

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

**JUZGADO CINCUENTA Y OCHO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y
COMPETENCIA MÚLTIPLE**

(Antes Juzgado Setenta y Seis Civil Municipal)

Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Asunto: Acción de tutela

Accionante: KEDY JOHANA ZÚÑIGA GARCÍA

Accionada: HOTEL BOUTIQUE FERIA INTERNACIONAL Y OTRO

Radicación No. 11001400307620200065400

Agotadas las etapas propias, decide el Despacho el amparo constitucional de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La señora El Kedy Johana Zúñiga García, promovió acción de tutela contra el Hotel Boutique Feria Internacional y la E.P.S. Famisanar S.A.S., invocando la protección de sus derechos a un mínimo vital, a la vida digna y a la igualdad, y solicitó se ordene a las accionadas el pago de las incapacidades que los médicos tratantes le expidieron entre el 10 de junio de 2019 y el 12 de julio de 2020.

2. En sustento de sus pretensiones, en síntesis, se expuso:

2.1. Que en el 2015 empezó a laborar en el Hotel Boutique Feria Internacional; que el 22 de marzo de 2017 le realizaron mastectomía del seno derecho con vaciamiento gangleonar, por lo cual ha estado incapacitada, siéndole imposible realizar actividades con mi brazo derecho, incapacidades que van desde el 10 de junio de 2019 hasta

el 12 de julio de 2020, es decir, más de 400 días en incapacidad continua.

2.2. Que las incapacidades no han sido pagadas afectándole sus derechos, pues es oriunda de Nuquí, Choco, no tienen familia en la ciudad de Bogotá D.C., vive sola, pago arriendo en una habitación, dependiendo de la ayuda de algunos familiares que le han colaborado, pero por pandemia desde marzo no le han podido ayudar.

3. Admitido a trámite el amparo constitucional, el Hotel Boutique Feria Internacional adujo que la accionante desde el 12 de Diciembre de 2018 no prestaba sus servicios de manera física para la compañía; que se encuentra al día en los aportes al sistema de seguridad social; que la señora Zúñiga ha sido constante en enviar las incapacidades de manera extemporánea o sustraerse totalmente de su obligación para dar trámite administrativo; que existían incapacidades sin reportar por la accionante; que la EPS Famisanar era la entidad responsable sobre el cumplimiento de sus obligaciones a través del debido trámite y reconocimiento de los derechos presuntamente vulnerados a la accionante.

La E.P.S. Famisanar S.A.S. adujo que la usuaria no registraba incapacidades radicadas desde el 10 de febrero de 2020 a la fecha; que contaba con 1053 días de incapacidad de 22/06/2016 al 10/02/2020; que presentaba incapacidad continua del 22/06/2016 al 29/06/2018 por un total de 620 días de los cuales cumplió 180 días el 18/12/2016 y 540 días el 13/12/2017; que existían periodos de interrupción por más de 30 días; que cumplió su obligación de liquidar las incapacidades causadas hasta el día 180 y remitir al Fondo de Pensiones el concepto de Rehabilitación; que existían otros medios de

defensa judicial; que no existía vulneración de los derechos fundamentales.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. expresó que la señora Kedy Johana Zúñiga García, según certificación expedida por la EPS, el día 181 lo cumplió el 19/12/2016 y el día 360 (540) lo cumplió 13/12/2017; que no adeudaba suma alguna a favor de accionante, como quiera que reconoció los 360 días adicionales a los primeros 180 según el límite que expresamente establecía la normatividad vigente, pues lo que exceda de los 540 días le corresponde a la E.P.S.

Que remitido el caso de la señora Zúñiga García a Seguros de Vida Alfa S.A. emitió dictamen el 22 de junio de 2020 estableciendo un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 17.37%, determinando como fecha de estructuración 21/012/2019 de origen común, quien no tenía derecho a una pensión de invalidez, por no cumplir con el requisito de haber perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

II. CONSIDERACIONES

1. Para resolver el presente asunto es preciso resaltar que la acción de tutela que se encuentra fundada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, es procedente cuando la actuación u omisión de la autoridad pública, o de un particular en los estrictos casos autorizados, infrinja o amenace derechos constitucionales fundamentales, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se promueva como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable.

De tal modo, que su viabilidad o procedencia exige dos precisos requerimientos: por un lado, que la actuación extendida comprometa un derecho fundamental del linaje avisado; y por el otro, que no exista mecanismo de protección distinto.

2. El certificado de incapacidad temporal es considerado como una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, que genera un auxilio económico durante los primeros 180 días a cargo de la EPS, pero a partir del día 181 se sustituye por un subsidio de incapacidad equivalente al auxilio, que es de cargo del Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

La AFP, una vez obtenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *"hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS"*¹. Pero el régimen de calificación contempla como condicionante el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador². Así pues, la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, salvo que la EPS haya dejado de cumplir sus obligaciones.

Cuando las incapacidades se prolongan más allá del día 540, la Corte Constitucional ha señalado que a partir de la vigencia de la Ley 1753 de 2015 la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad

¹ T-419 de 2015, precitada.

² Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, de conformidad con lo normado en el artículo 67³.

El artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 señala que:

“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 periódica 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.”

La Corte Constitucional sobre el particular indicó que:

“[c]omo se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 “ y agregó que “ha de indicarse que antes de que se regulara el vacío legal que existía con anterioridad a la promulgación de la Ley 1753 de 2015, era válida la argumentación de la EPS y la AFP, pues no existía ningún obligado a efectuar el pago de las incapacidades superiores a los 540 días”...”el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 se llenó ese vacío normativo, de forma general, para todos

³ Sentencia T-144 de 2016.

los casos futuros.”⁴

También la jurisprudencia ha enunciado que, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

3. En el asunto sometido a estudio el accionante endilga no se ha efectuado el pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general que se causó desde el 10 de junio de 2019 y el 12 de julio de 2020.

Sin embargo, el empleador Hotel Boutique Feria Internacional señaló que la accionante había sido constante en enviar las incapacidades de manera extemporánea o sustraerse totalmente de su obligación para dar trámite administrativo tanto ante la EPS como para sus procesos

⁴ Sentencia T-144 de 2016.

internos, lo cual es confirmado por la E.P.S. Famisanar S.A.S., quien precisó que no registraba incapacidades radicadas desde el 10 de febrero de 2020 a la fecha, 31 de agosto de 2020, por ello requería tal información ya que de lo contrario se tendría que iniciar un nuevo ciclo de incapacidad.

Acorde con lo informado por el Hotel Boutique FERIA Internacional la accionante solo entregó las incapacidades de 12 de enero de 2020 a 10 de marzo de 2020, de 12 de junio de 2020 a 11 de julio de 2020 el 28 de julio de 2020 y las de 11 de agosto de 2020 al 9 de septiembre de 2020 el 28 de agosto de 2020, es decir, 427 días en forma inoportuna para que el empleador las remitiese a la E.P.S. y ésta a su vez determinara la viabilidad de su pago.

4. Frente a la prórroga o interrupción de las incapacidades la Resolución 2266 6 de agosto de 1998 señala en el artículo 13 que *"se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta días (30) días calendario."*

A su vez el artículo 2.2.3.2.3. del Decreto 1333 de 1028 prevé que *"[e]xiste prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario."*

De modo que será una sola la incapacidad aquella que entre la expedición de una y otra no supere los 30 días calendario, ello siempre que se trata de una misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa, pues en caso de que no exista dicho límite temporal, se estaría reconociendo una nueva incapacidad, en cuyo caso no operaría prórroga alguna y sí por el contrario generaría la interrupción.

Así que “para efectos de reconocer y pagar la prestación económica en las proporciones indicadas en el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, se tendrá en cuenta que no haya transcurrido más de 30 días calendario entre incapacidad e incapacidad, originada por la misma enfermedad o lesión, para establecer que se trata de una prórroga de la inicial, o en el caso contrario, al transcurrir más de 30 días calendario entre la una y la otra, se estaría frente a una nueva incapacidad que originaría el pago de los dos primeros días por parte del empleador y a partir del tercer día por parte de la EPS respectiva.”⁵

5. De suerte, que con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la vida digna de la señora Kedy Johana Zúñiga García, se ordenará a su empleador Hotel Boutique Feria Internacional, dentro de los cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo hubiere hecho, radique ante la E.P.S Famisanar S.A.S. las incapacidades generadas desde el 10 de febrero de 2020 a la fecha. La E.P.S Famisanar S.A.S. una vez entregadas las incapacidades, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes deberá decidir lo que corresponda frente al reconocimiento y pago a la accionante del subsidio por incapacidad respectiva a esos periodos, de acuerdo con las prescripciones legales que existen para el efecto.

⁵ Superintendencia Nacional de Salud, concepto 2-2016-060190.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Setenta y Cinco 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 acción de tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la vida digna reclamada por la señora Kedy Johana Zúñiga García.

SEGUNDO: Ordenar al Hotel Boutique Feria Internacional, a través de su representante legal, que dentro de los cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo hubiere hecho, radique ante la E.P.S Famisanar S.A.S. las incapacidades generadas desde el 10 de febrero de 2020 a la fecha a la señora Kedy Johana Zúñiga García.

La E.P.S Famisanar S.A.S. una vez entregadas las incapacidades, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes deberá decidir lo que corresponda frente al reconocimiento y pago a la accionante del subsidio por incapacidad respectiva a esos periodos, de acuerdo con las prescripciones legales que existen para el efecto.

TERCERO: Informar que la presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991. Si esta providencia no fue

impugnada en tiempo oportuno, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Notificar esta providencia como lo prevé el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 en forma telegráfica o por cualquier medio expedito tanto a la accionante, como a las accionadas y a la vinculada.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JOHN SANDER GARAVITO SEGURA

Juez

Firmado Por:

**JOHN SANDER GARAVITO SEGURA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 76 CIVIL MUNICIPAL BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**cb2c363402a574fef12700a983e28084efaaa42102ab9777b451a04516fbbab
5**

Documento generado en 09/09/2020 02:04:31 p.m.