

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-33-33-009-2021-00170-00
Accionante	MARÍA DEL CARMEN ALTAMAR ARROYO
Accionado	NUEVA EPS – ARL POSITIVA – RESTAURANTE MAJAGUA
Tema	<i>Imprudencia de la tutela por configurarse la cosa juzgada.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionante¹, contra la sentencia de fecha once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)², proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se ampararon los derechos fundamentales al mínimo vital de la señora María del Carmen Altamar Arroyo con respecto a la NUEVA EPS.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela, la accionante María del Carmen Altamar Arroyo, elevó las siguientes pretensiones:

"PRETENSIONES

PRIMERO: Me sea tutelado mi derecho a la Seguridad Social, El Mínimo Vital y La Igualdad.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordene a NUEVA EPS o PLAZA MAJAGUA. Según lo establezca este juzgado corresponda el pago de las incapacidades que los médicos de la EPS EXPIDIÓ según las relaciones a continuación, al igual que lo hizo el H. Corte Constitucional Mediante todos los fallos de tutela que he mencionado en protección al derecho Mínimo vital, la seguridad social y la igualdad.

TERCERO: Prevenir a los accionados, que el incumplimiento de la orden judicial, da lugar a desacato y el mismo podrá ser sancionado con arresto hasta por 6 meses y multa de 20 salarios mínimos legales vigentes.

CUARTO: Prevenir a NUEVA EPS y PLAZA MAJAGUA, a que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que siga reembolsando las incapacidades futuras en la inmediatez en la que le fueren canceladas."

¹ Fols. 180 – 184 Exp. Digital.

² Fols. 111 – 144 Exp. Digital.

³ Fols. 4 – 5 Exp. Digital.

3.2 Hechos⁴.

Como sustento a sus pretensiones, la parte accionante expuso los siguientes argumentos fácticos así:

Relató que, es una mujer de 55 años ben condición de pobreza moderada, que se encontraba laborando desde el 22 de octubre de 2013, en el cargo de servicios generales.

Manifestó que, el día 22 de octubre del 2017, sufrió un accidente de trabajo lo que le produjo un TRASTORNO DE DISCO LUMBAR DEGENERATIVO, que le impide desplazarse por causa del dolor agudo al movimiento y le provoca caídas, motivo por el cual siempre debe estar acompañada. Debido a su actual situación, el médico tratante de la Nueva EPS, le ordenó reposo en casa y le ordenó incapacidades que se han ido renovando periódicamente hasta alcanzar los 180 días de incapacidad temporal y al no existir concepto favorable de rehabilitación, le fue ordenada la práctica de la calificación laboral.

Expuso la accionante que fue calificada mediante dictamen No. 3990653 del 20 de noviembre de 2020, emitido por Colpensiones y notificado a la actora el 16 de abril de 2021 con el oficio No. 2020_11938969 de fecha 16/04/2021. Que la calificación obtenida en el mencionado dictamen arrojó una pérdida de capacidad laboral del 21,30%, con fecha de estructuración del 9 de septiembre de 2020, de origen común. Esta calificación fue apelada y se encuentra a la espera de valoración por parte de la junta regional de invalidez.

También señaló que, debido a su situación actual de salud, el médico tratante ordenó la continuidad de las incapacidades, de las cuales las generadas desde el 12 de enero de 2021 hasta la fecha, pese a encontrarse radicadas y transcritas, no han sido pagadas las siguientes:

Nº	Fecha Inicio	Fecha Terminación	Nro Incapacida	No. de Solicitud	Días de Incapacida
1	12/01/2021	16/01/2021	0006519869	602145450	5
2	18/01/2021	19/01/2021	0006536120	602156103	2
3	09/02/2021	10/03/2021	0006592731	602189592	30
4	23/04/2021	28/04/2021	0006773695	602296413	6
5	29/04/2021	04/05/2021	0006790857	602306785	6
6	11/05/2021	13/05/2021	0006820338	602324820	3
7	14/05/2021	22/05/2021	0006839378		9
8	05/05/2021	10/05/2021	0006806929	602316413	6
9	25/05/2021	31/05/2021	0006857925	602348034	7
10	01/06/2021	15/06/2021	0006882474	602363442	15
11	17/06/2021	01/07/2021	0006925467	602391737	15
12	02/07/2021	16/07/2021	0006976094	602424591	15
13	19/07/2021	23/07/2021	0007025421	602455627	5
Total de días de incapacidad					124

⁴ Fols. 1 – 2 Exp. Digital.

13-001-33-33-009-2021-00170-01

A las incapacidades dadas por el médico tratante, siempre se les ha dado trámite a través de la empresa Restaurante Majagua, quienes se han encargado de realizar la radicación y pago de las mencionadas incapacidades, pero según argumenta la accionante, hasta la fecha de la presentación de esta acción constitucional, no ha recibido pago por este concepto.

Añadió que, por su situación actual, se ha visto inmersa en mora con los servicios públicos de energía y gas con los cuales ha tenido que celebrar convenios de pago que le son imposibles de pagar, pues no recibe el pago de sus incapacidades, lo que le ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital. Expresa también que le ha tocado soportar una situación indescriptible pues de manera frecuente sufre caídas y al vivir sola, le toca esperar que algún vecino acuda a socorrerla, ya que no puede pagar asistencia para su cuidado, ni puede sufragar sus gastos de alimentos congruos y necesarios, razón por la cual recibe caridad de algunos vecinos, amigos y familiares para poder cubrir sus necesidades básicas para su subsistencia.

Agregó que, su única fuente de ingresos es su salario producto de la relación laboral que sostiene con el restaurante Plaza Majagua.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 ARL POSITIVA⁵

Mediante informe allegado el día 03 de agosto del 2021, la accionada solicitó que se declare improcedente la presente acción, bajo los siguientes argumentos:

Manifestó que, para la señora María del Carmen Altamar, se reportó un evento (AT) de fecha 20 de septiembre de 2017, determinado como de origen laboral diagnosticado como CONTUSIÓN EN LOS GLÚTEOS. Conforme al dictamen 2339858 de fecha 20 de marzo de 2021, mediante el cual esta ARL calificó una pérdida de capacidad laboral del 0%. Este dictamen fue notificado a la accionante a través de radicado SAL-202101005152050 del 23 de marzo del 2021 y se encuentra vigente desde el 10 de abril de 2021.

Señaló que, durante la vigencia de la cobertura de la accionante, no se ha reportado a esta entidad accidente de trabajo o enfermedad laboral denominado M511 – TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATIA, respecto del cual se han expedido las incapacidades temporales solicitadas en pago por la accionante, ni se evidencia en sus centros de información notificación de calificación de determinación de

⁵ Fols. 70 – 75 Exp. Digital.

13-001-33-33-009-2021-00170-01

origen en primera oportunidad realizado por la entidad participe del Sistema General de Seguridad Social en Salud respecto de la mencionada patología.

Por lo anteriormente expuesto, la entidad accionada aseguró que, no existe requerimiento ni aprobación de prestaciones asistenciales y/o económicas en favor de la accionante, ni se encuentran trámites de calificación de pérdida de la capacidad laboral notificado a esta ARL. Por esta razón, referente a la patología por la cual se emiten las incapacidades temporales solicitadas en pago acudir a la presunción de origen común, la cual según el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994 señala que las enfermedades, patologías, accidentes o muertes que no hayan sido clasificadas como de origen profesional, se considerarán de origen común. Ilustró que, las ARL solo cubren aquellos eventos que se originen por accidente de trabajo, mientras que las EPS o AFP cubren los de origen común.

Por otro lado, afirmó que no es esta entidad la llamada a responder por lo solicitado en la acción de tutela, toda vez que la misma no va dirigida hacia esta ARL, pues las incapacidades reclamadas por la accionante son bajo diagnóstico de origen común, por esta razón es a la EPS o AFP activa del accionante a quien corresponde asumir el pago de las incapacidades solicitadas.

Señaló que las actuaciones realizadas por esta entidad se encuentran normadas de conformidad con la ley 1562 de 2012 y sentencia T – 142 de 2008, donde se establece quien está a cargo de otorgar las prestaciones económicas y asistenciales. Según esta regulación, para determinar la entidad responsable de estas prestaciones debe existir una calificación de origen de enfermedad o accidente de trabajo, si es de origen profesional, la entidad a cargo es la ARL, pero si por el contrario es de origen común, la responsabilidad debe ser asumida por la EPS o por la entidad de pensiones correspondiente.

A su vez indicó que, el Decreto 1333 de 2008 en su artículo 2.2.3.3.1 establece que, las EPS y demás EOC deben reconocer y pagar las incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días. En este mismo artículo se establece que la entidad responsable de reconocer las incapacidades médicas de origen común varía de acuerdo a los días que dure dicha incapacidad así:

<i>“Periodo</i>	<i>Entidad Obligada</i>	<i>Fuente Normativa</i>
<i>Día 1 a 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 3 a 180</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 41 de la Ley 100 de 1993</i>
<i>Día 181 hasta 540</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012</i>
<i>Día 541 en adelante</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 2.2.3.3.1 Dto 1333 de 2018”</i>

La entidad accionada estableció como sustento de lo anteriormente dicho la Sentencia T-742 de la Corte Constitucional, que trata sobre las obligaciones de

13-001-33-33-009-2021-00170-01

las EPS y las ARL, según la cual, si el hecho generador de los quebrantos de salud es calificado como accidente de trabajo, es la ARP la responsable de los costos del servicios, por el contrario, si no se trata de accidente de trabajo, será la EPS la responsable de dichos costos.

Puso de presente que, frente a cuando surge la responsabilidad para las ARL, la sentencia T-1083 de 2007 ha señalado que es necesaria la determinación del origen de la enfermedad, accidente o muerte del trabajador, de no ser así, se presumirá de origen común siendo la EPS a la que se encuentre afiliado, la encargada de cubrirlo.

Por último, la entidad accionada solicita que se le desvincule del presente trámite pues no ha realizado acción ni omisión por la cual se vean afectados los derechos fundamentales de la accionante reclamados en la acción constitucional, ya que la acción va dirigida contra la Nueva EPS y el empleador, quienes de llegar a probarse la omisión alegada, quienes sean llamados a responder en el presente asunto. Estima que por esta razón, frente a la ARL Positiva, se configura el fenómeno jurídico de falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia debe ser desvinculada del presente trámite.

3.3.2. NUEVA EPS⁶

El día 4 de agosto de 2021, la Nueva EPS rindió informe sobre los hechos que dieron origen a la presente acción de constitucional alegando lo siguiente:

Manifestó que, de acuerdo al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario de protección de los derechos fundamentales, el cual solo procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos, salvo la existencia de algún perjuicio irremediable, pero este no aplica para la protección de derechos económicos tales como el pago de incapacidades, entre otros.

Por otro lado señaló que, las incapacidades que reclama la afiliada fueron autorizadas para pago mediante fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena. Afirma que el valor de las incapacidades fue desembolsado por el área de Financiera de acuerdo con la programación de pagos, para ser reclamado en la entidad bancaria Bancolombia, en la modalidad de pago por ventanilla, con la señora María del Carmen Altamar Arroyo como beneficiaria.

En sus consideraciones, la entidad accionada afirmó que por disposición del artículo 622 del CGP, que modifica el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el conocimiento de conflictos

⁶ Fols., 88 – 95 Exp. Digital.

13-001-33-33-009-2021-00170-01

relacionados a la prestación de servicios de la seguridad social, que se originen entre los afiliados, beneficiario o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo de los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.

Argumentó que, en relación al reconocimiento y pago de incapacidades originadas con ocasión a enfermedad común, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales y legales, corresponde a la EPS reconocer y pagar la incapacidad del afiliado desde el día 3 hasta el 180, cuando se cumple con las prerrogativas establecidas. Simultáneamente, alega que esta entidad no ha vulnerado los derechos constitucionales del afiliado, asimismo, no ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro sus derechos.

Con relación al reconocimiento de la prestación económica por parte de la AFP, de acuerdo a la normativa jurisprudencial y legal vigente, las incapacidades que superen los 180 días estarán a cargo del Fondo de Pensiones, incluso aquellas que superen los 541, toda vez que el diagnóstico sea desfavorable y no se haya definido por parte del Fondo de Pensiones la situación laboral del usuario.

Agregó además que, en protección a los derechos del afiliado con pronóstico de rehabilitación desfavorable, se le impone a la AFP la obligación de expedirle el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral, de no hacerlo incurrirá en una conducta violatoria de las normas y los derechos fundamentales del afiliado, quien por su situación, se convierte en un sujeto de especial protección constitucional, lo que hace que de forma prioritaria, la AFP inicie los trámites para otorgarle la pensión de invalidez.

Por lo que se refiere al reconocimiento de las incapacidades superiores a los 540 días, vislumbró que de acuerdo con la sentencia T-004 de 2014 de la Corte Constitucional, en el caso de aquellos afiliados que no alcancen el porcentaje requerido de invalidez o se les haya dictaminado incapacidad permanente parcial y sus incapacidades se prolonguen, es el Fondo de Pensiones el responsable de asumir el pago de las prestaciones hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se efectúe una nueva calificación de invalidez.

Manifestó que, mediante la expedición de la ley 1753 de 2015, se anunció la creación del ADRES, que tiene entre sus propósitos, pagar las incapacidades de origen común que superen los 540 días, sin embargo, esta norma fue aplicable en un primer momento por la inexistencia de la entidad, pues ADRES entró en funcionamiento solo a partir del 1º de agosto de 2017, y en la actualidad, porque dicha entidad no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 6411 de 2016 art. 6º que define el origen de los recursos para

13-001-33-33-009-2021-00170-01

garantizar el reconocimiento y pago de estas incapacidades por enfermedad general.

Afirmó que, con la expedición del Decreto 1333 de 2018, se definieron 3 supuestos bajo los cuales las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días:

"1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente."

Argumentó que, de acuerdo a la normatividad, la EPS deberá responder por el pago de la prestación a partir del día 541, toda vez que se cumplan los 3 supuestos establecidos en la norma, con derecho al recobro ante el ADRES, por esta razón encuentra la entidad accionante imprescindible la vinculación de esta última entidad, a fin de solicitarles el recobro de los montos que por este concepto pague la EPS.

Por lo anteriormente mencionado, la entidad accionada solicitó ser desvinculado de la presente acción constitucional, toda vez que, a la accionante se le pagaron las incapacidades solicitadas en cumplimiento del fallo judicial proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena y aclara que la accionante no ha presentado más incapacidades ante la Nueva EPS para transcripción, liquidación y pago, por ende no se le adeuda ningún valor por concepto de incapacidades.

Subsidiariamente solicitó que, de tutelarse los derechos de la accionante, se faculte a la Nueva EPS y en virtud de la Resolución 205 de 2020, se ordene a ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra la Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de incapacidades.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

⁷ Fols., 111 – 144 Exp. Digital.



“RESUELVE:

PRIMERO. CONCEDER el amparo los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de la accionante, ordenando como medida de protección que el Área de Prestaciones Económicas de **NUEVA EPS S.A.**, en cabeza del Director de Prestaciones Económicas, Señor César Alfonso Grimaldo Duque y/o la Gerencia de Recaudo y Compensación, en cabeza del señor Seird Núñez Gallo como Superior Jerárquico, **materialicen** el pago de las incapacidades que se encuentran autorizadas pero no están relacionadas dentro de la programación de pagos de la Gerencia de Tesorería de NUEVA EPS, identificadas con los números **0006773695, 0006590857, 0006820338, 0006839378, 0006806929 y 0006857925**, para tal efecto cuentan con el término no mayor a dos (2) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia.

SEGUNDO. DECLARAR IMPROCEDENTE PARCIALMENTE la acción constitucional promovida por la señora **MARÍA DEL CARMEN ALTAMAR ARROYO**, **contra NUEVA EPS S.A., ARL POSITIVA y RESTAURANTE PLAZA MAJAGUA**, por configurarse hecho superado según las consideraciones explicadas en esta sentencia, respecto de las demás incapacidades que tienen orden de pago.

TERCERO. DESVINCULAR a **ARL POSITIVA S.A.**, del presente asunto por falta de legitimación por pasiva, según lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR como ciertos los hechos relatados en la tutela por la señora **MARÍA DEL CARMEN ALTAMAR ARROYO**, respecto de la empresa **RESTAURANTE PLAZA MAJAGUA**, en consonancia con la sanción prevista en el Artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito según lo ordenado en los artículos 30 y 31 del Decreto Ley 2591 de 1991

SEXTO. De no ser impugnada la presente providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

El A-quo como fundamento de su decisión, manifestó que luego de confrontar las incapacidades relacionadas como impagas, con la afirmación de tener orden de pago a través de Bancolombia, se observó que las incapacidades No. 0006773695, 0006590857, 0006820338, 0006839378, 0006806929 y 0006857925, a pesar de estar autorizadas para pago, no fueron relacionadas por el área de financiera de la Nueva EPS con orden de pago a la accionante.

Por otra parte, mencionó que el Restaurante Plaza Majagua no rindió el informe requerido de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, en consecuencia se hace aplicable la sanción de que trata el artículo 20 ibidem, por consiguiente se dan por cierto los hechos susceptibles de prueba relatados por la accionante en su escrito de tutela, respecto de su empleador.

Asimismo, sostuvo que, de acuerdo al certificado de incapacidad No. 0006592731 de fecha 09/02/2021 donde consta la prórroga de la incapacidad que asciende a 654 días y teniendo clara la regulación referente al tema, es a

13-001-33-33-009-2021-00170-01

la EPS de la accionante, es decir, a la Nueva EPS, a quien corresponde asumir el pago de las incapacidades generadas por enfermedad de origen común que superen los 541 días de incapacidad.

Afirmó que, teniendo en cuenta la situación de disminución y el estado de vulnerabilidad de la accionante, encontró el juzgado que existe una vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante, toda vez que su único ingreso es el pago del auxilio de incapacidad que le brinda el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de su EPS. Por esta razón, en aras de proteger el mínimo vital de la accionante, el despacho ordenó a la EPS que impartiera orden al área de financiera que corresponda que realice el pago de las incapacidades antes mencionadas, las cuales se encuentran autorizadas, pero que no han sido saldadas. Con respecto a las demás incapacidades, ordenó que se declare improcedente el amparo solicitado, por hecho superado, ya que de las pruebas allegadas por la Nueva EPS, concluyó que existe orden de pago, por tanto, cesó la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

En cuanto a la ARL Positiva, considero el juzgado que debe ser desvinculada de la presente acción de tutela ya que no se encontró prueba de que esta estuviera vulnerando los derechos fundamentales de la accionante.

3.5. IMPUGNACIÓN⁸

La accionante alegó como motivo de inconformidad que, la decisión de primera instancia carece de las condiciones necesarias de congruencia, toda vez que, no se ajusta los hechos que motivaron la tutela, ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho en el examen y consideración de su tutela, puesto que afirma que era improcedente parcialmente por cesar la vulneración.

Explicó que según la Corte Constitucional, se entiende por hecho superado cuando se repara la amenaza o vulneración del derecho que se invoque, en el lapso desde la interposición de la demanda, hasta el fallo del juez, es decir, cuando previo al pronunciamiento del juez, sobrevienen hechos que demuestran que la vulneración de los derechos fundamentales ha cesado.

Así mismo señaló que, según la sentencia T-038 de 2019 de la Corte Constitucional, estableció que la superación se configura cuando se realiza la conducta pedida y en consecuencia, termina la afectación, por esta razón, ya no es necesaria la injerencia del Juez en aras de garantizar la protección a los derechos fundamentales de la accionante, pues ya la accionada ha garantizado dicha protección.

⁸ Fols. 180 – 184 Exp. Digital.

13-001-33-33-009-2021-00170-01

Afirmó que, a pesar de que la accionada emitió una orden de pago, la cual allegó al despacho mediante la contestación de la acción de tutela, la misma nunca fue notificada ya sea por medio del correo electrónico y/o a la dirección de residencia de la actora, por esta razón, dicha orden es un comunicado emitido por la Nueva EPS sin eficacia jurídica. Además, menciona que dicho comunicado no cuenta con fecha efectiva en la que se realizará el pago de las incapacidades.

Por lo anterior, manifestó que no basta con que la entidad accionada pruebe haber emitido una orden de pago, si esta no cumple con los requisitos para ser un documento claro, expreso y exigible, razón por la cual, no ha cesado la vulneración, ya que no existe un disfrute real y materializado de su derecho al mínimo vital. Por esto, solicita que se revoque el fallo de primera instancia en lo que se refiere al segundo literal de la parte resolutive del mismo y en su lugar se declare procedente completamente la acción de tutela promovida por la señora María del Carmen Altamar contra la Nueva EPS y en consecuencia se ordene materializar el pago de las incapacidades que se encuentran autorizadas y relacionadas dentro de la programación de pagos de la Gerencia de Tesorería de NUEVA EPS, identificadas con los No. 0006882474, 0006925467, 0006976094, 0007025421 y 0007041589.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021)⁹, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por la entidad accionada contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado ese mismo día¹⁰, por lo que se dispuso su admisión por proveído veinticinco (25) de agosto de la presente anualidad¹¹.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

⁹ Fols. 199 Exp. Digital.

¹⁰ Fol. 201 Exp. Digital.

¹¹ Fol. 202 – 203 Exp. Digital.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos probados, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

¿Es procedente el estudio de la acción de tutela si existe un fallo anterior que guarda identidad de partes, objeto y causa con la presente acción?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ el fallo de primera instancia toda vez que al existir un fallo anterior proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena, que guarda identidad de partes, objeto y causa con la presente acción, esta se torna improcedente.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades; (iii) La actuación temeraria en la acción de tutela; (iii) Caso concreto.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los

13-001-33-33-009-2021-00170-01

que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2. Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales adeudadas procede por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos del tutelante, toda vez que, existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada.

Así las cosas, la sentencia T-490 de 2015 fijó una serie de reglas en materia de idoneidad de la acción de tutela para el reconocimiento de las incapacidades médicas laborales por parte de las E.P.S, que se pueden sintetizar en;

“i) El pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

ii) El pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta”

13-001-33-33-009-2021-00170-01

En este sentido, menciona el Máximo Órgano de Cierre Constitucional, mediante esta misma sentencia, que;

“Cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento”

Por esta razón, se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar los beneficios prestacionales, entre ellas las incapacidades, y cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del Juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el solicitante y su núcleo familiar.

Por ello, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital, la salud y la seguridad social, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. Esto se hace aún más notable, cuando el Órgano de Cierre Constitucional, en sentencia T-161 del 2019, expuso que el trámite que se cierre mediante la jurisdicción ordinaria, o ante la Superintendencia de Salud, tiende a carecer de idoneidad, en razón del tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza, lo cual, habilita a la tutela, para resolver esta clase de litigios, siempre que se cumplan con los principios generales de la acción constitucional.

Entonces, si las incapacidades debidamente certificadas al trabajador no son desembolsadas, de manera oportuna, ello puede generar vulneraciones iusfundamentales, razón por la cual el juez de tutela se ve legitimado para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el propósito de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el trabajador, y en algunos casos su núcleo familiar.

En definitiva, cuando se interponga una acción de tutela que pretenda meramente el pago de incapacidades médicas, si bien los accionantes podrían acudir a un proceso laboral ordinario o un proceso abreviado ante la Superintendencia Nacional de Salud, el Juez de tutela no puede dejar de lado que “la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su

13-001-33-33-009-2021-00170-01

salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna"¹².

5.4.3. Cosa juzgada constitucional

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido que, las acciones de tutela también están sometidas a los parámetros de la cosa juzgada, puesto que ello garantiza que controversias que ya han sido decididas de manera definitiva por las autoridades judiciales competentes para ello no sean reabiertas y, por lo tanto, evitar que se afecte el principio de seguridad jurídica.

En efecto, un fallo de tutela hace tránsito a cosa juzgada constitucional (i) cuando es seleccionada para revisión por parte de la Honorable Corte Constitucional y fallado en la respectiva Sala o, (ii) cuando, surtido el trámite de selección, sin que ésta haya sido escogida para revisión, vence la oportunidad para que se insista en su selección.

Con fundamento en las sentencias T-019/16 y T-427/17, se han precisado tres características que permiten identificar cuándo, en el marco de una acción de tutela, se ha vulnerado el principio de la cosa juzgada:

"(i) que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones; (iv) que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos."

Mediante sentencia T-219 de 2018, y de conformidad con la sentencia C-774 de 2001, se abordó el alcance de cada uno de los elementos descritos con anterioridad, de la siguiente manera:

"La identidad de objeto implica que ambas demandas deben versar sobre las mismas pretensiones, en otras palabras "cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente".

La identidad de causa implica que, tanto el proceso que ya hizo tránsito a cosa juzgada, como la nueva demanda, deben contener los mismos fundamentos fácticos sustentando la pretensión. Lo anterior implica que cuando el segundo proceso tiene nuevos hechos o elementos, el juez puede pronunciarse únicamente respecto de estos últimos.

Por último, la identidad de partes, hace referencia a que "al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada."

¹² Sentencia T-140 de 2016, Corte Constitucional.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que de presentarse algunas variaciones en las partes, los hechos o las pretensiones entre el proceso que hizo tránsito a cosa juzgada y la nueva acción, no necesariamente conducen a concluir que no existe cosa juzgada, sino que se torna necesario, efectuar un análisis más profundo, que exceda el estudio de la coincidencia formal, fijando la atención en la coincidencia o equivalencia material entre los dos procesos, a pesar de las pequeñas diferencias.

La Corte Constitucional, en la referida sentencia T-219 de 2018, se pronuncia en estas líneas:

“Que existe cosa juzgada en el asunto, no necesariamente lleva a sostener que existe temeridad en el accionante, ya que la cosa juzgada es un juicio objetivo, mientras que la temeridad, como reproche, es subjetivo. Esta Corte ha considerado que para que se configure la temeridad, es necesario, además de verificar la triple identidad de partes, causa y de objeto antes reseñada, que no exista justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe del accionante, actuaciones no cobijadas por el derecho de acceso a la administración de justicia, al tratarse de una forma de abuso del derecho.

Precisamente, en desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha considerado que una actuación es temeraria cuando: “(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaure la acción; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”.

De todo lo anterior, se tiene que para que se presente el fenómeno de cosa juzgada en un proceso de tutela, es necesario que se presente identidad de causa, objeto y partes.

5.4 CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

- Certificado de incapacidades generadas por la EPS desde 12/01/2021.¹³
- Notificación de pago de fecha 29 de julio de 2021 expedida por la Nueva EPS.¹⁴
- Notificación de pago de fecha 14 de mayo de 2021 expedido por la Nueva EPS¹⁵

¹³ Fols., 6 – 18 Exp. Digital.

¹⁴ Fol., 105 Exp. Digital.

¹⁵ Fol., 107 Exp. Digital.

13-001-33-33-009-2021-00170-01

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el asunto bajo estudio, la señora María del Carmen Altamar Arroyo pretende la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital e igualdad, vulnerados por la Nueva EPS y el Restaurante Plaza Majagua, por el no pago de las incapacidades generadas desde el 12/01/2021 hasta el 23/07/2021, por enfermedad de origen común bajo el diagnóstico M511 TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA, las cuales se encuentran radicadas y transcritas ante la Nueva EPS; como sustento de esto aporta los certificados de dichas incapacidades.

Por su parte, la Nueva EPS afirmó que, las incapacidades que solicita la accionante fueron autorizadas para pago por orden judicial en fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena y señala que el valor de las incapacidades fue desembolsado por el área Financiera de esa entidad, por lo cual solicitó la desvinculación del proceso. Como sustento de lo anterior, adjunta las notificaciones de pago de dichas incapacidades con fecha de 14 de mayo de 2021 y 29 de julio de 2021

El juez de primera instancia decidió conceder el amparo de los derechos alegados por la accionante, razón por la cual ordenó a la Nueva EPS a materializar el pago de las incapacidades que se encontraban autorizadas, pero no se encontraban relacionadas en la programación de pago de esa entidad. Asimismo, declaró improcedente parcialmente la acción de tutela por configurarse hecho superado respecto de las incapacidades que tienen orden de pago, de acuerdo a las notificaciones de pago que aportó la entidad accionada como prueba.

La accionante mediante escrito de impugnación, solicitó que se revocara el fallo de primera instancia y en su lugar, se declarara procedente completamente la acción y se diera orden a la Nueva EPS de materializar los pagos de las incapacidades identificadas con los No. 0006882474, 0006925467, 0006976094, 0007025421 y 0007041589, toda vez que la notificación de la orden de pago presentada por la parte accionada, nunca fue notificada a la accionante y por esta razón carece de eficacia jurídica. También señala que en el mencionado documento no se especifica la fecha en que se materializará el cumplimiento del pago de las incapacidades por lo que no cumple con los requisitos de ser un documento claro, expreso y exigible. Por lo anterior, concluye que no ha cesado la vulneración pues no existe un disfrute real y materializado de su derecho al mínimo vital.

Una vez revisado el expediente, observa la Sala que con anterioridad a la interposición de la presente acción, se presentó otra acción de tutela que fue

13-001-33-33-009-2021-00170-01

conocida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena, por esta razón, se entrará a verificar si se pudo haber configurado una improcedencia frente a esta tutela.

En vista de lo anterior se hace necesario constatar el cumplimiento de los requisitos para que se configure la cosa juzgada.

Requisito	Tutela ante: Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena Radicado: 13-001-31-18-002-2020-00026-00	Tutela ante: Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena. Radicado: 13-001-33-33-009-2021-00170-00
Las partes	Demandante: María Altamar Arroyo Demandado: Nueva E.P.S. y la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES Vinculados: Restaurante Plaza Majagua y la ARL Positiva	Demandante: María Altamar Arroyo Demandado: Nueva EPS, ARL Positiva y Restaurante Plaza Majagua
El objeto	<ul style="list-style-type: none"> • Que le sea tutelado su derecho fundamental al mínimo vital, a la seguridad social, entre otros. • Que se ordene a la Nueva EPS y COLPENSIONES el pago de las incapacidades que surgieron a raíz de las patologías de origen común que padece. 	<ul style="list-style-type: none"> • Que le sea tutelado su derecho fundamental a la seguridad social, el mínimo vital y la igualdad. • Que se ordene a la Nueva EPS o al Restaurante Plaza Majagua, el pago de las incapacidades generadas desde el 12/01/2021 hasta el 19/07/2021
La causa	No pago de las incapacidades con ocasión a patologías tales como M 511: TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATÍA ; M 543: CIÁTICA; M 544: LUMBAGO CON CIÁTICA; M 545: LUMBAGO NO ESPECIFICADO, entre otras; generadas desde el 13/09/2019 hasta el 30/5/2020.	No pago de las incapacidades generadas desde el 12 de enero de 2021 hasta el 19 de julio de 2021, con ocasión a enfermedad de origen común denominada M511 TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta Judicatura que tanto en la acción de tutela adelantada ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena, como en la adelantada ante el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena:

- Hay una identidad de partes, toda vez que en ambos procesos concurrieron las mismas partes, a excepción de COLPENSIONES en el proceso adelantado ante el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.



13-001-33-33-009-2021-00170-01

- Hay identidad de objeto, ya que la accionante pide que se tutelen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, entre otros, además, en la acción elevada ante el juzgado penal se solicita el pago de las incapacidades generadas por patologías entre las que se encuentra la denominada M511 TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA y en la acción elevada ante el juzgado Administrativo se solicita el pago de las incapacidades generadas por esa misma patología.
- Hay identidad de causa petendi, puesto que ambas se fundamentan en el no pago de las incapacidades, teniendo en común las generadas con ocasión a la enfermedad de origen común denominada M511 TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA.

Se advierte que, en la acción iniciada ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Cartagena, identificada con el radicado No. 13001311800220200002600, y proferida el 12 de junio de 2020, se ordena a la Nueva EPS, el pago de las incapacidades que se generen a favor de la accionante a partir del día 541, así:

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S., a través de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de la presente Sentencia de Tutela, proceda, si aún no lo ha hecho, a realizar el pago de las incapacidades laborales generadas por enfermedad de origen común, otorgadas por su médico tratante a favor de la señora MARÍA DEL CARMEN ALTAMAR ARROYO identificada con la cedula de ciudadanía número 45.457.372, expedidas a partir del día tercero (3) hasta el día ciento ochenta (180). Así mismo, deberá asumir el pago de las incapacidades médicas que se generen a favor de la señora MARÍA DEL CARMEN ALTAMAR ARROYO, a partir del día 541.

De acuerdo al certificado de incapacidad No. 0006592731¹⁶, allegado por la accionante, observa esta Corporación que la misma cuenta con una prórroga de incapacidad de 654 días cuyo pago corresponde a la Nueva EPS, por lo que se puede inferir que el fallo realizado por el juzgado penal, ya cobija las pretensiones de la acción constitucional iniciada ante el juzgado administrativo, razón por la cual la vía idónea para que la accionante exija el pago de dichas incapacidades, es mediante un incidente de desacato dirigido al mencionado juzgado, de acuerdo al Decreto 2591 de 1991, artículo 52, inciso segundo.

Adicionalmente, advierte la Sala que una vez consultado el proceso en la plataforma TYBA, se observa que se encuentra abierto un incidente por desacato que versa sobre los mismos hechos.

¹⁶ Fol., 17 Exp. Digital.

13-001-33-33-009-2021-00170-01

De esta manera, es válido concluir que la presente acción resulta improcedente, toda vez que cumplen los requisitos necesarios para que se configure la cosa juzgada, en consecuencia el Despacho revocará el fallo de primera instancia.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia al evidenciarse la configuración de la cosa juzgada, teniendo en cuenta las razones aquí expuestas.

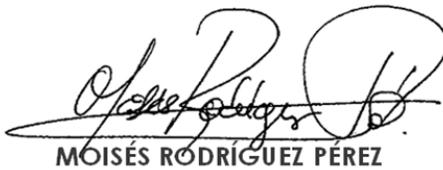
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.049 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ