

2410,  
Bogotá,

Señor  
**Juez Constitucional (REPARTO)**  
E. S. D.

**REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA POR VÍA DE HECHO CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL BAJO LAS CAUSALES PREVISTAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL**

**ACCIONANTE: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**ACCIONADA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE QUINDIO.**

**AFILIADO: FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO**  
**CÉDLA: No. 74184260**

**DIANA MARTINEZ CUBIDES**, mayor de edad, identificada con número de cédula 52.264.480, obrando en calidad de actuando en calidad de Representante Legal Judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, como se observa en certificado de existencia expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, de manera respetuosa por medio del presente escrito me permito formular acción constitucional prevista en el artículo 86 de la Constitución Política por la vulneración de derechos fundamentales al debido proceso e igualdad jurídica vulnerados por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE QUINDIO** como consecuencia de la orden proferida a través de sentencia de fecha 29 de octubre de 2020 dentro de la acción de tutela No. 2020-00181, por las razones que a continuación se expondrán.

### **HECHOS**

1. El señor **FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO** quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. **74184260** afiliado a la administradora de fondos de pensiones **PORVENIR S.A.**, y a la entidad promotora de salud **NUEVA EPS** presentó acción de tutela cuya pretensión era el reconocimiento y pago de incapacidades.
2. **PORVENIR S.A.**, pagó un total de 1.041 días de incapacidad en cumplimiento a la orden emanada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Armenia de fecha 04 de marzo de 2016, que ordenó el pago de incapacidades inclusive de las que superen los 540 días.

3. Con ocasión del dictamen en firme de la Junta Nación de Calificación de Invalidez que determinó que el señor **FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO** no ostenta la calidad de invalido, toda vez que su porcentaje de pérdida de capacidad laboral es inferior al 50% y el decreto 1333 de 2018 que estableció que las incapacidades posteriores al día 540 deberán ser asumidas por la EPS se suspendió el pago de incapacidades en el mes de marzo de 2020,
4. Como consecuencia de lo anterior, el señor **FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO** promovió una nueva acción de tutela que conoció en primera instancia el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Armenia, bajo el radicado No. 2020-00181 donde se profirió sentencia el pasado 13 de octubre de 2020 que ordenó:

**SEGUNDO: ORDENAR** a la **NUEVA EPS S.A.**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, y si aún no lo ha hecho, pague directamente al señor Fredy Oswaldo Gallo Alfonso las incapacidades posteriores a los 540 días, esto es las incapacidades: **i)** No. 601776948 del 06/03/20 al 18/03/20, **ii)** No. 601785597 del 19/03/20 al 17/04/20, **iii)** No. 601830210 del 30/04/20 al 14/05/20, **iv)** No. 601840584 del 15/05/20 al 13/06/20, **v)** No. 601867133 del 16/06/20 al 15/07/20, **vi)** No. 601904977 del 16/07/20 al 14/08/20, **vii)** No. 601956291 del 24/08/20 al 22/09/20 y **viii)** No. 601995257 del 23/09/20 al 22/10/20.

5. Decisión que fue impugnada por la NUEVA EPS, por tanto, se remitió el expediente al Tribunal Superior del Quindío para dirimir controversia.
6. El Tribunal Administrativo de Quindío emitió sentencia de segunda instancia de fecha 29 de octubre de 2020, donde dispuso:

*“PRIMERO: Modificar el numeral segundo de la sentencia del 13 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Armenia, y en su lugar se dispone:*

*ORDENAR a la AFP PORVENIR que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia pague directamente al señor Fredy Oswaldo Gallo Alfonso las siguientes incapacidades i) No. 601776948 del 06/03/20 al 18/03/20, ii) No. 601785597 del 19/03/20 al 17/04/20, iii) No. 601830210 del 30/04/20 al 14/05/20, iv) No. 601840584 del 15/05/20 al 13/06/20, v) No. 601867133 del 16/06/20 al 15/07/20, vi) No. 601904977 del 16/07/20 al 14/08/20, vii) No. 601956291 del 24/08/20 al 22/09/20 y viii) No. 601995257 del 23/09/20 al 22/10/20 así como*

*las posteriores que se llegaren a expedir hasta el momento en que el accionante se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”*

7. Teniendo en cuenta que la orden impartida en segunda instancia no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y decreto 1333 de 2018, se solicitó aclaración de sentencia, toda vez que las incapacidades que se expidan con posterioridad al día 540 deberán ser asumidas por las EPS quienes a su vez podrán repetir contra la ADRES para el efectuar el pago.

- Ley 1753 de 2015:

*“Artículo 67°. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(...)*

*Estos recursos se destinarán a:*

- a) *El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódico de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades. (...)* (negritas y subrayas ajenas al texto original)”

- Decreto 1333 de 2018:

**“Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días.** *La EPS y demás EOC reconocerán y pagarán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:*

1. *Cuando exista concepto favorable de rehabilitación y 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.*

**De presenta el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)** (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Criterio que fue ratificado por jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en sus sentencias T - 144 de 2016, T - 401 de 2017 y T - 008 de 2018 desconociéndose el precedente judicial generado por el órgano de cierre de lo Constitucional.

8. El Tribunal Administrativo de Quindío mediante auto de fecha 12 de noviembre 2020, negó la aclaración con fundamento en que la jurisprudencia avala la decisión adoptada por la accionada:

**“...se establece que es la entidad AFP PORVENIR a quien le correspondería efectuar el pago de las incapacidades debidas otorgadas al accionante hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, tal como se expuso con la jurisprudencia constitucional referenciada en la providencia y conforme la existencia, emisión y remisión del concepto de rehabilitación desfavorable de la Nueva EPS a tal entidad, razón por la cual se despacha de manera negativa tal petición”.** (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Esta orden es indefinida a pesar que el señor FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO lleva más de mil (1000) días incapacitado.

9. Olvidó el Ad quem que los jueces están sometidos al imperio de la ley de conformidad con lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Nacional:

**“ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.**

**La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.**

En el presente caso el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y el artículo 2.2.3.3.1 del decreto 1333 de 2018 expresamente señaló que las incapacidades posteriores al día 540 son responsabilidad de la EPS y la jurisprudencia aludida desconoce el ordenamiento jurídico vigente.

10. A pesar que con el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 se creó una entidad para que asuma incapacidades como la ADRES para el reconocimiento y pago de incapacidades posteriores al día 540, la autoridad judicial accionada desconoció a esta entidad y arbitrariamente impuso dicha carga a PORVENIR sin que exista justificación razonable.

### **PRETENSIONES**

1. **DECRETAR** la vulneración por vía de hecho por defecto procesal y material los cuales están en contra de los derechos fundamentales de debido proceso, precedente jurisprudencial y todos aquellos que el juez considere vulnerados por la acción del Tribunal Administrativo de Quindío.
2. Solicito dejar sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Quindío y en su lugar ordenarle a dicha judicatura emitir nuevo fallo acogiendo la legislación vigente y el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional.

### **CAUSALES DEL PROCEDENCIA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA**

<b>Requisito</b>	
Cuando el juez de tutela vulnera un derecho fundamental con una actuación realizada en el marco del proceso de tutela.	<p>Se vulneró el derecho fundamental a la igualdad de trato jurídico, puesto que no se entiende como el Juez de tutela dio trato diferente al otorgado por la Corte Constitucional en sentencias T - 144 de 2016, T - 401 de 2017 y T - 008 de 2018, desconociendo el precedente constitucional.</p> <p>Se vulneró el derecho fundamental al debido proceso al modificar arbitrariamente el criterio establecido en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y artículo 2.2.3.3.1 del decreto 1333 de 2018 y desconocer el precedente judicial determinado por la Corte Constitucional.</p>

De conformidad con lo establecido por la Honorable Corte Constitucional en su sentencia SU 627 de 2015 la acción de tutela por vía de hecho contra sentencia de tutela resulta ser improcedente si se presenta contra una sentencia proferida por la Alto Tribunal

Constitucional o si se pretende lograr el cumplimiento de órdenes impartidas en una sentencia de tutela, y en el presente caso no se enmarca dentro de dicha situación, por tanto, se hace procedente la acción de tutela por vía de hecho.

### CAUSALES ESPECIFICAS

<p><b>Defecto fáctico:</b> Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.</p>	<p>Pese a que hay norma expresa que regula la materia de incapacidades y una línea jurisprudencia demarcada respecto a la entidad responsable del pago de incapacidades superiores al día 540, no se encontró razón válida para desatender dichos criterios.</p>
<p><b>Defecto material o sustantivo:</b> Son los casos que se deciden con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.</p>	<p>La decisión adoptada contrapone flagrantemente lo dispuesto en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y el artículo 2.2.3.3.1 del decreto 1333 de 2018, puesto que se aplicó un criterio diferente o contrario de la norma vigente.</p>
<p><b>Decisión sin motivación:</b> Implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.</p>	<p>No se encontró un fundamento legal en el cual se respalde la decisión adoptada a través de sentencia de tutela.</p> <p>Desconoció el Ad quem que el accionante lleva más de mil (1000) días incapacitado y el fallo de tutela limitó el pago de incapacidades hasta el momento en que el accionante se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, es decir, indefinidamente, puesto que lleva más de mil días incapacitado.</p>
<p><b>Desconocimiento del precedente:</b> Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.</p>	<p>La Corte Constitucional como órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional ha definido un criterio jurisprudencial que tiene efectos vinculantes para casos homólogos que deberían ser resueltos de la misma manera.</p> <p>Sentencias desconocidas: T - 144 de 2016, T - 401 de 2017 y T - 008 de 2018.</p>

<p><b>Violación directa de la Constitución:</b> Aquí se involucra la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una trasgresión de la Carta se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.</p>	<p>Artículo 13 igualdad de trato jurídico.</p> <p>Artículo 29 debido proceso que se aplicará a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales.</p> <p>Artículo 48 el Estado garantizará la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.</p> <p>Artículo 334 La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.</p>
---	---

### PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para acreditar el criterio uniforme de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que constituye no solamente una doctrina probable sino que marca una línea jurisprudencial al respecto:

Sentencia	Extracto
<p>T - 144 de 2016</p> <p>M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO</p>	<p><i>“(…) Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015[66]–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, <b><u>el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS</u></b>, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del</i></p>

	<p>sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 (...)” (Subrayado y Negrilla fuera de texto)</p>
<p>T - 401 de 2017 M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO</p>	<p>“(...) Igualmente, <b>PREVENIR</b> a Sanitas EPS para que sufrague las incapacidades que correspondan y se causen en el caso de la accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. EPS Sanitas podrá emprender todas las acciones pertinentes con el fin de obtener el reembolso de los dineros pagados por concepto de incapacidades superiores a 540 días, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, de conformidad con la parte motiva de este fallo. (...)”</p>
<p>T - 008 de 2018 M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS</p>	<p>“(...)De otra parte, con fundamento en las sentencias T-920 de 2009, T-729 de 2012, T-140 de 2016, T-144 de 2016, concernientes a la determinación de las entidades obligadas al pago de incapacidades, la Sala reitera que: (i) hasta el día 180, el pago debe hacerlo al EPS, (ii) entre el día 181 al 540, corresponde asumir el costo a las Administradoras de Fondos Pensionales, y finalmente <b><u>(iii) desde el día 541 hasta cuando se recupere el afiliado o hasta que se le reconozca pensión de invalidez, el pago por concepto de incapacidad corresponde a la EPS.</u></b> (...)” (Subrayado y Negrilla fuera de texto)</p>



## DERECHOS VULNERADOS

**Artículo 13 igualdad de trato jurídico**, puesto que es inconcebible que el juez de tutela falle de manera diferente casos análogos, más si se tiene en cuenta que el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha delimitado y fijado criterio al respecto en sus sentencias T - 144 de 2016, T - 401 de 2017 y T - 008 de 2018.

**Artículo 29 debido proceso** que se aplicará a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, dicho derecho implica que se respete la norma positiva, esto es, el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y el artículo 2.2.3.3.1 del decreto 1333 de 2018 y el precedente judicial de la Corte Constitucional T - 144 de 2016, T - 401 de 2017 y T - 008 de 2018.

De la misma manera, dicho artículo superior, establece que nadie podrá juzgado sino por las normas preexistentes:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. **Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.**” (...) (Subrayado propio)

En el presente caso la orden impartida por la autoridad accionada se hizo con omisión de lo establecido en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y artículo 2.2.3.3.1 del decreto 1333 de 2018.

La Ley 1753 del 09 de junio de 2015, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, estableció que el pago de incapacidades superiores al día 540 no recae en las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS quienes administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

*Artículo 67°. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(...)*

*Estos recursos se destinarán a:*

- b) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódico de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades. (...)** (negrillas y subrayas ajenas al texto original)

Finalmente se dio la expedición del Decreto 1333 de 2018, por medio del cual fija definitivamente la situación jurídica para todas aquellas incapacidades por medio de la cual se superen los 540 días, para lo mismo en el capítulo II en su artículo 2.2.3.3.1, especifica dicha carga ante la EPS:

**“Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:**

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.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).” (Subrayado propio)

## JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento declaro que no se ha interpuesto acción de tutela por los mismos hechos ante otra autoridad judicial, como también que se carece de otro mecanismo de defensa eficiente.

## PRUEBAS Y ANEXOS

- a) Certificado de la Superintendencia Financiera de Colombia en la que consta mi condición de representante legal judicial.
- b) Copia de la Sentencia proferida en segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.
- c) Auto que denegó la aclaración.

## NOTIFICACIONES

- El Tribunal Administrativo de Quindío [sectribadmarm@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:sectribadmarm@cendoj.ramajudicial.gov.co).
- Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir: Nuestra dirección de notificación es en la Carrera 13 No. 26 A – 65, Torre B en Bogotá D.C. o en su defecto, esta Sociedad

Administradora ha dispuesto el correo electrónico  
[notificacionesjudiciales@porvenir.com.co](mailto:notificacionesjudiciales@porvenir.com.co)

Del Señor Juez con todo respeto,

Del señor Juez  
  
DIANA MARTINEZ CUBIDES  
Directora de Litigios