

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**

Girardota, Antioquia, diecinueve (19) de abril dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Acción de Tutela
Radicado	05-079-40-89-001-2023-00058 -01
Accionante	SANDRA MILENA GUTIERREZ
Afectado	JESÚS HERNANDO DELGADO SERNA
Accionada	ARL COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.
Sentencia	S.G. 023 y 2ª INST. 043
Instancia	Segunda Instancia
Procedencia	Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Barbosa, Antioquia

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, procede este Despacho a resolver la impugnación formulada por **SANDRA MILENA GUTIERREZ** actuando como agente oficiosa de su esposo **JESÚS HERNANDO DELGADO SERNA**, frente a lo dispuesto en la sentencia calendada del 14 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Barbosa, Antioquia, en la acción de tutela instaurada por **SANDRA MILENA GUTIERREZ** actuando como agente oficiosa de su esposo **JESÚS HERNANDO DELGADO SERNA**.

2. ANTECEDENTES

2.1. De la protección solicitada

La pretensión formulada por **SANDRA MILENA GUTIERREZ** actuando como agente oficiosa de su esposo **JESÚS HERNANDO DELGADO SERNA**, se concreta en que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, mínimo vital y debido proceso, que considera le están siendo vulnerados por ARL COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A, ante la omisión de no pagar las incapacidades causadas a consecuencia de la patología que se le está tratando a su esposo como consecuencia del evento sufrido de origen laboral el 17 de octubre de 2021.

Señala en los fundamentos fácticos, que su esposo cuenta con 52 años de edad, es casado y con dos hijas menores de edad y es quien aporta y asume los gastos del hogar y que sufrió un incidente laboral el día 17 de octubre de 2021, el cuál puso en peligro su vida y por lo que viene en tratamiento psiquiátrico bajo el diagnóstico de

TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO y permanece en incapacidad desde esa fecha.

Indica la accionante que a raíz de que su esposo ha sido visto por varios especialistas en la IPS, se vio en la necesidad y obligación de consultar con la psiquiatra Gloria Patricia Lopera, psiquiatra que viene tratándolo desde la primera hospitalización, manifiesta que muchas veces la ARL BOLIVAR no entrega la fórmula a tiempo y es la doctora GLORIA LOPERA quien le facilita medicación para evitar la abstinencia y así evitar hospitalización por descompensación.

El 8 de noviembre 2022, lo volvieron a hospitalizar con atención de urgencia en CLINICA EL ROSARIO DEL POBLADO, y la Dra. GLORIA LOPERA, le formuló y ordenó entre otros: TAC SIMPLE DE CRANEO, EXAMENES POR DEFICIENCIA DE VITAMINAS, VALORACION POR PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL, asimismo agrega que se le han venido prorrogando las incapacidades médicas a su esposo, y las ha presentado oportunamente a la ARL SEGUROS BOLIVAR, pero no han sido pagadas, y por ello, interpuso derecho de petición solicitando dicho reconocimiento ya que desde el mes de octubre de 2022, la IPS MUTALIS no autoriza más incapacidades a su esposo.

Señala que, el día 06 de febrero de 2023 recibió correo de la ARL BOLIVAR donde le informan que no es posible pagar las incapacidades emitidas por la Dra. Gloria Lopera Valencia, debido a que no está adscrita a la red prestadora de servicios de la compañía y con base en ello, aduce que se le están vulnerando los derechos fundamentales a su esposo.

2.1.- Del trámite en la primera instancia

La tutela fue admitida el día 02 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Barbosa, Antioquia, al que se asignó su conocimiento, en la que se dispuso oficiar a la accionada, concediéndole el término de dos días, para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

La COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., realiza pronunciamiento dentro del término establecido indicando que el trabajador sufre accidente de trabajo el día 17 de octubre de 2022, el cual le derivó en la patología de “trastorno de estrés postraumático”, para lo cual la ARL le ha brindado todas las prestaciones asistenciales que su patología de origen laboral ha requerido, colocando a su disposición los mejores especialistas del país adscritos a su red prestadora de servicios, para que fuera un grupo de expertos quienes evaluaran y determinarían el estado actual de salud y los planes de tratamiento y rehabilitación a que hubieran lugar, y las relacionan; en la IPS MUTALIS fue visto por la junta de psiquiatría y también tuvo varias valoraciones psiquiátricas demostrando que no han negado ninguna atención médica que ha requerido el señor Jesús Delgado.

Sobre las incapacidades que reclama la accionante para su esposo, indica que fueron emitidas por la médico particular GLORIA LOPERA VAENCIA, la cual, no se encuentran adscrita a la red de prestadora de servicios de la compañía que representa, ni pertenece al Sistema de Riesgos Laborales y adicional a ello tampoco es su médico tratante, ya que el médico tratante asignado actualmente por la ARL es el de la IPS MUTALIS, quien le realiza el tratamiento y seguimiento integral de sus

patologías reconocidas como de origen laboral y no ha recomendado ninguna incapacidad. Por el contrario, a través de las historias clínicas han conceptualizado y recomendado en valoración psiquiátrica de fecha 20 de enero de 2022 (Anexo 16), sus médicos tratantes determinaron que el trabajador había alcanzado la Mejoría Médica Máxima prevista en el Anexo Técnico del Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional (Numeral 5 del Decreto 1507 de 2014), por ello, el día 25 de enero de 2022 y el 09 de mayo de 2022 fue emitida carta de reintegro laboral con todas las recomendaciones y restricciones del caso (Anexo 17), sin que haya sido posible que el trabajador se reintegrara.

Por lo anterior, exponen que no comprenden lo reclamado por el accionante si de la historia clínica de la entidad se desprende que no necesita incapacidades, respecto de los medicamentos indica que han sido entregados y aporta constancia de la remisión y recalca que, durante todo el proceso de rehabilitación integral del trabajador, la ARL Bolívar asumió todo el reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad.

ESTADO	BENEFICIARIO DEL PAGO	CEDULA	NOMBRE DEL TRABAJADOR	DESDE	HASTA	DÍAS RECONOCIDOS
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	17/10/2021	15/11/2021	29
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	16/11/2021	30/11/2021	15
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	01/12/2021	15/12/2021	15
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	16/12/2021	30/12/2021	15
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	31/12/2021	19/1/2022	20
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	20/1/2022	27/1/2022	8
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	30/1/2022	28/2/2022	30
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	1/3/2022	30/3/2022	30
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	31/3/2022	10/4/2022	11
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	11/4/2022	10/5/2022	30
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	11/5/2022	9/6/2022	30
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	1/7/2022	20/7/2022	20
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	21/7/2022	19/8/2022	30
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	20/8/2022	18/9/2022	30
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	19/9/2022	18/10/2022	30
PAGADA	DRUMMOND LTI	8372727	JESUS HERNANDO DELGADO SERNA	19/10/2022	7/11/2022	20

Finalmente, se opone a las pretensiones e indica que la entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental del afectado toda vez que, se trata de un trabajador que se encuentra completamente rehabilitado y adicional a ello, no es viable jurídicamente reconocer las incapacidades emitidas por la médico particular que ha estado incapacitándolo.

2.2. De la sentencia de primera instancia

La funcionaria de primer grado profirió sentencia el 14 de marzo de 2023, no tuteló los derechos invocados por la accionante a nombre de su esposo Jesús Delgado, en el sentido que del material probatorio arrojado dado que las incapacidades médicas no han sido expedidas por su médico tratante y por el contrario ha desconocido sin justificación alguna, las órdenes médicas dadas por la red de prestadores de servicios de la ARL accionada, quien según lo observado en el plenario, ha tratado de forma oportuna la patología del señor JESÚS HERNANDO.

Para sustentar esta decisión, en síntesis, hace un recuento de la naturaleza y finalidad de la tutela, y lo concerniente al pago de incapacidades, asimismo indicó que conforme a las disposiciones constitucionales y jurisprudenciales no se observa la necesidad de amparar los derechos invocados.

2.3. De la impugnación

La accionante, formuló impugnación, manifestando su inconformidad frente a la decisión tomada por el Juez de primera instancia, en el sentido que pese a que la psiquiatra Gloria Lopera Valencia no se encuentra adscrita a la red prestadores de la ARL seguros Bolívar, ella hizo la última revisión por ARL Bolívar el 28 de abril 2022 después siguió atendiéndolo de forma particular dado el cambio constante de profesionales por la IPS mutales y aduce tener varios reportes radicados pidiendo cambio de IPS y al psiquiatra Felipe Villegas, que por un cambio de medicación abruptamente generó un daño en la próstata.

Manifiesta que las incapacidades que la Doctora Gloria expidió sí deben ser tenidas en cuenta y aceptadas por la aseguradora, pues tal y como lo dicta artículo 2.2.3.3.3 del decreto 1427 del 29 de julio de 2022 “La incapacidad expedida por el médico u odontólogo no adscrito a la red prestadora de servicios de salud de la entidad promotora de salud o entidad adaptada, será validada por la entidad a la cual se encuentra afiliado el cotizante y pagada por esta, siempre y cuando sea expedida por profesional médico u odontólogo inscrito en el Registro Especial en Talento Humano de Salud - ReTHUS, incluida su especialización, si cuenta con ella, o por profesional que se encuentre prestando el servicio social obligatorio provisional, y su presentación para validación en la EPS o entidad adaptada se realice dentro de los quince (15) días siguientes a su expedición, allegando con la solicitud, la epicrisis, si se trata de internación, o el resumen de la atención, cuando corresponde a servicios de consulta externa o atención ambulatoria”.

Por lo anterior, indica que es extraño que las incapacidades emitidas por la Dra Gloria se hayan pagado de junio 10 a 24 de 2022, aduce que la familia sobrevive con el pago de las incapacidades y al no tenerlo su familia se ve afectadas al mínimo vital aunado a que está padeciendo el síndrome de cuidador quemado, y por tales razones solicita se revoque en su totalidad el fallo emitido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Barbosa.

2.4. Presentación de los problemas jurídicos:

Con base en lo expuesto y acorde con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, según el cual se impone al juez que conoce de la impugnación el examen de su contenido y el cotejo con el acervo probatorio y con el fallo que se impugna corresponde a este Despacho determinar, si la decisión de la señora Juez de primera instancia es acertada al no tutelar la protección de los derechos fundamentales invocados, o por el contrario si existe una flagrante vulneración por parte de la entidad accionada?

Con el fin de analizar y dar respuesta a los anteriores problemas jurídicos, este Despacho Judicial analizará la jurisprudencia constitucional sobre: (i) los derechos fundamentales a la salud a la seguridad social.

3. CONSIDERACIONES

3.1. De la competencia

En virtud a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, presentada la impugnación, la tutela se remitirá al superior jerárquico para que resuelva sobre la misma, se radica en este Juzgado la competencia para conocer de

la acción de tutela que fuera decidida en primera instancia por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Barbosa, Antioquia, que pertenece a este circuito judicial.

3.2. Generalidades de la tutela

La acción de tutela constituye uno de los más importantes mecanismos de garantía de los derechos constitucionales fundamentales al alcance de toda persona para la defensa de los derechos de carácter fundamental, siempre que hayan sido violentados o amenazados por una autoridad pública y por los particulares, en los eventos expresamente autorizados en el art. 86 de la C.N., y se orienta, en esencia, a la garantía y protección de estos derechos mediante la aplicación directa de la Constitución, a través de un procedimiento expedito y sumario.

La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se promueva como mecanismo transitorio, para evitar un “perjuicio irremediable”, que sea inminente, grave y de tal magnitud que requiera de medidas urgentes e impostergables; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

3.3.- Sobre este punto, en sentencia T-227 de 2003¹, la Corte estimó que tienen el carácter de fundamental: “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.

De esta manera, el derecho a la salud es fundamental en razón a que está dirigido a lograr la dignidad humana; asimismo su objeto ha venido siendo definido en los planes obligatorios de salud Ley 100 de 1993, y otras fuentes normativas como instrumentos del bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional, entre otras, le otorgan el carácter de derecho subjetivo.

Y en cuanto al ámbito de protección del derecho fundamental a la salud, la sentencia T-760 de 2008, indicó: “el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal”.

Por ello, e relación con el acceso a los servicios de salud que requiera el paciente, la sentencia T-760 de 2008 expuso:

“Una entidad prestadora de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que requiera, únicamente por el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios. Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad.

¹ M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Además, una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico: 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad'

Sumando a lo anterior, la Corte Constitucional, en virtud del principio a la dignidad humana, ha considerado que el estado máximo de bienestar físico, mental, social y espiritual de una persona, debe lograrse paulatinamente conforme al principio de progresividad y no regresión y no puede estar sometida las personas a las cuestiones administrativas que le competen a las EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD.

Así lo expresó en sentencia C-599 de 1998² veamos:

“La consagración del derecho a la salud y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, de una sola vez, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones, todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio. La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios”.

En conclusión, el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, su contenido mínimo así como aquellos contenidos definidos por vías normativas como la ley y la jurisprudencia son de inmediato cumplimiento. Los demás contenidos deben irse ampliando y desarrollando paulatinamente conforme al principio de progresividad y no regresión.

Ahora, la garantía constitucional con la que cuenta toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada en los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153³ y 156⁴ de la Ley 100 de 1993, implica que el servicio a la salud debe ser prestado conforme a los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad, entre otros, sin que sean admisible trabas de índole administrativo que son ajenos a los usuarios.

Finalmente, se debe tener presente que para el caso que nos ocupa, hablamos de los derechos de un menor de edad, que tiene 2 años y que si bien el derecho a la salud por si sólo tiene prevalencia, el artículo 44 de la Constitución Política, se refirió a la integridad física, la salud y la seguridad social, como derechos fundamentales de

² MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ El numeral 3° del artículo 153 de la ley 100 de 1993, define el principio de integralidad en los siguientes términos: “*El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud*”.

⁴ Asimismo el literal c del artículo 156 de la citada ley consagra que “*Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud*”.

los niños sin dejar de lado los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Es así como la Honorable Corte en su sentencia de tutela T-010 de 2019 indicó:

“la protección que la Constitución Política y las normas internacionales le confieren a los niños es una manifestación de la necesidad social de garantizar las mejores condiciones para el desarrollo integral de estos sujetos, fomentando ambientes propicios para que pueden ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, ajenos a las presiones y a las agresiones y las burlas, capaces de tener una buena imagen de sí mismos que les permita trabar relaciones sanas con sus familiares y amigos. Así lo señaló la Corte en sentencia T - 307 de 2006^[51] donde la Sala Séptima de Revisión conoció de una acción de tutela promovida por la madre de un menor de 7 años de edad que nació con un defecto en sus orejas -*apéndices preauriculares*^[52]- razón por la cual el niño era constantemente objeto de burlas, afectando ello, su normal desarrollo espiritual, emocional y social.

Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - Entidades responsables de efectuar el pago. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, el Estado colombiano “*garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”, y con fundamento en esta disposición, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013^[21], las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surte, por parte de las ARL, “(…) *hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez*”^[22].

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad^[23] radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012^[24], el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador^[25].

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación^[26], 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^[27].

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación^[28] -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”*^[29]. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador^[30]. Contrario *sensu*, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible: *i)* que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%^[31], evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la AFP a la cual se encuentre afiliado; o *ii)* que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que *“el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*^[32]. En otras palabras, se configura uno de los eventos en los cuales el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, reconocido por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997^[33].

No obstante, lo anterior, es factible que, a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, los asegurados incurrieron en estas circunstancias, antes de la promulgación de la **Ley 1753 de 2015**^[34] –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se encontraban desprotegidos legalmente como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío de regulación fue efectivamente superado con la ley mencionada, al determinar que el pago de las

incapacidades superiores a los 540 días debía asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente por la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad^[35].

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)

De la norma transcrita se advierte: *i)* que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y *ii)* que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la *entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud*, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017^[36].

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos^[37], y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 1753 de 2015^[38], el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

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

4. EL CASO CONCRETO

En síntesis, la accionante recurrente, no se encuentra conforme con la decisión adoptada por la juez de primera instancia ya que no tuteló las pretensiones invocadas, las cuales buscaban que la ARL SEGUROS BOLIVAR pagara las incapacidades emitidas por la doctora Gloria Lopera desde el 19 de octubre de 2022,

en el entendido que considera que sí se le están vulnerando los derechos de su esposo el señor Jesús Delgado, ya que las incapacidades emitidas por la doctora sí deben ser aceptadas y pagadas por la ARL, así no se encuentre adscrita a la red de prestadores de la ARL.

De las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que el señor Jesús Delgado Serna, sufrió un incidente el día 17 de octubre de 2021, mientras desempeñaba sus labores ante su empleador DRUMOND LTD y que a causa de dicho incidente fue diagnosticado con TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO, siendo incapacitado y visto por medicina en psiquiatría, asimismo, y debido a las constantes evaluaciones médicas sus médicos tratantes de la IPS MUTALIS solicitaron valoración por la junta de salud mental, se advierte que dicha IPS fue la designada por ARL para la atención del señor Delgado, siendo evaluado el 08 de abril de 2022, donde una de las sugerencias del grupo de médicos que revisó al afectado indicó *“Se recomienda no incapacitar de manera prolongada al paciente por riesgo de generar conductas evitativas que empeoren sus síntomas psiquiátricos con el fin de verificar”*.

Posteriormente, fue valorado nuevamente por los especialistas de la IPS, y se evidenció que fue incapacitado por última vez por el término de 20 días y así se citó en la constancia médica (ver fl 46 del escrito de tutela), los 20 días son contados a partir del 19 de octubre de 2022, y se ordena ser valorado nuevamente por la junta médica; el 27 de diciembre de 2022 se realizó el dictamen de pérdida de capacidad laboral (fecha de estructuración del 27 de octubre de 2022), con una pérdida del 20%, dictamen que según respuesta de la accionada se encuentra en controversia en la Junta Regional de Invalidez; finalmente, también indicaron que los pagos de las incapacidades fueron efectuados en debida forma hasta el 07 de noviembre de 2022, fecha de finalización de la incapacidad dada en la IPS.

También se observa que, la accionante aporta con el escrito de tutela, una serie de incapacidades emitidas por la Dra Gloria Lopera, las cuales fueron prescritas al señor Jesús Delgado, de forma particular, y con ocasión a la enfermedad sufrida a raíz del incidente laboral, así es como tenemos que, a la fecha de la presentación de la acción de tutela, dichas incapacidades han sido prorrogadas por la médica particular, sin que se observe constancia de haber sido transcritas por la EPS a la cual el afectado se encuentra afiliado como cotizante en el régimen contributivo o radicadas ante su empleador o ARL.

Ahora, la accionante en su impugnación manifiesta que las incapacidades emitidas por la psiquiatra de forma particular deben ser tenidas en cuenta en concordancia con el artículo 2.2.3.3.3 el decreto 1427 del 29 de julio de 2022 y sita lo siguiente:

“La incapacidad expedida por el médico u odontólogo no adscrito a la red prestadora de servicios de salud de la entidad promotora de salud o entidad adaptada, será validada por la entidad a la cual se encuentra afiliado el cotizante y pagada por esta, siempre y cuando sea expedida por profesional médico u odontólogo inscrito en el Registro Especial en Talento Humano de Salud - ReTHUS, incluida su especialización, si cuenta con ella, o por profesional que se encuentre prestando el servicio social obligatorio provisional, y su presentación para validación en la EPS o entidad adaptada se realice dentro de los quince (15) días siguientes a su expedición, allegando con la solicitud, la epicrisis, si se trata de internación, o el resumen de la atención, cuando corresponde a servicios de consulta externa o atención ambulatoria”

En el entendido, que las expidió conforme a su conocimiento médico, y que fueron presentadas tal como lo indica la norma, sobre ese aspecto, no podemos sólo remitirnos a la lectura del acápite que nos trae a colación la impugnante, pues el artículo hace referencia a la transcripción de incapacidades de enfermedad de origen común y el quid del proceso es el pago de incapacidades emitidas particularmente, motivadas en enfermedad de origen laboral y por ello la accionada es la ARL, y no la EPS u otra entidad; cabe precisar que si bien las incapacidades pueden ser válidas, estas deben de ser valoradas por la entidad correspondiente y el sólo hecho de presentarlas no quiere decir que cumplan su finalidad para recibir el respectivo auxilio, aunado a que no obra constancia en el expediente que éstas hayan sido radicadas en el término oportuno y que la entidad correspondiente haya decidido sobre su validación.

Ahora teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a esta Juez determinar si la decisión que tomó el juez de primera instancia fue la adecuada o si en realidad se advierte una vulneración al mínimo vital, debido proceso y el derecho a la salud; evidenciado que, actualmente el señor Jesús Delgado está afiliado a SURA EPS en calidad de cotizante en el régimen contributivo, asimismo, que mantiene una relación laboral con Drumond LTD, y que ha venido siendo visto medicamente por su EPS y Arl y así se advierte del material aportado, por lo que no se vislumbra vulneración del derecho fundamental a la salud del señor Jesús Delgado.

Respecto al debido proceso alegado por la accionante, observa el Despacho que la accionada ha venido tratando al usuario debido a la enfermedad de origen laboral padecida, y que si bien la accionante alega que la entidad le cambiaba los médicos constantemente y que por ello el afectado se vio obligado a buscar tratamiento particular, en ningún momento la ARL dejó sin tratamiento o seguimiento al señor Delgado, pues tan claro está su actuar que, de la historia clínica aportada por la accionante y la misma ARL, se desprende su constante acompañamiento, aunado a ello, el afectado fue visto por la junta de salud mental de la IPS, con el fin de determinar el manejo de su enfermedad, y como resultado se remitió al paciente para medicina laboral y se cuenta con el dictamen de pérdida de capacidad por origen laboral del 20% emitido por Seguros Bolívar accionada y que a la fecha no se encuentra en firme y que no es tema de discusión de esta tutela, por lo que esta dependencia considera un buen actuar de la entidad respecto al tratamiento brindado al afectado.

Respecto al mínimo vital, observamos que este se alega en razón a la renuencia de la accionada en reconocer y pagar las incapacidades emitidas por la Dra Gloria Lopera Valencia, quien de forma particular las otorgó al señor Jesús Delgado, y que la ARL no tuvo en cuenta, toda vez que la médica no está adscrita a la red de prestadores de salud de dicha entidad, en tal sentido, tenemos que este no es el escenario procedente para discutir sobre la pertinencia o no de las incapacidades, ya que si bien la médica es una profesional, el señor Delgado debe ser visto por la IPS designada para el seguimiento de su patología dado que es de origen laboral y no común, es decir, que las revisiones que el paciente requiera las debe obtener mediante la aseguradora y que en virtud de su contrato laboral su empleador contrató, por lo que, su padecimiento debe ser atendido en la IPS Mutalis como ha venido siendo visto y serán sus profesionales quienes determinen la procedencia o no de las incapacidades en virtud a su conocimiento y evaluación.

Es por ello, que la accionante, no puede pretender que por este medio, que es tan especialísimo obliguemos a la ARL SEGUROS BOLIVAR a que otorgue el auxilio por incapacidad al señor Jesús Delgado, cuando ya ha sido evaluado por profesionales de la IPS, y que determinaron que las últimas incapacidades concedidas serían las del 19 de octubre al 11 de noviembre de 2022, incapacidades que según la ARL fueron debidamente pagadas, aunado a ello, será el profesional médico de la ARL quien establezca el tratamiento adecuado para el afectado y el juez constitucional no debe invadir la esfera médica cuando salta de bulto que el afectado sí está siendo atendido y que es más, se encuentra debatiendo la pérdida de capacidad otorgada ante la Junta Regional de Invalidez, y en el presente año se le han programado varias citas médicas, y por tal razón no se observa ninguna vulneración al mínimo vital pues es claro que no existen más incapacidades otorgadas por el médico tratante de la entidad (IPS MUTALIS).

Finalmente, el afectado no puede pretender obtener incapacidades de forma particular cuando se le encuentra atendiendo por la vía adecuada y que la ley determina para el tratamiento de enfermedades de origen laboral.

Así las cosas, sin más elucubraciones, la sentencia impugnada habrá de confirmarse en su totalidad.

En mérito de lo expuesto y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, el **JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

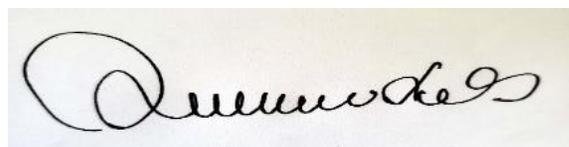
FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de improcedencia del amparo constitucional al señor JESUS HERNANDO DELGADO SERNA, calendada del 14 de marzo de 2023, emanada del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Barbosa, Antioquia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Comuníquese esta decisión al Juez de conocimiento y las partes por el medio más expedito conforme al artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**DIANA MILENA SABOGAL OSPINA
JUEZ**