

13001-33-33-004-2020-00127-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACION DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-004-2020-00127-01
DEMANDANTE	CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO Lipolo10@hotmail.com
DEMANDADO	NUEVA EPS-SERVIHOTELES S. A
VINCULADA	PORVENIR
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	Reconocimiento y Pago de incapacidades

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ fija de decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentado por la parte accionada NUEVA EPS, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Hechos

Manifiesta la accionante que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en la salud por medio de la NUEVA E.P.S, y fue diagnosticada con Síndrome de MANGUITO ROTADOR IZQ+SINDROME DE MANGUITO ROTADOR, la cual presenta dolor persistente en ambas de manos, a pesar de anestesia, razón para lo cual, presenta limitación de la funcionalidad, dificultad para trabajar, dolor en hombro derecho.

Sostiene que no se ha recuperado de la enfermedad que presentó, y su diagnóstico actual la obliga a estar constantemente en controles con médicos especialistas y a seguir el tratamiento médico para su rehabilitación, situación que no le permite tener una vida normal y le impide desempeñar actividades laborales.

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTICULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

13001-33-33-004-2020-00127-01

Que por su condición médica los médicos especialistas le otorgaron incapacidades laborales por los siguientes periodos 28-12-2019 a 11-01-2020, 11-01-2020 a 25-01-2020, 25-01-2020 a 07-02-2020, 07-03-2020 a 20-03-2020, 30-03-2020 a 13-04-2020, 13-04-2020 a 26-04-2020, 27-04-2020 a 10-05-2020 y 11-05.2020 a 24-05-2020, por el término de 14 a 15 días.

Señala que se dirigió a la empresa para averiguar por qué no le habían cancelado las incapacidades y le dieron respuesta que se han realizado todos los trámites administrativos necesarios ante la EPS accionada para obtener el pago de las incapacidades, pero que los resultados no han sido positivos, por lo que señaló que radicó oportunamente todas y cada una las incapacidades sin que a la fecha le hayan dado respuestas o el pago de las mismas.

Manifiesta que hasta a la fecha la NUEVA E.P.S no le ha reconocido ni pagado la prestación económica que sería el reemplazo a su salario, correspondiente a las incapacidades otorgadas por los médicos especialistas tratantes.

Sostiene que no cuenta con otro medio judicial idóneo distinto a la acción de tutela para obtener el pago de las incapacidades antes mencionadas.

Aduce que tiene a su cargo a su madre, que es una señora de la tercera edad, la cual depende económicamente de ella. De lo que agrega, que no puede trabajar debido a la complejidad médica y su único sustento, así como el de su núcleo familiar depende exclusivamente del reconocimiento y pago de las prolongadas incapacidades médicas que se reclaman, como quiera que su madre no puede trabajar en razón a su edad, y todos los gastos familiares los solventa con el producto de su trabajo y no lo puede realizar, por lo que es absolutamente necesario el ingreso que reconocen los médicos especialistas de la EPS accionada.

Que a pesar que fueron emitidas las incapacidades por los médicos especialistas tratantes, a la fecha de presentación la acción de tutela ha transcurrido un periodo prolongado, sin el reconocimiento y pago por parte de la EPS accionada.

3.1.2. Pretensiones.

El accionante actuando en nombre propio solicita:

Que se tutelen sus derechos a la seguridad social, salud, mínimo vital en conexidad con la vida digna.

Que se ordene a la NUEVA E.P.S – NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A a reconocer y pagar el auxilio monetario correspondiente a los periodos de

13001-33-33-004-2020-00127-01

incapacidad ordenados por los médicos especialistas tratantes, desde el día 28 de diciembre de 2019 hasta el día 11 de mayo de 2020 de manera ininterrumpida.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. NUEVA E.P.S

La entidad accionada presenta informe manifestando en principio que la accionante se encuentra en NUEVA EPS S.A., y se encuentra activa en el régimen contributivo y presenta 653 días de incapacidad continua al 24/05/2020 y completó 540 días el 27/12/2019.

Además, que la afiliada, presenta una PCL inferior al 50%, (18.2%) razón por la cual sostiene que no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que si la pérdida de capacidad laboral es calificada entre el 5% y el 49.9% se adquiere el status de Afiliado Incapacitado Permanente Parcial de acuerdo a lo establecido en el literal b del artículo 2 del Decreto 917 de 1999. Por lo que es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital, tal y como lo establece la legislación para las personas que se les ha definido una incapacidad permanente parcial, y este proceso se debe realizar a través del médico especialista en salud ocupacional o en seguridad y salud en el trabajo de su empresa o de la IPS que tenga contratada para realizar el examen médico ocupacional periódico o post incapacidad. Que lo anterior, con el objeto de lograr la readaptación y/o reubicación laboral, que de acuerdo a las resoluciones 2346 de 2007 y 1918 de 2009, son a cargo del empleador.

Así las cosas, solicita la desvinculación de la entidad Nueva EPS de la presente acción de tutela y en su lugar vincular a todos aquellos llamados a responder, en primer lugar, al empleador – aportante SERVIHOTELES S.A con NIT 808001297, quien en virtud del artículo 121 del Decreto 019 de 2012 es responsable de la persecución de las acreencias prestacionales ante los respectivos actores del sistema integral de salud previo pago de las mismas a su empleador y a su turno, reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que este acorde a sus nuevas condiciones de salud.

Por otra parte, manifiesta que no se evidencia el cumplimiento del principio de Subsidiaridad de la acción de tutela, ya que el accionante no demuestra haber agotado todos los medios ordinarios de defensa, que se encuentran establecidos y asignados a la jurisdicción laboral, para reclamar pago de

13001-33-33-004-2020-00127-01

prestaciones económicas, y que excluye la posibilidad de usar la acción de tutela como primera opción ya que resulta improcedente.

A su vez, señala las reglas jurisprudenciales y legales indicadas para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540, de la siguiente manera:

(i). Los primeros 02 días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii). Desde el 3° día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.

(iii). A partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las Administradoras de Fondo de Pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable, siempre y cuando este concepto hubiese sido emitido antes del día 120 de incapacidad y enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Sostiene que, de conformidad a la normatividad vigente, la obligación de la EPS se limita a reconocer y pagar la incapacidad del afiliado desde el día 3 hasta el día 180 cuando se cumple con las prerrogativas normativas antes mencionadas, por lo que alega que no ha vulnerado los derechos constitucionales y legales del afiliado ni ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro, amenace o menoscabe sus derechos.

Por todo lo anterior, solicita que no se acceda a las pretensiones declarando la improcedencia de la acción de tutela, considerando que la accionante cuneta con una carta de reincorporación laboral, por presentar una calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, así las cosas, la accionante adquiere el estatus de incapacidad parcial permanente, a quien el empleador le debe realizar una valoración por salud ocupacional y reubicarla en un puesto de trabajo.

3.2.2. PORVENIR

Revisada la Red Integrada para la Gestión de Procesos Judiciales en línea-TYBA, solo se evidenció un documento donde se da respuesta a un requerimiento por parte de Porvenir, y en ella se aporta calificación de pérdida de capacidad laboral al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., de fecha 22 de junio de 2020.

13001-33-33-004-2020-00127-01

No obstante, en la sentencia de primera instancia en el fallo señala que la entidad que fue vinculada al presente proceso mediante auto de fecha de 08 de octubre de 2020, presento informe sobre los hechos alegados por la accionante, contestación que no se encuentra registrada en TYBA.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

4.1. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena decide conceder el amparo de los derechos fundamentales del accionante, y ordenándole a la accionada NUEVA EPS el pago de las incapacidades medicas que se le expidieron a la señora del Carmen Castilla Chavarro, desde el 28 de diciembre de 2019 hasta 23 de enero de 2020, de la siguiente manera:

“PRIMERO: *CONCEDER el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la seguridad social y mínimo vital en conexidad con la vida digna, de la señora CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO, de conformidad con lo antes expuesto.*

SEGUNDO: *En consecuencia, para la protección efectiva de dichos derechos fundamentales, se ordena lo siguiente:*

- *SE ORDENA a la NUEVA E.P.S., que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades medicas expedidas a la señora CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO, desde el 28 de diciembre de 2019 hasta el 23 de enero de 2020 (fecha en que se complementaron los 180 días de incapacidad por el diagnostico M751).*
- *Igualmente, se ORDENA a la NUEVA EPS, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades medicas generadas a la señora CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO desde el 24 de enero de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020, como quiera que no se observa que haya emitido un concepto de rehabilitación frente al diagnóstico M751 de la accionante.*
- *De seguir generando nuevas incapacidades por el diagnóstico M751" SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR, SE ORDENA a la NUEVA EPS a seguir pagando las incapacidades de la actora hasta completar el 540 en caso de que hasta entonces no haya emitido un concepto de rehabilitación frente a esta nueva enfermedad de la actora (M751)*
- *De emitirse por parte de la NUEVA EPS un concepto de rehabilitación antes del día 540 de incapacidad, se ORDENA a la AFP PORVENIR S.A., que asuma el pago de las incapacidades que se lleguen a causar en favor de la señora CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO por el*

13001-33-33-004-2020-00127-01

diagnostico M751, desde que se emita el concepto de rehabilitación hasta que se complete el día 540 de incapacidad.

- SE ORDENA a la NUEVA EPS asumir el pago de las incapacidades que eventualmente se lleguen a causar a la actora por el diagnostico M751 desde el día 540 en adelante, hasta tanto no se defina el origen de la enfermedad como laboral o se restablezca las condiciones de la actora para reintegrarse a la vida laboral o se califique la perdida de la capacidad laboral superior al 50%.

TERCERO: La NUEVA EPS deberá acreditar ante este Despacho el cumplimiento de la orden impartida al vencimiento del término concedido para su acatamiento.

CUARTO: Notifíquese esta sentencia a las partes, por el medio más expedito. Adviértase que de conformidad con lo establecido por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, podrá ser impugnada ante el superior, dentro de los 3 días siguientes a su notificación.

QUINTO: Si esta providencia no fuere impugnada, remítase a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria. "

4.2. Impugnación de la Sentencia

La sentencia de veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, es impugnada por la parte accionada NUEVA EPS bajo las mismas razones expuestas en la contestación de la Tutela solicitando así revocar el fallo judicial y en su lugar:

No acceder a las pretensiones del accionante declarando la improcedencia de la acción de tutela en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho pues la accionante cuenta con Carta de Reincorporación Laboral, por presentar una calificación de Pérdida de Capacidad laboral inferior al 50%.

Por ello Solicitan conminar al empleador SERVIHOTELES S.A, quien deberá tramitarle un examen médico ocupacional periódico, de readaptación laboral, de reubicación laboral o post-incapacidad de acuerdo a la normatividad vigente descrita.

Que en virtud del señalamiento del art. 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 el cual le entrega la responsabilidad de administrar los recursos de la salud, y la posibilidad de que las EPS puedan recobrar a dicha entidad el pago de incapacidades posteriores al día 540, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo

13001-33-33-004-2020-00127-01

de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

4.3. Escrito de cumplimiento.

Posteriormente, mediante memorial de fecha 29 de octubre de 2020, la apoderada de la Nueva EPS señala que la gestión en lo relacionado al concepto de rehabilitación y remisión al fondo de pensiones Porvenir, la entidad procedió con el trámite en fecha 16 de julio de 2019 a la AFP Porvenir dándole cumplimiento al artículo 142 Decreto 019 de 2012, sin embargo, el diagnóstico por el cual se envió fue M255 dolor articular, aclarándose en dicho concepto que el reporte de ecografía de junio de 2019: 1. hombro derecho normal.

Señala que dando cumplimiento a la acción de tutela y al contar con un nuevo estudio e imágenes resonancia magnética nuclear de hombro derecho de julio 2020, que muestran desgarró parcial del supraespinoso en su porción interarticular, se procede a gestionar y notificar CRH al fondo de pensiones bajo el diagnóstico síndrome de manguito rotatorio.

A su vez, manifiesta que respecto a la calificación de origen de la patología M751 después de ser aportada la resonancia magnética nuclear por parte de la accionante como único documento que faltaba para autorizar las calificaciones, se hizo la autorización y se envió al prestador y cuando sea entregada se notificará a las partes.

Señala que la incapacidad es realizada por médicos tratantes y debe verse siempre como un instrumento clínico terapéutico, que contribuye a la recuperación de la salud, a costa de un gasto y de unos efectos secundarios que obligan emplear el mejor juicio del médico en el buen uso de ella.

Así las cosas, solicita que sea anexado el expediente de tutela como prueba fehaciente el cumplimiento al fallo, por cuanto Nueva EPS obedeció a lo ordenado por el juez de primera instancia salvaguardando los derechos fundamentales.

4.4. Trámite de la Impugnación.

A través del auto de fecha veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020), el A-quo concedió la impugnación presentada por la parte accionada NUEVA EPS, siendo repartido en esta Corporación mediante acta de reparto de fecha veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020).

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad, y, en consecuencia, como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede resolver la alzada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

6.2. Problema Jurídico.

Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, la solución del presente caso exige a la Sala responder dos problemas jurídicos: por un lado,

¿Es procedente la presente acción de tutela por satisfacer los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela? (problema jurídico de procedibilidad).

Y, de otro lado, en caso de que la respuesta a la primera pregunta sea positiva,

¿Determinará si las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales a la seguridad social, salud, mínimo vital y a la vida digna de la Sra. CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO, como consecuencia de no cancelar las incapacidades generadas bajo diagnóstico M751 desde el día 28 de diciembre de 2019 a 24 de mayo de 2020?

6.3. Tesis de la Sala.

La Sala determinará que en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

13001-33-33-004-2020-00127-01

Por su parte frente al segundo planteamiento del problema jurídico, la Sala determinará que Nueva EPS vulnera los derechos fundamentales de la Sra. Carmen Cecilia Castilla por no realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas bajo diagnóstico M751. Como consecuencia de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

Para desarrollar la tesis de la Sala, se abordará en primer lugar el estudio de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, para luego darle solución al caso en concreto.

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

6.4.1. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

6.4.1.1. Legitimación en la causa por activa

Sobre el particular el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, como en el caso en concreto, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

De conformidad con lo anterior, en efecto, **CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO**, quien actúa a nombre propio, se encuentra legitimada en la causa por activa para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, pues es la persona a la que presuntamente se le vulneraron el derecho fundamental a la seguridad social, salud, mínimo vital en conexidad con la vida digna.

6.4.1.2. Legitimación en la causa por pasiva.

Ahora, en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra la acción u omisión de una autoridad pública o un particular que vulnere o amenace un derecho fundamental.

Por lo anterior, las autoridades accionadas, **NUEVA EPS, SERVIHOTELES S. A y PORVENIR** son las entidades a la cuales la parte accionante les endilga la

13001-33-33-004-2020-00127-01

vulneración de sus derechos y por tanto en principio se encuentra legitimada para ser llamada en el presente proceso.

6.4.1.3. Principio de Inmediatez

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional² en reiterada jurisprudencia ha sostenido que, si bien no existe un término de caducidad de la acción, debe tenerse en cuenta el principio de inmediatez de la acción de tutela, en el sentido de que exista un plazo razonable y oportuno entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción.

Así las cosas, la parte accionante presentó la acción de tutela de manera oportuna, ya que el derecho presuntamente vulnerado se da con ocasión a que, no le han reconocido y pagado las incapacidades generadas desde el día 28 de diciembre de 2019 al 11 de mayo de 2020, y el amparo se presentó el 25 de septiembre de la misma anualidad. Por lo tanto, el tiempo transcurrido en ese interregno de tiempo es razonable para intentar la presente acción constitucional.

6.4.1.4. Principio de Subsidiariedad

En relación con el principio de subsidiariedad, la Honorable Corte Constitucional³ sostiene que cuando se trata de acciones de tutela esta solo procederá cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales y excepcionalmente procederá cuando la utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por ende, la tutela es una acción que ostenta un carácter eminentemente subsidiario, en el entendido que su finalidad no es de reemplazar otro medio de defensa judicial con los cuales cuentan los ciudadanos. La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ ha establecido unos criterios para determinar la existencia o no de un perjuicio irremediable, que son "(...) el estado de salud del solicitante y su familia; y las condiciones económicas del peticionario del amparo"

La Corte Constitucional⁵ sostuvo que, tratándose del reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como lo es el auxilio por incapacidad, en principio la acción de tutela es improcedente,

² Corte Constitucional, sentencia T-426 de 30 de abril del 2015.M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

³ Corte Constitucional, sentencia T-375 de 17 de septiembre 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 064 de 2017

⁵ Corte constitucional, sentencia T662 de 2016, T-693 de 2017, T-161 de 2019.

13001-33-33-004-2020-00127-01

por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica valoración de aspectos legales y probatorios que desbordaría las competencias del constitucional.

A su vez en sentencia 161 de 2019 la corte constitucional hizo alusión que el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”*.

En el caso que nos ocupa, se hace necesario traer a colación la Ley 1438 de 2011⁶, que en el literal g del artículo 126 prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud donde la facultan para conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador. Así mismo, cabe señalar que la Ley 1438 de 2011⁷ consagró que el procedimiento jurisdiccional adelantado ante la superintendencia se caracteriza por ser *“preferente y sumario”* y señaló los principios que lo rigen, destacando los de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Ello permite entender que el referido procedimiento tiene un carácter principal y prevalente.

No obstante, debe señalarse que esta Corte hizo una aclaración respecto de la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Salud, indicando que en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la superintendencia será principal y preponderante. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder como mecanismo transitorio, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente⁸.

Ahora bien, la máxima Corte⁹ también ha aceptado la procedencia de la acción de tutela cuando se pretenda el reconocimiento de incapacidades, al

⁶ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁷ Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011

⁸ Ver sentencia C-117 de 2008. Corte Constitucional

⁹ Ver Sentencias T-311 de 1996, T-972 de 2013, T-693 de 2017 y T-161 de 2017

13001-33-33-004-2020-00127-01

considerar que el no pago de la prestación económica desconoce no solo un hecho de índole laboral, sino también, se podrían vulnerar otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata.

En el caso objeto de revisión, es necesario indicar que la accionante según la historia clínica aportada tiene un diagnóstico del médico presenta síndrome de manguita rotador y el mismo le produce un dolor persistente en ambas de manos y la limita para trabajar. Así mismo sostiene que no cuentan con los medios o recursos para solventar sus necesidades como las de su familia, además de que núcleo familiar depende económicamente de ella y como no puede trabajar, están dependiendo del reconocimiento y pago de las incapacidades a favor de la accionante,

Así las cosas, la Sala considera que la acción de tutela resulta procedente como mecanismo directo de protección de los derechos fundamentales, toda vez que las circunstancias fácticas en la que se encuentra la accionante a la espera del reconocimiento y pago de las incapacidades, afecta su derecho al mínimo vital, por cuanto, sostiene que no cuenta con recursos económicos necesarios para sus gastos y los de su núcleo familiar, argumento que no fue desvirtuado por las entidades accionadas, y al ser una negación indefinida de la accionante, le correspondía probarlo por inversión de la carga de prueba.

6.4.2. Generalidades de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que, de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es un mecanismo jurisdiccional que tiende por la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de los individuos y esta se caracteriza por ostentar un carácter residual o subsidiario, por lo que tiene un carácter excepcional, lo anterior parte del supuesto de que en un Estado Social de

13001-33-33-004-2020-00127-01

Derecho como el nuestro, existen procedimientos ordinarios para asegurar la protección de estos intereses de naturaleza fundamental.

Así mismo, esta Corporación ha señalado que el carácter residual de la acción de tutela obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la Constitución y la Ley a las diferentes autoridades y que se fundamenta en los principios de autonomía e independencia judicial.

Por lo anterior, se puede concluir que, dado al carácter subsidiario de la acción de tutela por regla general, ésta solo es procedente cuando el individuo que la solicita no cuenta con otro medio de defensa a través del cual pueda obtener la protección requerida.

6.4.3. Del derecho fundamental a la seguridad social

Los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

La Sentencia T-163/2013 de la Corte Constitucional señala que la Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental y en ese sentido su protección por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales.

6.4.4. De la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales.

La Corte Constitucional ha señalado en reiterados pronunciamientos que, en fundamento en el principio de subsidiariedad, la acción de tutela no procede frente a reclamaciones de tipo laboral o pensional, debido a que el escenario idóneo para conocer de dichos asuntos es la jurisdicción ordinaria laboral, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo.

No obstante, ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias laborales, bien sea como mecanismo transitorio para

13001-33-33-004-2020-00127-01

evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

A su vez, la Corte Constitucional ha señalado que el pago por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional¹⁰ ha sostenido que los mecanismos ordinarios que ha dispuesto el legislador para reclamar el reconocimiento y pago de acreencias laborales, tales como incapacidades no son lo suficiente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza.

6.4.5. Reconocimiento y pago de incapacidades.

Ahora bien, en lo que respecta a las incapacidades la Corte Constitucional¹¹ en reiterada jurisprudencia ha realizado un estudio completo de ellas, señalando que el Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Así mismo, ha sostenido el máximo órgano constitucional que el reconocimiento de incapacidades constituye una garantía de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna al trabajador que no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las laborales que le permitan devengar el pago de su salario.

De igual forma, cabe precisar algunas reglas que ha fijado la Corte sobre las incapacidades en sentencia T-490 de 2015:

¹⁰ Ver sentencias T-311 de 1996, T-920 de 2009, T-182 de 2011, T-140 de 2016, T-401 de 2017, T-693 de 2017 y entre otras

¹¹ Corte constitucional, sentencia T-161 de 2019

13001-33-33-004-2020-00127-01

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.

Así mismo, la Corte Constitucional¹² ha distinguido tres tipos de incapacidades las cuales son “(i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.” Así, se ha sostenido que dichas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, lo cual dependerá para determinar a quién le corresponde la responsabilidad del pago de dichas acreencias.

Tratándose de las incapacidades de origen laboral, la corte¹³ hizo mención al artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, el cual dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Dicho pago estará a cargo de la ARL correspondiente y lo sostenido por el máximo órgano constitucional¹⁴ es que se hará hasta que “(i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le

¹² Ver sentencias T-920 de 2009, reiterada en sentencias T-468 de 2010, T- 684 de 2010, T- 200 de 2017, T-161 de 2019, entre otras.

¹³ Ver sentencia T-693 de 2017

¹⁴ Ver sentencias T-490 de 2015, T-693 de 2017, T- 200 de 2017 y T-161 de 2019.

13001-33-33-004-2020-00127-01

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”

Ahora bien, cuando se trata del pago de incapacidades generadas por enfermedad de origen común, la corte¹⁵ indicó que el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, dispone que el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

En sentencia T-161 de 2019 la corte Constitucional hizo alusión de la forma en la que se encuentra distribuida la responsabilidad del pago de incapacidades de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.*
- ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.*
- iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.*

Sin embargo, ha sostenido la alta corporación de la existencia de una excepción de los supuestos antes mencionados, esto es, que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad, el cual debe enviarlo a la AFP antes del día 150. Si transcurrido los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

¹⁵ Ver sentencia T-161 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinge

13001-33-33-004-2020-00127-01

En lo relacionado al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días.

Siendo así, por parte del Gobierno Nacional, se expide la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, en el artículo 67 de la mencionada ley, se dispuso que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[a]l 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.”. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

Así, mediante sentencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

13001-33-33-004-2020-00127-01

6.4.6. Del derecho fundamental al mínimo vital.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-716 del 07 de diciembre de 2017 estableció que uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de Derecho, Dignidad Humana y Solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.

6.4.7. Del cumplimiento de los fallos de tutela.

La H. Corte Constitucional¹⁶ ha establecido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, las sentencias de tutela deben cumplirse de forma inmediata y tal cual como fue ordenado en su parte resolutoria, sin perjuicio de que el mismo pueda ser impugnado y llevado a revisión de la Corte Constitucional.

A su vez, señala que el deber de cumplimiento inmediato se justifica en la medida en que está en juego el carácter normativo de la Constitución, así como la protección de otros derechos de carácter fundamental, a parte del protegido mediante el fallo y la realización de los fines del Estado. Adicionalmente y respecto del cumplimiento de los fallos de tutela esta Corporación también ha establecido que los mismos deben cumplirse de buena fe, circunscribiéndose a lo establecido en las precisas órdenes emitidas en el fallo de tutela, así como en la *ratio decidendi* de la misma. Igualmente se debe cumplir el mismo prestando atención al principio del efecto útil de la sentencia, procurando hacer efectivo el derecho material.

De igual forma, el máximo órgano señaló que el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, establece la posibilidad de impugnar el fallo de tutela, lo cual no impide dar cumplimiento inmediato al fallo de tutela. Así las cosas, la impugnación se concede en efecto devolutivo y no en el suspensivo, así como también la revisión por parte de la Corte Constitucional (artículo 35 del Decreto 2591 de 1991), por cuanto no es posible suspender los efectos del fallo hasta tanto decida el *ad quem* o la misma Corte en la eventual revisión y ello se debe a lo

¹⁶ Corte constitucional, Auto 132/12

13001-33-33-004-2020-00127-01

establecido en el artículo 86 de la Carta Política cuyo objetivo principal es la protección inmediata de los derechos fundamentales.

6.4.8. De la carencia actual de objeto por hecho superado.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional¹⁷ ha señalado que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden de un Juez de tutela no tendría efecto alguno o sería nugatoria. Dicha figura se presenta en aquellos casos donde ocurra un daño consumado o un hecho superado.

Respecto a este último se ha señalado que tiene ocurrencia cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface y desaparece la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales incoados por el accionante, por lo que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso resultaría inocua y, por lo tanto, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional, sin embargo, es de gran importancia que cuando ocurran estos casos, se incluya en la providencia la demostración de la reparación del daño ante del momento del fallo que demuestre el hecho superado.

Así mismo, la H. Corte Constitucional¹⁸ estableció unos criterios para determinar la ocurrencia de un hecho superado, de la siguiente manera:

- i. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.
- ii. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.
- iii. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.

6.5. CASO EN CONCRETO

6.5.1. Material probatorio relevante.

La Sala, al examinar el expediente en medio magnético de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

¹⁷ Corte constitucional, sentencia 085 de 06 de marzo de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

¹⁸ ver sentencia T-059 de 2016-T-045 de 2008

13001-33-33-004-2020-00127-01

- Documento -cedula de ciudadanía de la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro.
- Incapacidad medica expedida por Nueva EPS a la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro desde el 28 de diciembre de 2019 hasta el 11 de enero de 2020.
- Incapacidad medica expedida por Nueva EPS a la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro la fecha inicial no se logra observar, hasta el 24 de enero de 2020.
- Incapacidad medica expedida por Nueva EPS a la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro desde el 25 de enero de 2020 hasta el 07 de enero de 2020, más copia de signos vitales.
- Incapacidad medica expedida por Nueva EPS a la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro desde el 07 de marzo de 2020 hasta el 20 de marzo de 2020, más copia de los signos vitales.
- Incapacidad medica expedida por Nueva EPS a la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro desde el 30 de marzo de 2020 hasta el 13 de abril de 2020, más hoja de signos vitales
- Incapacidad medica expedida por Nueva EPS a la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro desde el 13 de abril de 2020 hasta el 26 de abril de 2020, más copia de los signos vitales.
- Incapacidad medica expedida por Nueva EPS a la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro desde el 27 de abril de 2020 hasta el 10 de mayo de 2020.
- Incapacidad medica expedida por Nueva EPS a la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro desde el 11 de mayo de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020.
- Historia clínica de la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro con el diagnóstico de síndrome de manguito rotatorio intenso en miembros superiores con limitación total en la abducción.
- Copia de la respuesta emitida por la Coordinación de Gestión Humana de la empresa Servihoteles, a través de correo electrónico de fecha 06 de agosto de 2020.
- Copia de la respuesta emitida a través de correo electrónico de fecha 11 de junio, por la Nueva EPS.
- Copia de la comunicación y remisión concepto de rehabilitación a PORVENIR de fecha 28 de octubre de 2020.
- Certificado de incapacidades emitido por Nueva EPS.

13001-33-33-004-2020-00127-01

6.5.2. VALORACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS DE CARA AL MARCO JURÍDICO.

Procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

En primer lugar, la Sala estima que a pesar que la accionante cuenta con otros medios de defensa, como lo es la jurisdicción laboral o el trámite ante la Superintendencia de Salud, estos no serían eficaces para proteger los derechos fundamentales de la actora. Lo anterior, teniendo en cuenta que la accionante fue diagnosticada con síndrome de manguito rotatorio intenso en miembros superiores "M751", razón por la cual le fueron emitidas incapacidades laborales, y así mismo, la actora manifestó en el escrito de tutela que no cuenta con los recursos económicos para solventar los gastos familiares, los cuales depende exclusivamente del reconocimiento y pago de las incapacidades, por lo tanto se puede concluir que el mínimo vital puede verse afectado como consecuencia del no pago de las incapacidades, lo cual no fue controvertido por las partes accionadas, por lo que se tendrá como cierto y en consideración al principio de buena fe de la accionante.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la presente acción de tutela resulta el mecanismo idóneo para la reclamar el pago de incapacidades para proteger los derechos fundamentales que se verían afectado por el no pago de las mismas, atendiendo a la condición de salud y socioeconómica de la accionante.

Respecto al segundo problema jurídico, se evidencia que efectivamente la Nueva EPS emitió incapacidades a la accionante por el diagnostico "M751" con síndrome de manguito rotatorio intenso en miembros superiores durante los periodos del 27 de julio de 2019 al 24 de mayo de 2020, lo cual se logran evidenciar en el certificado de incapacidades aportado al proceso.



13001-33-33-004-2020-00127-01

CERTIFICADO DE INCAPACIDADES



NIT.900156264-2

Nueva EPS S.A. certifica que la persona relacionada a continuación, luego de efectuar el proceso establecido de transcripción, cuenta con los siguientes registros de incapacidad.

Nombre Afiliado: CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO
Tipo y Número de identificación : CC45744720

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0005209712	ENFERMEDAD GENERAL	01/06/2019	14/06/2019	M255	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005244811	ENFERMEDAD GENERAL	15/06/2019	28/06/2019	M255	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005280359	ENFERMEDAD GENERAL	29/06/2019	12/07/2019	M255	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005314086	ENFERMEDAD GENERAL	13/07/2019	26/07/2019	M255	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005360335	ENFERMEDAD GENERAL	27/07/2019	09/08/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005385248	ENFERMEDAD GENERAL	10/08/2019	23/08/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005419323	ENFERMEDAD GENERAL	24/08/2019	06/09/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005459732	ENFERMEDAD GENERAL	07/09/2019	20/09/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0

CERTIFICADO DE INCAPACIDADES



NIT.900156264-2

Nueva EPS S.A. certifica que la persona relacionada a continuación, luego de efectuar el proceso establecido de transcripción, cuenta con los siguientes registros de incapacidad.

Nombre Afiliado: CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO
Tipo y Número de identificación : CC45744720

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0005499575	ENFERMEDAD GENERAL	21/09/2019	04/10/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$
0005538173	ENFERMEDAD GENERAL	05/10/2019	18/10/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$
0005577127	ENFERMEDAD GENERAL	19/10/2019	01/11/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$
0005616883	ENFERMEDAD GENERAL	02/11/2019	15/11/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$
0005650089	ENFERMEDAD GENERAL	16/11/2019	29/11/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$
0005667201	ENFERMEDAD GENERAL	30/11/2019	13/12/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$
0005728935	ENFERMEDAD GENERAL	14/12/2019	27/12/2019	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$
0005760736	ENFERMEDAD GENERAL	28/12/2019	10/01/2020	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$

CERTIFICADO DE INCAPACIDADES



NIT.900156264-2

Nueva EPS S.A. certifica que la persona relacionada a continuación, luego de efectuar el proceso establecido de transcripción, cuenta con los siguientes registros de incapacidad.

Nombre Afiliado: CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO
Tipo y Número de identificación : CC45744720

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0005790814	ENFERMEDAD GENERAL	11/01/2020	24/01/2020	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005827984	ENFERMEDAD GENERAL	25/01/2020	07/02/2020	M542	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005866854	ENFERMEDAD GENERAL	08/02/2020	21/02/2020	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005901589	ENFERMEDAD GENERAL	22/02/2020	06/03/2020	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005941982	ENFERMEDAD GENERAL	07/03/2020	20/03/2020	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0005993840	ENFERMEDAD GENERAL	30/03/2020	13/04/2020	M751	15	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0006011804	ENFERMEDAD GENERAL	27/04/2020	10/05/2020	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0
0006024737	ENFERMEDAD GENERAL	11/05/2020	24/05/2020	M751	14	0	NT	808001297	SERVIHOTELES S.A	\$0	\$0

En el caso sub examine, la accionante presenta acción de tutela al considerar



13001-33-33-004-2020-00127-01

que la Nueva EPS y Servihoteles vulneraban sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y mínimo vital, por cuanto no habían efectuado el pago de las incapacidades que le fueron emitidas a su favor.

Por su parte, Nueva EPS sostiene en el escrito de contestación que la accionante tiene 653 días de incapacidad continua al 24 de mayo de 2020, y que la accionante presenta una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% por lo tanto, considera que no es posible autorizar el pago de incapacidades.

Respecto al anterior argumento de la Nueva EPS, la Sala considera necesario precisar lo sostenido por la Corte Constitucional¹⁹ sobre esta clase de incapacidad que se han reconocido, la cual se presenta cuando ocurre una disminución definitiva de la capacidad laboral, pero esta es parcial, es decir, superior al 5% pero sin superar el 50%, teniendo derecho el trabajador de conformidad con el artículo 7 de la ley 776 de 2002²⁰ al reconocimiento de una indemnización, la cual debe ser proporcional a la disminución sufrida y puede ser de 2 a 24 salarios base de liquidación, pero cuando se trate de Riesgos Profesionales, mientras aquí se trata de enfermedad común.

A su vez consideró el máximo órgano constitucional, que el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial en materia de riesgos laborales tiene una finalidad distinta al del reconocimiento de las incapacidades laborales, debido a que con el primera se busca compensar un daño sufrido, y con el segundo se erige como sustituto del salario de la accionante. No obstante, señaló que no es posible admitir que el monto de la prestación económica o subsidio por incapacidad temporal sea equivalente a un solo pago (indemnización), puesto que una persona que se encuentra en situación de discapacidad parcial, pero laboralmente activa puede en cualquier momento requerir la protección del Sistema de Seguridad Social como consecuencia de las situaciones que afecten en su salud que se ocasionen con posterioridad.

Por lo tanto, la Sala no se encuentra de acuerdo con el argumento de la Nueva ESP, dado a que la existencia de una pérdida de capacidad permanente parcial, no es óbice para proceder al reconocer y pagar incapacidades surgidas. Cabe precisar que en lo aportado al proceso no se encuentra certificado de pérdida de capacidad permanente parcial de la accionante.

¹⁹ Corte constitucional, sentencia T-312 de 2018

²⁰ Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.

13001-33-33-004-2020-00127-01

Ahora bien, la Sala al realizar análisis de las pruebas aportadas evidencio que efectivamente a la Sra. Carmen Castilla presentó distintas incapacidades que sumándolas podrían abarcar los días aludidos por la entidad accionada, no obstante, de acuerdo a los certificados de incapacidades, a la actora se le han realizados distintos diagnósticos, siendo los más recientes el G560, M255, M754, M179, M239, M254, K529 y este último M751, por el cual se solicita el reconocimiento y pago de las incapacidades medicas emitidas.

De igual forma, se evidenció que en lo relacionado a los diagnósticos G560-Síndrome de túnel carpiano-origen laboral, M255-dolor en articulación-origen común y M542-cervicalgia-origen común, la Nueva EPS emitió concepto de rehabilitación a la actora, el cual se remitió a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías-Porvenir en fecha 16 de julio de 2019, incapacidades que la actora en la presente acción de tutela no está pretendiendo su reconocimiento y pago.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que las entidades accionadas hacen un conteo de forma general de las incapacidades que se han ordenado a la accionante, desconociendo que las solicitada en la presente acción de tutela va dirigido únicamente al diagnóstico M751 síndrome de manguito rotatorio, que tal como se dijo en precedente tiene fecha de estructuración del 27 de julio de 2019 al 24 de mayo de 2020, la Sala procede a realizar el estudio para determinar a qué entidad accionada le corresponde el pago de las incapacidades.

Así las cosas, se precisa que tratándose de una enfermedad de origen común como la que se presenta en el caso *sub examine*, y tal y como fue desarrollado en el marco normativo y jurisprudencial, así como fue señalado por el juez de primera instancia, quienes están llamados a cancelar las incapacidades a la Sra. Carmen Castilla Chavarro son:

- Para los días 27 y 28 de julio de 2019 el encargado de asumir el desembolso de las incapacidades por el diagnóstico M751 es el empleador, es decir, Servihoteles S.A.
- A partir del día 29 hasta día 180, es decir hasta el día 23 de enero de 2020, le corresponde asumir a la Nueva EPS el pago de las incapacidades a favor de la accionante, ello de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- Desde el día 181, es decir, el 24 de enero de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020, fecha última de incapacidades emitidas a favor de la accionante, le corresponde al Fondo de Pensiones y Cesantías-Porvenir, ello condicionado de que la Nueva EPS hubiera emitido concepto favorabilidad.

13001-33-33-004-2020-00127-01

Ello comoquiera, que la Nueva EPS, a la fecha 24 de mayo de 2020, como la última incapacidad a favor de la accionante con el diagnóstico M751, no había emitido concepto de rehabilitación y remitido al Fondo de Pensiones y Cesantías-Porvenir, le corresponde a la Nueva EPS realizar el desembolso de las incapacidades generadas a esas fechas.

En cuanto al pago de incapacidades causadas entre los días 27 de julio al 27 de diciembre de 2019, la actora no manifiesta ninguna inconformidad, por cuanto solo pretende que se le reconozca y pague las incapacidades a fecha 28 de diciembre de 2019 al 24 de mayo de 2020, no obstante, no observa esta Sala que ellas fueron debidamente reconocidas y pagadas por las accionadas.

A su turno, la Juez de primera instancia, mediante la sentencia del 22 de octubre de 2020, procedió ordenar a la accionada Nueva EPS a reconocer y pagar las incapacidades medicas expedidas a la Sra. Carmen Castilla desde el día 28 de diciembre de 2019 hasta el 23 de enero de 2020, dentro del término de cuarenta y ochos horas contados a partir de la notificación del fallo, así como *realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades medicas generadas desde el 24 de enero de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020, por cuanto, no se había haya emitido un concepto de rehabilitación frente al diagnóstico M751 de la accionante.*

Ahora bien, mediante escrito de fecha de 29 de octubre de 2020, manifiesta que se ha dado cumplimiento a la sentencia por cuanto se generó notificación de pago VO-GRC-DP 1419188- de 20 de fecha de 27 octubre de 2020 por el valor \$ 3.778.136. Así como, manifiesta que fue enviado concepto de rehabilitación por el diagnóstico M751-Síndrome de manguito rotatorio derecho-origen por determinar. Con respecto a este último, se observa que efectivamente se expidió concepto de rehabilitación y que el mismo fue enviado a Porvenir.

No obstante, a pesar que la apoderada de la entidad accionada en el escrito de cumplimiento del fallo de primera instancia, de haber efectuado el pago de incapacidades, la Sala no observa el documento relacionado en TYBA.

En ese orden ideas, la Sala considera que como no existe certeza si efectivamente se ha efectuado el pago de las incapacidades a cargo de la Nueva EPS, se concluye que la pretensión del accionante no ha sido satisfecha en su totalidad, esto es, por cuanto , la falta de prueba de la realización del pago y que el mismo le fuere puesta en conocimiento a la tutelante, se entiende que no existe carencia actual de objeto y que la entidad haya

13001-33-33-004-2020-00127-01

cumplido en su totalidad con las ordenes emitidas por la Juez Cuarta Administrativo.

Por ello, la Sala concuerda con la juez de primera instancia de amparar los derechos fundamentales de la accionante, por cuanto la entidad responsable del pago de las incapacidades medicas a la tutelante no las habían cancelado, hecho que como se dijo en precedentes afectaba su mínimo vital, al ser el único ingreso que recibiría su núcleo familiar.

En conclusión, esta Sala considera que no se encuentra satisfecha la pretensión que motivó este amparo constitucional, pues a la accionante, por cuanto no obra prueba en el proceso que efectivamente la Nueva EPS haya realizado el pago de las incapacidades a la Sra. Carmen Cecilia Castilla, así como no se le ha notificado.

En consecuencia, se confirmará el fallo de tutela de fecha veintidós (22) de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, la cual amparo los derechos fundamentales de la Sra. Carmen Cecilia Castilla Chavarro.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el respectivo expediente a la Honorable Corte Constitucional en opción de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

13001-33-33-004-2020-00127-01


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACION DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-004-2020-00127-01
DEMANDANTE	CARMEN CECILIA CASTILLA CHAVARRO Lipolo10@hotmail.com
DEMANDADO	NUEVA EPS-SERVIHOTELES S. A
VINCULADA	PORVENIR
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	Reconocimiento y Pago de incapacidades