepcional para su protección en aras de evitar el perjuicio irremediable.

Al respecto, el parágrafo 1° del art. 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, dispone que el empleador debe asumir los dos primeros días de incapacidad y partir del tercer día y hasta el 180 es la EPS la encargada de pagar las incapacidades.

En lo atinente al pago de las incapacidades que persisten y superan el día 181, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: «*En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador,* ***ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación****.»*[3]

En lo que corresponde al subsidio de incapacidad por enfermedad general cuando supera los 540 días, el reconocimiento y pago está a cargo de las EPS conforme el art. 67 de la Ley 1753 de 2015.

En resumen, la responsabilidad en el pago de las incapacidades es así:

Término	**Responsable**	**Norma**
2 primeros días	Empleador	Decreto 2943 de 2013
Del día 3 hasta el día 180	E.P.S.	Decreto 2943 de 2013
Del día 181 al 540	Fondo de Pensiones	Ley 962 de 2005
Del día 541 en adelante	E.P.S. o Fondo de Pensiones	Ley 1753 de 2015 y Decreto 1333 de 27 de julio de 2018

3. Sobre el servicio de transporte

[2] Sentencia T-248 de 2015
[3] T-246 de 2018

La Corte Constitucional ha reconocido que aun cuando la Ley Estatutaria 1751 de 2015 ni la Ley 100 de 1993 contemplan una disposición que regule la prestación de los servicios de transporte, dicho servicio puede constituir una barrera de acceso a los servicios de salud, incluso cuando el paciente no se encuentra domiciliado en una zona especial por dispersión geográfica. Así lo ha dispuesto en diferentes providencias, como la Sentencia T-228-2020, donde expuso:

"(…) la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, en los casos en que el transporte constituya una barrera o una limitante para el acceso al servicio médico, es un deber de las E.P.S. asumir los gastos de traslado de la persona, particularmente, cuando deba acudir a una zona geográfica distinta de aquella en la que reside."

Más adelante en la misma sentencia, describe una serie de circunstancias en las cuales, las entidades promotoras de salud están llamadas a garantizar el servicio de transporte, las cuales son:*"**(i)** que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la vida de la persona; **(ii)** que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y **(iii)** que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario". A lo anterior se ha añadido que: **(iv)** si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración, se cubrirán los gastos de alojamiento y manutención."*

Bajo estos parámetros, se puede concluir que si bien por principio de solidaridad, el paciente y su núcleo familiar están llamados a asumir los gastos requeridos para acceder a los servicios médicos, existen situaciones que obligan al Sistema de Salud a proveer lo necesario para solventar los servicios respectivos que permitan al paciente a acceder a los servicios de salud y que los derechos fundamentales del afiliado no se vean afectados en razón a barreras económicas.

Caso Concreto

1. Servicio de transporte a cargo de Salud Total EPS

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que el señor **JOSÉ WILMAR DE JESÚS ARISTIZÁBAL MARTÍNEZ** nació el 27/12/1968 y en la actualidad tiene 53 años de edad. Fue diagnosticado con varias patologías, las cuales son: *1) TRASTORNO PSICÓTICO AGUDO DE ORIGEN ORGÁNICO. 2) SÍNDROME DE DESACONDICIONAMIENTO FÍSICO DEL PACIENTE CRÓNICO. 3) ENCEFALOPATÍA POST COVID-19. 4) DOLOR NEUROPÁTICO SECUELAR. 5) TROMBO EMBOLISMO PULMONAR. 6) POLINEUROPATÍA vs MIOPATÍA COVID + PAC CRÍTICO. 7) TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN CON CONDUCTAS CONVULSIVAS.* (Historias clínicas Archivo 1 y 4).

A raíz de las enfermedades que padece, le fueron prescritos varios tratamientos, controles y terapias que debe realizar con el fin de mejorar su estado de salud. Así, le ordenaron: 1) Terapia Física Integral, 3 veces por semana; 2) Terapia de Rehabilitación Cognitiva, 3 veces por semana; 3) Terapia Ocupacional Integral, 3 veces por semana; y 4) Terapia Modalidades Hidráulicas e Hídricas SOD (Fls. 23, 25 archivo1 y Fls. 5 a 7 archivo 4). Asimismo, le fue emitida orden de control por Neurología, entre otros.

El accionante, indicó que debido a su estado de salud, no puede laborar por lo tanto no devenga un salario ni tiene otro medio de ingreso económico; que su esposa es ama de casa y es él que proveía todo lo necesario para su hogar cuando ejercía su oficio como taxista. Señaló que la dirección de su domicilio es la CR 26ª # 21-23 PI 1 La Julita Pradera, Dosquebradas, Risaralda y el lugar de destino al cual debe desplazarse para realizar las terapias hídricas y las terapias cognitivas, queda ubicado en la CGI COLOMBIA S.A.S. CR 10 # 48-109 Maraya, Pereira; por lo tanto, no tiene los medios económicos para desplazarse y requiere que la EPS suministre el servicio de transporte.

La *a quo* en primera instancia, ordenó a la EPS suministrar el servicio de transporte al accionante desde su lugar de su residencia hasta el sitio donde deben practicarse las terapias hídricas y las relacionadas con la rehabilitación cognitiva. Por su parte, en su escrito de impugnación, SALUD TOTAL EPS expresó que los gastos de transporte se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud, además, advirtió que el paciente reside en Dosquebradas,

que no se encuentra entre las denominadas *ZONAS ESPECIALES POR DISPERSIÓN GEOGRÁFICA*.

Pues bien, para esta Sala de Decisión, en primer lugar es necesario analizar si el accionante cumple con los 3 presupuestos descritos por la Corte Constitucional de la T-228-2020, con el fin de determinar si la EPS está llamada a proveer el servicio de transporte al actor.

Así las cosas, se tiene que en cuanto a la primera condición, esto es, ***(i)*** *que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la vida de la persona;* es necesario advertir que le es imposible al juez determinar la necesidad o no de un tratamiento médico y mucho menos, indicar si éste resulta indispensable para garantizar la vida de una persona, pues son aristas que le competen al profesional de salud; no obstante, teniendo en cuenta que el actor padece varias enfermedades que han afectado su actividad motriz y cognitiva, las terapias proscritas por los especialistas van encaminadas a suprimir o menguar las consecuencias de sus padecimientos, por tanto, resulta lógico concluir que son indispensable para garantizar el derecho a la salud y vida del accionante.

Respecto del segundo presupuesto, esto es, ***(ii)*** *que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado;* según las pruebas que obran en el plenario, el señor JOSÉ WILMAR DE JESÚS ARISTIZÁBAL MARTÍNEZ vive con su esposa, la señora LEIDY JANNETH RAVE HERNÁNDEZ, quien es ama de casa, y sus dos hijos (Fl. 20 archivo 04). Además, el accionante asegura que es de escasos recursos, y que su familia depende económicamente de él porque era el único que devengaba un salario. Aunado a ello, el despacho precedió a consultar en la página de la Superintendencia de Notariado y Registro, de la cual, no arrojó algún resultado que pudiera evidenciar que el actor es propietario de un bien inmueble. También, se verificó en el sistema de RUES sin que se evidencie que el accionante cuenta con alguna actividad comercial de la cual pudiese obtener algún beneficio económico. Por lo tanto se puede concluir que, el actor no cuenta con los medios económicos para solventar los gastos de traslados para asistir a terapias y consultas médicas fuera de su municipio de residencia.

Finalmente, en cuanto al tercer presupuesto, esto es, ***(iii)*** *que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario",* basta con mencionar que el actor padece varias patologías descritas como crónicas y críticas, a tal punto, que le han incapacitado para seguir laborando, por ello, el especialista le prescribió varias terapias que se deben realizar con el fin de buscar una mejoría de su estado de salud, si bien, varias de ellas se realizan en su domicilio que evita que se deba trasladar, otras, como la *Terapia Modalidades Hidráulicas e Hídricas SOD,* le obligan a movilizarse de Dosquebradas a Pereira. Por lo tanto, se puede concluir que la no remisión al lugar de las terapias y citas médicas, podría poner en riesgo sus derechos fundamentales.

Entonces se infiere que debido al estado de salud del accionante, su edad (53 años) y su situación económica actual, lo convierten en un sujeto de especial protección constitucional y se requiere la intervención del juez de tutela para proteger sus derechos fundamentales a la salud, la vida, integridad personal, mínimo vital y la dignidad humana.

En este punto, vale rememorar que la Alta Corporación indica que el juez constitucional debe ser ***más flexible en su análisis cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues a menudo el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que una persona en óptimas condiciones.***[4]

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la jueza de primera instancia, toda vez que contrario a lo que afirma la entidad accionada, el servicio de transporte puede constituir una barrera de acceso a los servicios de salud, en aquellos casos en los cuales el afiliado no cuenta con los recursos económicos para solventar su movilización fuera de la ciudad de su domicilio y negarlo podría poner en riesgo el derecho fundamental a la salud y a la vida, más cuando se

[4] Sentencia T-040 de 2015 y Sentencia SU442 de 2016.

trata de un sujeto de especial protección constitucional, tal como sucede en el presente caso.

2. Incapacidades adeudadas.

Debido a las enfermedades que padece el señor JOSÉ WILMAR DE JESÚS ARISTIZÁBAL MARTÍNEZ, fue incapacitado desde el 10 de mayo de 2021 y hasta el 18 de febrero de 2022, según los reportes del accionante y la EPS SALUD TOTAL. El accionante sostiene en su escrito de tutela, que se encuentran pendientes de pago las incapacidades generadas desde el 11/08/2021 al 18/02/2022.

Por su parte, en su contestación, la EPS SALUD TOTAL indicó que pagó las incapacidades otorgadas en el lapso desde el 10 de mayo de 2021 hasta el 08 de agosto de 2021. Más adelante, sostiene que las correspondientes desde el 11/08/2021 al 11/11/2021, *se liquidaron con valor y se generó contacto No. 02242226696 para priorizar pago en tesorería el cual se realizará a nombre de TRANSCOL TRANSPORTADORA DE COLOMBIA S.A. en calidad de empleador* (Fl. 3 archivo 9). Y anexó el siguiente resumen:

Fecha inicio Mm/dd/aa	**Fecha término Mm/dd/aa**	**Duración días**	**Días acumulados**	**Estado**
05/10/2021	06/08/2021	30	30	Pagada
06/09/2021	07/08/2021	30	60	Pagada
07/09/2021	07/19/2021	11	71	Pagada
07/20/2021	07/28/2021	9	80	Pagada
07/30/2021	08/08/2021	10	90	Pagada
08/11/2021	08/18/2021	8	98	Pendiente
08/20/2021	08/29/2021	10	108	Pendiente
08/30/2021	09/08/2021	10	118	Pendiente
09/10/2021	09/19/2021	10	128	Pendiente
09/20/2021	09/20/2021	1	129	Pendiente
09/21/2021	10/10/2021	20	149	Pendiente
10/11/2021	10/12/2021	2	151	Pendiente
10/13/2021	11/11/2021	30	181	Pendiente

11/13/2021	11/19/2021	7	188	-
11/20/2021	12/19/2021	30	218	-
01/19/2021	01/19/2021	1	219	-
01/20/2021	02/18/2021	30	249	-

En cuanto a **COLPENSIONES**, advierte que no es viable reconocer el pago de las incapacidades superiores al día 181 sin que obre concepto favorable de rehabilitación del afectado. Dichos argumentos no son de recibo para esta Corporación, pues se reitera que según la basta jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Administradora de Pensiones es la encargada de asumir el pago del subsidio después del día 181 de incapacidad, sin importar que se emita un concepto de rehabilitación favorable o desfavorable.

Así las cosas, le corresponde a **COLPENSIONES** pagar al actor las incapacidades correspondientes desde el 13/11/2021 hasta el 18/02/2022.

Ahora bien, el inciso 8°, artículo 142 del Decreto 019 de 2012 que señala:

*"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**."* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En efecto, la Sala evidencia que la EPS SALUD TOTAL emitió el concepto de rehabilitación desfavorable el 28 de octubre de 2021, es decir, por fuera del término de 120 días (debió emitirse el 11/09/2021); y fue recibida por COLPENSIONES el 29 de octubre de 2021, esto es, por fuera del término de 150 días (debió enviarse el 11/10/2021) (Fl. 9 a 11, archivo 13). Por ende, debido a la mora en emitir el concepto del accionante y remitirlo a la

Administradora de forma extemporánea, en principio, la EPS debería asumir, con cargo a sus propios recursos, las incapacidades desde el día 181 (es decir, el 11/11/2021) y hasta cuando se emita el concepto; pero, como quiera que el mismo se emitió antes del día 181, las cargas que le corresponden a cada entidad quedan incólumes. En otras palabras, la EPS SALUD TOTAL debe cancelar las incapacidades que se encuentren pendientes de pago desde el 11/08/2021 al 11/11/2021, es decir hasta el día 180, y COLPENSIONES tiene a su cargo el pago de las incapacidades desde el 13/11/2021 hasta el 18/02/2022, es decir, desde el día 181 y hasta el 540.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia impugnada en lo referente a este punto.

3. Pago de incapacidades después de 540 días

Ahora bien, respecto del pago de incapacidades después de los 540 días, en principio estaría a cargo de la EPS SALUD TOTAL, tal como lo expresó la *a quo*; sin embargo, en el caso bajo estudio no se puede perder de vista que el accionante cuenta con un concepto de rehabilitación **desfavorable**, por ende, no resulta viable aplicar lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018[5], el cual, establece que las EPS reconocerán las incapacidades superiores a 540 días, generadas por enfermedad de origen común, cuando: 1) exista concepto favorable de rehabilitación, 2) cuando el paciente no haya tenido recuperación, o cuando 3) se presenten enfermedades concomitantes por nuevas situaciones.

Sobre este tema, la Corte Constitucional en sentencia T-920 de 2009 reiterada, entre otras, en la T-401 de 2017 y recientemente en la T-268 de 2020, señaló que en los casos en que se emita un concepto desfavorable le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades generadas después de los 540 días, en este caso a COLPENSIONES; lo anterior, apelando al principio de solidaridad de las entidades del Sistema que busca salvaguardar el derecho fundamental al mínimo vital del actor, así, el pago deberá extenderse hasta que se defina jurídicamente su situación pensional. Así expuso:

[5] Por medio del cual se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones. Expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

"(…) ***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%"* (Negrilla del texto)

De hecho, la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia **STL1410 de 2022**, concuerda con la posición de la Alta Corte Constitucional, respecto de imponer a los fondos de pensiones la carga de cubrir el subsidio de incapacidades a aquellos pacientes con concepto desfavorable de rehabilitación, cuando sobrepase los 540 días. En dicha providencia expresó:

> *"En esa dirección, es oportuno señalar que, en virtud del criterio definido por la Corte Constitucional en sentencia CC T-004-2014, esta Sala, por medio de fallo CSJ STLS19348-2017, estableció que en el caso planteado le corresponde a la AFP actuar con solidaridad y costear las incapacidades básicas, hasta tanto se decida en forma definitiva el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.*
>
> *Lo anterior, tiene respaldo en que, aun cuando la legislación nacional omitió regular de forma específica a qué entidad del Sistema de Seguridad Social le correspondía pagar las incapacidades generadas después del día 540, este "déficit normativo" no puede vulnerar los derechos fundamentales que dependan directamente del pago de la prestación económica."*

En razón a lo anterior, es procedente **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO punto 2 de la sentencia impugnada, en el sentido de excluir la responsabilidad de la EPS SALUD TOTAL de pagar las incapacidades al accionante, a partir del día 541. Asimismo, se deberá **ADICIONAR** a la providencia, la orden a COLPENSIONES que pague las incapacidades en caso de persistir, a partir del día 541 y hasta que se haya definido jurídicamente la situación pensional del actor, teniendo en cuenta el concepto **desfavorable** del accionante; no obstante,

en caso de que el concepto de rehabilitación cambie a **favorable**, la obligación recae en cabeza de la EPS SALUD TOTAL.

Se deberá **CONFIRMAR** la providencia en todo lo demás.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO, punto 2 de la sentencia impugnada, el cual quedará así:

> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la* ***EPS SALUD TOTAL****, a través de su representante legal o quien haga sus veces, Doctor* ***Luis Guillermo Vélez Atehortúa****, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho:*
>
> 1. *Suministrar el servicio de transporte que José Wilmar de Jesús Aristizábal Martínez requiere desde su lugar de residencia hasta el sitio donde deben practicarse las terapias hídricas y las relacionadas con la rehabilitación cognitiva.*
>
> 2. *Reconocer y pagar al accionante el subsidio equivalente a las incapacidades generadas a partir del 11 de agosto de 2021 y hasta el día 180 a favor de José Wilmar de Jesús Aristizábal Martínez.*

SEGUNDO: ADICIONAR la providencia impugnada, en el sentido de **ORDENAR** a COLPENSIONES que pague las incapacidades en caso de persistir, a partir del día 541 y hasta que se haya definido jurídicamente la situación pensional del actor, teniendo en cuenta el concepto **desfavorable** del accionante. En caso de que el concepto de rehabilitación cambie a **favorable**, la obligación recae en cabeza de la EPS SALUD TOTAL.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia impugnada, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes en la forma y términos consagrados en el Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: DENTRO de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, **REMÍTASE** de forma electrónica y en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, la presente Acción de Tutela ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Firmado Por:

German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 4 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a8c6fc5a1e34d1b255e987ff8f6c490bffd5d6c4f0bd589604bc4549ef9283c8

Documento generado en 08/04/2022 12:23:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica