



Cartagena de Indias, D. T. y C., primero (01) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-006-2018-00190-01
Accionante	VANNESA GUERRERO CAYCEDO
Accionado	NUEVA EPS Y OTROS
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Seguridad social- Pago de incapacidades

II. – PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionada NUEVA EPS y la accionante contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se tutelaron los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana, integridad física y mínimo vital de la señora Vannesa Guerrero Caycedo, así como también se le ordenó a la Nueva EPS que proceda al reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por el médico tratante a la señora Vannesa Guerrero Caycedo con posterioridad al día 268 de su incapacidad y hasta que se le defina su situación jurídica.

III.- ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

En la solicitud, la accionante narró los siguientes hechos:

- 1.1. La actora manifiesta que es una mujer de 24 años de edad, madre cabeza de hogar, diagnosticada con Lupus eritematoso sistemática, insuficiencia renal crónica terminal, hipertensión y anemia.
- 1.2. El 17 de marzo de 2017, fue calificada por la ARL Seguros de Vida Alfa S.A., con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 73,45% de origen común, cuya fecha de estructuración es de 8 de junio de 2016.



- 1.3 Las incapacidades fueron canceladas durante los primeros 180 días por la Nueva EPS, pues a partir del día 181, esta última informó a la actora que la entidad encargada de cancelar sus incapacidades era su fondo de pensiones, esto es Porvenir S.A. por lo que la actora adelantó dichos trámites ante esta entidad en fecha de 21 de noviembre de 2016.
- 1.4 En abril de 2017, la actora presentó acción de tutela contra Porvenir S.A., a fin de que le fueran canceladas sus incapacidades, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual mediante fallo de fecha 24 de abril de 2017, tuteló los derechos fundamentales de la actora y ordenó a la Nueva EPS que autorizara el reconocimiento de las incapacidades laborales expedidas por el medico tratante de la actora y a Porvenir SA. a proceder a realizar el pago de sus incapacidades desde 22 de noviembre de 2016 y hasta que se emita nuevo concepto de rehabilitación.
- 1.5 Porvenir S.A. procedió a realizar el pago de las incapacidades de la actora, desde el 22 de noviembre de 2016 hasta el 16 de agosto de 2017, es decir pagando hasta los 268 días de incapacidad.
- 1.6 En fecha de 23 de noviembre de 2017, la actora procedió a presentar incidente de desacato, a fin de que el fueran canceladas sus incapacidades, sin embargo el juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, consideró que la entidad incidentada había dado cumplimiento del fallo de tutela.
- 1.7 Porvenir S.A. mediante comunicado de fecha 6 de julio de 2017, resuelve solicitud de pensión presentada por la actora, negando el reconocimiento de la misma, y en su defecto ofrece a esta la devolución de saldos, a pesar de contar con 67.5 semanas cotizadas.
- 1.8 A la fecha de la presentación de esta acción de tutela, la accionada manifiesta que completa aproximadamente un año sin recibir el pago de incapacidades, lo que genera una situación de extrema urgencia.

2. Pretensiones

"1. Tutelar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, la seguridad social, a la integridad física.



2. Ordenar de manera inmediata a PORVENIR o a quien corresponda el pago de las incapacidades medicas a favor de la señora VANNESA GUERRERO CAYCEDO que se encuentran generadas desde el día 18 de agosto de 2018 a junio de 2018 y las demás que se causen hacia el futuro.

3. Además su señoría le RUEGO, LE SUPLICO Y LE IMPLORO que se me conceda el reconocimiento y pago de la pensión de Invalidez A PARTIR DEL MES DE OCTUBRE DE 2017, por cumplir con los requisitos legales jurisprudenciales, esto si lo considera y si no de manera provisional hasta que se resuelva de fondo el trámite pensional que se llevara a cavo(SIC) mediante una demanda ordinaria laboral, debido a que sería muy riesgoso para mi salud esperar las resueltas del proceso ordinario que puede durar aproximadamente 2 años sin estar recibiendo pago alguno y sin poder laborar."

3. Actuación procesal.

3.1 Admisión y notificación.

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día 15 de agosto de 2018, correspondiéndole su reparto al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena y mediante providencia de fecha 16 de agosto de 2018 se procedió admitir la solicitud de amparo (Fol. 51). Así mismo se ordenó notificar a la entidad accionada NUEVA EPS. Mediante providencia de fecha 28 de agosto de 2018 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió declarar tutelar los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana, integridad física y mínimo vital de la señora Vannesa Guerrero CAYCEDO, así como también se le ordenó a la Nueva EPS que proceda al reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por el médico tratante a la señora Vannesa Guerrero Caycedo con posterioridad día 268 de su incapacidad y hasta que se le defina su situación jurídica. (Fl. 139-147)

3.2 De la contestación de la tutela.

La accionada, **NUEVA EPS**, en su informe (Fl. 62) manifestó que dicha entidad está garantizando los servicios en salud al accionante, pues el estado de afiliación de la actora es ACTIVO, por lo que puede acceder a los servicios en salud.



Adicionalmente informan que dicha entidad realizó el pago de los primeros 180 días de incapacidad, y que a partir del día 181 es responsabilidad del Fondo de Pensiones el pago de las incapacidades.

La accionada **Porvenir S.A.** manifiesta en su informe (Fl. 67) que la compañía Seguros de Vida Alfa emitió dictamen de Pérdida de Capacidad laboral estableciendo para el caso de la señora Vannesa Guerrero Caycedo por un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 73,45% de origen común y como fecha de estructuración el 8 de junio de 2016. Por lo anterior al verificar los requisitos de que trata el artículo 39 de la ley 680 de 2003 la actora no contaba con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, esto es 8 de junio de 2016, razón por la cual rechazó la solicitud de pensión de invalidez.

En relación al reconocimiento y pago de incapacidades manifestó que el día 181 se cumplió el 22 de noviembre de 2016 y el día 360 se cumplió el 16 de noviembre de 2017, sin embargo se realizó el pago de dichas incapacidades hasta el 16 de agosto de 2017.

Argumentan que para el caso de las incapacidades expedidas a la señora Guerrero Caycedo que superan los 540 días, se deberá dar aplicación a la ley 1753 de 2015 y la sentencia T-144 de 2016 de la Corte Constitucional, en donde señala que el reconocimiento y pago de las mismas se encuentran a cargo de la EPS en la que esté afiliada la reclamante, además de considera la aplicación retroactiva de dicha norma.

3. SENTENCIA IMPUGNADA

A través de sentencia de fecha veintiocho (28) de agosto de 2018, el A quo decidió **TUTELAR** los derechos fundamentales deprecados por la señora Vanessa Guerrero Caycedo en la acción de tutela promovida contra la NUEVA EPS y Porvenir S.A. fallando lo siguiente:

"PRIMERO: No acceder a la solicitud de vinculación de la administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, realizada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEGUNDO: **TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana, integridad física y mínimo vital. De los



que es titular la señora Vannesa Guerrero CAYCEDO, los cuales se declaran vulnerador por la Nueva EPS, según lo argumentado en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: Ordenar a la Nueva EPS, que a través de su gerente zonal Bolívar Dra. Angela Martinez Espitia Romero, que dentro del término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar el reconocimiento y pago de las incapacidades por el médico tratante de la actora señora Vannesa Guerrero Caycedo con posterioridad al día 268 de su incapacidad (esto es desde el día 17 de agosto de 2018 hasta el 15 de junio de 2018) y hasta que se defina sus situación jurídica, siempre y cuando las incapacidades sean ininterrumpidas, salvo por un periodo inferior a 30 días y siempre que sean originadas por la misma contingencia, lo anterior, teniendo en cuenta el marco normativo expuesto con anterioridad. Adicionalmente, se impone a dicha entidad que una vez vencido el plazo antes otorgado, presenten informe al juzgado donde den cuenta del cumplimiento de este fallo. Parágrafo: La actora cuenta con un plazo de dos (2) meses para presentar demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, a fin de que se defina su situación pensional, supuesto necesario para que se sigan efectuando el pago de sus incapacidades, hasta tanto sea definida dicha situación jurídica.

CUARO: EXHORTAR a NUEVA EPS, para que en lo sucesivo, no incurran en conductas como las que ha motivado la presente acción y para que brinden a la accionante el acompañamiento a que por ley tiene derecho.

QUINTO: DENIEGUESE las demás pretensiones de la actora.

(...)'':

Pues considera, que en el caso de la actora la EPS cancelo las incapacidades hasta el día 180, y el fondo de pensiones Porvenir S.A. , lo hizo desde el día 181 hasta el día 268, periodo dentro del cual emitió y comunico a la actora su calificación de pérdida de capacidad laboral, es decir dio cumplimiento a las obligaciones de su cargo, por lo que considera el A quo que el pago de incapacidades que se generen de forma continua e ininterrumpida a la actora por la misma contingencia después del día 268 corresponderán a la Nueva EPS.

4. IMPUGNACIÓN



La accionante impugno la sentencia de tutela de fecha treinta y uno (31) de agosto de 2018 mediante escrito visible a folio (166).

Y la accionada Nueva EPS, impugno la sentencia de tutela de fecha treinta (30) de agosto de 2018 mediante escrito visible a folio (160) y la accionante mediante escrito de fecha 31 de agosto de 2018 visible a folio (166).

IV.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción.

2. Problema Jurídico

La Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico:

-¿Vulnera la NUEVA EPS y Porvenir S.A. los derechos fundamentales vida, salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana, integridad física y mínimo vital de la señora VANNESA GUERRERO CAYCEDO al no pagarle las incapacidades adeudadas y negar la pensión de invalidez solicitada por la accionante?

Si la respuesta al anterior problema es positivo, se debe confirmar la sentencia impugnada; en caso contrario se revocará.

3. Tesis

La Sala Magistral confirmará el fallo de tutela impugnado, en el sentido de tutelar los derechos fundamentales vida, salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana, integridad física y mínima vital de la señora VANNESA GUERRERO CAYCEDO que han sido vulnerados por la Nueva EPS.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.



4.1. Requisitos de procedencia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"¹.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

*"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.**" (Negritas fuera de texto).*

La inmediatez:

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

Legitimación activa

Sobre el particular el artículo 1º 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, 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 igual manera, en su artículo 10, el Decreto 2591 de 1991 señala:

"La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuara por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando la circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."



La Corte Constitucional que manifiesta lo siguiente respecto al tema:

"La Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre la legitimación por activa en las que se establece que los extranjeros pueden solicitar de forma directa el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela y que la agencia oficiosa procede cuando: (i) el agente manifiesta o por lo menos se infiere de la tutela que actúa en tal calidad; (ii) el titular del derecho es una persona en situación de vulnerabilidad, que por sus condiciones físicas o mentales no pueda ejercer la acción directamente y (iii) el agenciado ha manifestado su voluntad de solicitar el amparo constitucional".²

Legitimación pasiva.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)

Las entidades accionadas, Nueva EPS y Porvenir S.A. en principio tienen competencia para garantizar los derechos fundamentales. Por lo tanto, están legitimadas en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

5. Marco Normativo y Jurisprudencial

5.1. Trámite de Reconocimiento de Incapacidades

El artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 dispone que, el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de

² Corte Constitucional Sentencia T 314/16 Magistrado Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO



dicho reconocimiento, por lo que será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad.

5.2 Pago de la incapacidad de origen común

El auxilio que recibe el trabajador por concepto de incapacidad corresponde al monto pagado de acuerdo al tiempo dentro del cual no se encuentren con las habilidades físicas o mentales para llevar a cabo las labores para las cuales fue contratado.

Sobre el reconocimiento y pago de incapacidades de origen general o común se dispone de acuerdo con el Parágrafo 1º del Artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual fue modificado mediante Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013, *"estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado; y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente"*.

De acuerdo a lo anterior, el pago realizado a partir del día tercero queda a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, hasta el día 180. Si la incapacidad persiste luego de este periodo y trasciendo al día 181, estarán a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones, hasta que emita la calificación de pérdida de capacidad laboral y por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud.

En este mismo sentido, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 establece *"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 continuo..."* por lo anterior el pago de las incapacidades superiores a 540 días estarán a cargo de la Entidad Promotora de Salud.

V. CASO CONCRETO

1. Hechos probados.



- Obra en el expediente copia de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral al Fondo de Pensiones Porvenir S.A de la señora VANESSA GUERRERO CAYCEDO (Fl. 8)
- Obra en el expediente copia de la sentencia de tutela de fecha 24 de abril de 2017 proferida por el Juzgado Décimo Primer Administrativo Oral del Circuito de Cartagena (Fl. 14)
- Obra en el expediente copia de incidente de desacato promovido por la señora Vannesa Guerrero Caycedo contra la Nueva EPS y Fondo de Pensiones Porvenir S.A.(Fl. 21)
- Obra en el expediente copia de auto de fecha 2 de marzo de 2018 proferido por el Juzgado Décimo Primer Administrativo Oral del Circuito de Cartagena mediante el cual no se declaró en desacato a las incidentadas. (Fl. 22)
- Obra en el expediente copia de Oficio No. 0200001143661900 de fecha 2 de junio de 2017 emitido por Porvenir y dirigido a la señora Vannesa Guerrero Caycedo. (Fl. 26)
- Obra en el expediente copia de Oficio No. 0104736029530400 de fecha 7 de junio de 2017 emitido por Porvenir y dirigido a la señora Vannesa Guerrero Caycedo.(Fl. 27)
- Obra en el expediente Registro Civil de Nacimiento de la menor Nicolle Reales Guerrero (Fl. 29)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 18 de agosto de 2017(Fl. 30)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 16 de noviembre de 2017(Fl. 32)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 18 de octubre de 2017(Fl. 35)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 22 de septiembre de 2017(Fl. 38)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 20 de diciembre de 2017(Fl. 41)



- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 22 de enero de 2018(FI. 42)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 7 de marzo de 2018(FI. 43)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 10 de abril de 2018(FI. 44)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 8 de mayo de 2018(FI. 45)
- Obra en el expediente certificado de incapacidad de la Nueva EPS de la señora Vannesa Guerrero Caycedo de fecha 15 de junio de 2018(FI. 46)
- Obra en el expediente relación histórica de movimientos Porvenir S.A. de la señora Vannesa Guerrero Caycedo (FI. 47)

6.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

La Sala de Decisión de este Tribunal, procede a resolver el problema jurídico de cara, al marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como de los hechos probados.

Dentro de la acción de la referencia, se pretende la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana, integridad física y mínimo vital. En el sub judice, la accionante solicita que se realice el reconocimiento y pago a su favor de incapacidades generadas con ocasión a las enfermedades que padece, y que se le reconozca la pensión de invalidez. Afirma que los primeros 180 días de incapacidad le fueron cancelados por la NUEVA EPS, que a partir del día 181 la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A. realizó el pago de las incapacidades hasta el día 268, esto es el 16 de agosto de 2017, sin embargo aduce la accionante que las incapacidades generadas por la Nueva EPS del 18 de agosto de 2017 al 15 de junio de 2018 no han sido canceladas, así mismo manifiesta cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales para ser beneficiaria de la pensión por invalidez de que trata la ley 100 de 1993.

En ese sentido, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, se advierte que de acuerdo con el Parágrafo 1º del Artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado mediante Decreto 2943 del 17 de diciembre



de 2013, estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado; y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día hasta el día ciento ochenta (180). Si las incapacidades sobrepasan los ciento ochenta (180) días, el pago de dicha prestación estará a cargo de la respectiva AFP a la cual se encuentra afiliado el trabajador hasta el día trescientos sesenta (360) de incapacidad, periodo dentro del cual se debe emitir el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

A su turno, la Ley 1753 de 2015 en su artículo 67, literal a) establece "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."

La disposición anterior ha sido ratificada en el Decreto 1333 de 2018 en su artículo 2.2.3.3.1. el cual dispone:

"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)."

De la norma anterior, se infiere que si las incapacidades superan los quinientos cuarenta (540) días, el pago de la prestación estará a cargo de la EPS, si se cumple con los supuestos anteriormente descritos; supuestos en los cuales se podría encuadrar el caso de la actora, pues no ha habido recuperación de las enfermedades que padece la señora Vannesa Guerrero Caycedo, prueba



de ello han sido las incapacidades ininterrumpidas que se han generado hasta la fecha.

En el sub examine se observa que inicialmente la NUEVA EPS canceló al empleador las incapacidades presentadas por la accionante, hasta la fecha del 22 de noviembre de 2016 (Fl.65), la cual corresponde al día 180 de incapacidad; las incapacidades posteriores al día 181 fueron asumidas por el Fondo de Pensiones al que se encuentra afiliado la actora, en el caso de referencia, esta pertenece a PORVENIR S.A., por lo que dicha entidad realizó el pago de la prestación hasta el día 268, es decir el día 16 de agosto de 2017 (Fl. 69), debido a que el dictamen de pérdida de capacidad laboral fue proferido el 17 de marzo de 2017 con una calificación del 73.45% y notificado a la actora el 2 de junio de 2017; de tal manera que hasta esa fecha Porvenir S.A. tenía la obligación de pagar las incapacidades generadas a favor de la actora, sin embargo la entidad accionada lo hizo hasta el 16 de agosto de 2017.

En este orden, la obligación del Fondo de Pensiones Porvenir S.A cesó con la expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral, y como quiera que el último pago de dicho fondo se realizó el 16 de agosto de 2017, en aplicación del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, el pago de las incapacidades generadas en favor de la actora, a partir del 17 de agosto de 2017 estarán a cargo de la Nueva EPS hasta que se defina su situación jurídica.

Por otro lado, en relación a la pretensión de la actora de solicitar pensión de invalidez, se advierte que en primer lugar, por regla general, no es procedente la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una prestación social, por el carácter subsidiario de la misma, debido a que existen otros mecanismos para obtener la protección de los derechos laborales, sin embargo, la Corte Constitucional ha previsto la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar prestaciones sociales, con la verificación de los siguientes supuestos:

"(i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues este debe ser flexible cuando se trata de personas que se



*encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta"*³

En el sub judice, la actora es un sujeto de especial protección constitucional, pues con la calificación emitida por el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. la cual fue de 73.45%, la señora Vannesa Guerrero Caycedo, perdió su capacidad laboral, por lo que no puede asegurar su sostenimiento. Así mismo, como quiera que se pretende el reconocimiento y pago de la pensión, la Corte ha manifestado que por la relevancia constitucional que tiene la pensión, su desconocimiento conllevaría a la afectación de otros derechos de naturaleza fundamental como la vida, el mínimo vital o la dignidad humana. De lo anterior se concluye que si es procedente el estudio de la pensión de invalidez solicitada por la actora.

En este contexto, la pensión de validez es una prestación económica que se otorga cuando una persona, ya sea por enfermedad común o profesional o por haber padecido un accidente, ha perdido la capacidad de locomoción y la plenitud de las funciones síquicas y físicas y, como consecuencia, ha sufrido una pérdida en su capacidad laboral que le impide llevar una vida cotidiana y social normal. Para otorgar la pensión de invalidez hay que diferenciar entre si fue de origen común, o fue de origen laboral o profesional.

De conformidad con el artículo 39 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, los requisitos para obtener la pensión de invalidez son los siguientes: (i) se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. (ii) que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el asunto de marras, la actora cumple con el primer requisito, pues de acuerdo con la calificación emitida por Seguros de Vida Alfa S.A. la señora VANNESA GUERRERO CAYCEDO tiene una pérdida de capacidad laboral del 73.45% de origen común, por lo que supera el 50% establecido en la norma previamente citada.

Por otro lado, respecto al segundo requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la

³ Corte Constitucional, Sentencia T-057 de tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017)



fecha de estructuración, no se cumple, pues si bien no obra en el expediente historia laboral de las cotizaciones realizadas por la accionante que permita acreditar el número de semanas cotizadas a la fecha de estructuración; del dictamen emitido por Seguros de Vida Alfa S.A. de fecha 17 de marzo de 2017, se evidencia que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fue el 8 de junio de 2016, y con fundamento en la respuesta emitida por Porvenir S.A. la señora Vannesa Guerrero Caycedo, en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez fue el 8 de junio de 2017, no cotizó con las cincuenta (50) semanas exigidas por la normatividad, por lo que no se estaría cumpliendo con dicho requisito, de tal manera que como quiera que no se cumple con este requisito, no es procedente otorgarle la pensión solicitada por la actora. Por todo lo anotado se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto se resuelve,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018) proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE la presente providencia al Juzgado de origen y, por secretaría REMÍTASE el expediente dentro los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
(Ausente con permiso)

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL