



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Ref: ACCIÓN DE TUTELA No. 11001400300520210056000

ACCIONANTE: YENNIFER PAOLA TINJACÁ ZÁRATE.

ACCIONADO: EPS FAMISANAR y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez motivado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

La accionante, quien cuenta con 32 años de edad, manifiesta que desde el mes de diciembre de 2019 se encuentra vinculada con la empresa International B.P.O. Colombia S.A.S.

Agrega que, en el mes de julio de 2020 fue *“diagnosticada con DISFONIA”*, razón por la que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente *“de Amigdalotomía Bilateral el año pasado”*.

Añade que, en el mes de abril de 2020 *“se me dio concepto desfavorable por parte de EPS FAMISANAR, razón por la cual inicié el proceso correspondiente para la calificación de la pérdida de capacidad laboral la cual arrojó un puntaje de 44.49% y en este momento se encuentra en recurso de reposición y subsidio apelación en la Junta Regional de Calificación de Cundinamarca”*.

Destaca que, la ESP accionada le ha negado el pago de las incapacidades generadas desde el mes de *“abril hasta la actualidad”* aduciendo que corresponde su pago al Fondo de Pensiones Porvenir.

Finalmente, indica que *“es madre cabeza de familia que responde por una menor de 9 años de edad”*.

2. LA PETICIÓN

Solicitó se ampare sus derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad y seguridad social y, en consecuencia, *“Se ordene a las accionadas EPS FAMISANAR y FONDO DE PENSIONES PORVENIR a pagar la totalidad de mis incapacidades pendientes, según les corresponda a cada una. TERCERO: ORDENESE SU SEÑORÍA A LAS ENTIDADES ACCIONADAS QUE REALICEN EL PAGO DE TODAS LAS*

INCAPACIDADES EN SU TIEMPO, DE ACA EN ADELANTE, CON EL FIN DE NO VERME VULNERADA EN MIS DERECHOS FUNDAMENTALES NI TAMPOCO EN LOS DE MI MENOR HIJA, TAMBIEN PARA NO OBSTRUIR EL SISTEMA JUDICIAL POR OMISIONES DE RESPONSABILIDADES.”.

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 7 de julio de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular a MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ATLANTIC INTERNATIONAL BPO COLOMBIA S.A.S. y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE CUNDINAMARCA, y se les otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

EPS FAMISANAR

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por improcedente. En ese sentido indicó que la accionante cuenta con 542 días de incapacidad del “3/1/2020 al 12/7/2021”. Que *“para dar reconocimiento a las incapacidades posteriores al día 540, por políticas de la EPS es necesario, que la usuaria nos allegue la documentación que posteriormente, fue apoyada en el Decreto 1333 de 2018, que fijó los parámetros para acceder al pago de las incapacidades superiores a 540 días”.*

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

En término dio contestación a la acción de tutela, para lo cual indicó que, le corresponde a la EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades a sus afiliados de conformidad con la Ley 100 de 1993, el cual se liquida con base en el salario que devenga. En consecuencia, solicitó desvincularle de la presente acción constitucional.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Procedió a contestar los hechos y pretensiones del accionante, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, razón por la cual solicitó su desvinculación por cuanto mediante Decreto 1333 del 27 de julio de 2018, en su artículo 2.2.3.3.1., le corresponde el reconocimiento y pago de las incapacidades a la EPS, posteriores a los 540 días. Conforme a lo anterior, solicitó desvincularles de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA

Manifestó que la junta calificó la pérdida de capacidad laboral con un 44.49% y fecha de estructuración del 30 de marzo de 2021, la cual fue objeto de reposición y remitido el expediente ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. De otro lado, indicó que lo solicitado en las pretensiones de la tutela son ajenas a su competencia por lo que solicitó desvincularle de la presente acción.

MINISTERIO DE SALUD

Indicó que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1333 de 2018, modificatorio del DUR 780 de 2016, las incapacidades posteriores a los 540 días, le corresponde su reconocimiento y pago a las EPS, con recobro ante el ADRES. Conforme a lo anterior, solicitó se le exonere de toda responsabilidad.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

Indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Decreto 1753 del 09 de junio de 2015, todas aquellas incapacidades que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos, se encuentran a cargo de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada la accionante, pues aquélla reconoció y pagó las incapacidades desde el día 181 hasta el 540, por lo que solicitó DENEGAR o DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela respecto de PORVENIR S.A.

ATLANTIC INTERNATIONAL BPO COLOMBIA S.A.S.

En tiempo se pronunció, para lo cual argumentó que reconoció hasta los 180 días, y que las posteriores deben ser reconocidas por la AFP PORVENIR.

III CONSIDERACIONES

1.- LA ACCION DE TUTELA:

La jurisprudencia constitucional ha sido del criterio que las personas que pretenden el cobro de incapacidades médicas a través de la acción de tutela cuentan con otros mecanismos judiciales a través de los cuales pueden obtener su pago, procedimientos tales como el proceso ordinario laboral, o el trámite ideado ante la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, también se ha sostenido que a pesar de lo anterior, *“el pago de la las incapacidades médicas no solo debe ser*

entendido como una simple obligación dineraria u económica, sino que, por el contrario, se constituye en el medio a través del cual un trabajador ve suplido su salario ante la materialización de una contingencia que afecte su salud al punto que se vea imposibilitado para desarrollar sus labores y, por tanto, los recursos básicos a partir de los cuales puede procurarse una congrua subsistencia y la de su núcleo familiar. Adicionalmente, se ha expresado que esta prerrogativa se constituye en una garantía para la recuperación de la salud del afiliado, pues a partir de su goce, éste puede reposar y asumir adecuadamente el tratamiento que requiere, sin necesidad de tener que preocuparse por reintegrarse anticipadamente a sus actividades laborales con el objetivo de recibir su sustento diario y el de su familia”.

Por lo que “la acción de tutela puede constituirse en el único mecanismo idóneo para que una persona obtenga la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas como producto de la negativa en el reconocimiento del pago de las incapacidades que le han sido dictaminadas”. (Sentencia T-529 de 2017).

2.- CASO CONCRETO

1. En el caso bajo estudio, la promotora solicita a través de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales, al mínimo vital, dignidad y seguridad social, los cuales considera que las accionadas le han vulnerado al no reconocer y pagar las incapacidades que describe en su escrito de tutela.

2. Al respecto, en lo que hace al requisito de **procedibilidad de la acción** de amparo, se debe destacar que la actora fue diagnosticada con “**DISFONÍA**”, y desde entonces ha venido siendo incapacitada en razón de la operación que le fue realizada. En ese orden, si bien la promotora tiene a su alcance acudir ante la justicia ordinaria laboral, en criterio del despacho, en el presente caso, dicho trámite no cuenta con la idoneidad y eficacia para otorgar la protección que requiere.

3. Superado ello, al plenario se aportó certificación de la EPS Famisanar que da cuenta que a la actora le fueron expedidas incapacidades por los periodos comprendidos entre **el 05/03/2021 al 12/07/2021**.

Se precisa que la accionante sostuvo que con el no pago de sus incapacidades médicas, le vulneran sus derechos fundamentales, ya que “es madre cabeza de familia que responde por una menor de 9 años de edad”.

En ese orden, corresponde determinar *a)* si se ven afectados los derechos al mínimo vital y a una vida digna y *b)* si por esta vía residual ordenar el pago de las incapacidades.

Ahora bien, con el objetivo de resolver la controversia planteada es necesario advertir que a diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho los afiliados, **cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común**, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación.

Por lo anterior, aun cuando se haya determinado el origen común de la enfermedad, pueden presentarse controversias entre las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones y los empleadores sobre quién es el encargado del pago de las prestaciones económicas en los casos de incapacidades temporales.

En ese sentido, importa hacer un recuento normativo de las disposiciones que determinan quiénes son los obligados a estos pagos en cada momento de la incapacidad del afiliado:

Del día **1 a 2** corren por cuenta del empleador, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2493 de 2013.

Del día **3 al 180** deben ser canceladas por la Empresa Promotora de Salud (EPS), de acuerdo con lo previsto por el precepto 206 de la Ley 100 de 1993. Dicho trámite debe ser adelantado por el empleador (Canon 121 del Decreto 19 de 2012).

Durante dicho lapso, la EPS debe examinar al paciente y emitir, antes de que se cumpla el día 120, el concepto de rehabilitación y remitirlo a la Administradora de Fondo de Pensión (AFP) antes del día 150 de incapacidad (Artículo 142 *ejúsdem*).

Luego de recibir el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, cancelando las incapacidades causadas desde el día **181 en adelante**, hasta que el afiliado restablezca su salud o se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001).

Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, a la EPS le corresponderá pagar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

Si el renombrado concepto no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la entidad de calificación respectiva, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si ésta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

Después de los 540 días de incapacidad: se debe dar aplicación al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según la cual le corresponde a las EPS cancelar las incapacidades, quienes a la vez, podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

En el caso bajo estudio, de la documental aportada al plenario se extrae que la accionante ya superó los 540 días de incapacidad por una afectación a su salud de origen común, cuestión que la EPS accionada **no discute**, pues, en lo medular, apenas justifica el no pago de las generadas con posterioridad al 4 de marzo de 2021 indicando que *“por políticas de la EPS es necesario, que la usuaria nos allegue la documentación que posteriormente, fue apoyada en el Decreto 1333 de 2018, que fijó los parámetros para acceder al pago de las incapacidades superiores a 540 días”*.

Sin embargo, al proceso se allegó documental que deja ver que la promotora presentó a la EPS accionada las incapacidades No. 0007983775, 0008009896, 0008032654, 000805218, 0008139274, 0008139284, 0008146131, 0008163313, 0008196591, generadas entre el **5 de marzo y el 12 de julio de 2021**, y que aquella negó su pago por *“Usuario presenta Incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012”*, desconociendo con ello la normativa atrás citada y vulnerado de esa forma los derechos fundamentales al mínimo vital y a una vida digna de la promotora.

Así las cosas y en atención a la normativa antes aludida, el pago de las incapacidades generadas a la accionante causadas con posterioridad al día 540 estarán a cargo de la **EPS FAMISANAR S.A.S.**

Por tal razón, se ordenará a la EPS que reconozca y pague a la accionante el valor de dichas incapacidades.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la tutela frente a los derechos fundamentales al mínimo vital y a una vida digna reclamada por **YENNIFER PAOLA TINJACÁ ZÁRATE**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a la señora **YENNIFER PAOLA TINJACÁ ZÁRATE**, las incapacidades que se han generado desde el **5 de marzo de 2021 y hasta el 12 de julio de 2021**.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ