

REPUBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI

REF.: ACCIÓN DE TUTELA

ACTE.: JESÚS MARÍA AGREDO SERRANO

ACDO.: DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL-LA NUEVA E.P.S- FONDO PENSIONES COLFONDOS

RAD.: 760013105-017-2023-00182

SENTENCIA DE TUTELA No.38

Santiago de Cali, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

El señor **JESUS MARIA AGREDO SERRANO**, identificaco con la cedula de ciudadnía No. 14.440.451, actuando en causa, interpone acción de tutela contra **ALCALDIA DISTRITAL DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL-LA NUEVA E.P.S- FONDO PENSIONES COLFONDOS**, por la presunta violación de su derecho fundamental de petición, mínimo vital, seguridad social y vida digna.

Fundamenta su acción en los siguientes

HECHOS

Expone el accionante que, ingresó a trabajar en la **ALCALDIA DISTRITAL DE LA CIUDAD DE CALI** desempeñando la función de Conductor, Actividad de manejo y confianza, cumpliendo horario y las instrucciones de los Jefes, que regularmente son los Subsecretarios de despacho. La actividad laboral la ha desarrollado desde 31 de diciembre de 2014, el tipo de contrato fue por orden de prestación de servicio, lo que se conoce como contratación directa.

Narra el actor que, para el año 2014 trabajó en la secretaria general, en el 2015 en la secretaria de movilidad y para el año 2016 ingresó a la Subsecretaria de inclusión de territorios (TIOS)- Secretaria de Participación Ciudadana y Desarrollo Territorial, con la función de conductor, contrato se le renovó de manera continua del año 2016 año hasta diciembre 30 de 2022.

Destaca el tutelante que, es una persona de 69 años de edad, con 1342 semanas cotizadas en COLFONDOS, con incapacidades desde la el 22 Julio 2021 hasta el día de hoy, que padece la enfermedad de PARKINZON, perdió el habla y la movilidad temporalmente, y el ente accionado conoce de las incapacidades de actor y de las restricciones laborales, porque, todas fueron puestas en conocimiento de la Alcaldía, sin embargo, le renovaron el contrato sabiendo de la situación de salud por la que a travesaba.

Manifiesta el demandante que, la E.P.S. ya no les está pagando las incapacidades, pues según le informaron corresponden al fondo de pensiones, el cual solo le pago hasta el 26 de febrero 2023, encontrándome actualmente desahuciado de ingreso económico alguno, siquiera para vivir dignamente y sobre llevar la enfermedad PARKINZON que es catastrófica o ruinosa. Además, tiene que velar por la manutención de su núcleo familiar, los cuales dependen económicamente de él, máxime que, su hija es una persona con una condición especial con síndrome de Down.

TRAMITE PROCESAL

El Art. 86 de la Constitución Política de Colombia consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario al que puede acudir cualquier persona que considere vulnerados sus derechos constitucionales y fundamentales por parte de una autoridad pública o por un particular.

Bajo estas premisas, el juzgado admitió la presente acción constitucional mediante auto interlocutorio No. 923 del 24 de abril de 2023, ordenándose la respectiva notificación a las entidades accionadas, y vinculando a la actuación a la Aseguradora Positiva ARL S.A: y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, concediéndoles la oportunidad de ejercer la defensa de sus intereses, conforme a lo estatuido en el Decreto 2591 de 1991, mediante medios electrónicos de acuerdo con las condiciones previstas en la Ley 2213 de 2022.

CONTESTACIÓN DE LA SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL

La entidad accionada manifiesta frente a los hechos que, el señor Jesús María Agredo Serrano, fue contratado bajo la modalidad de Prestación de servicios de apoyo a la gestión de conformidad con la Ley 80 de 1993, artículo 32 y su decreto Reglamentario 1882 de 2015 artículo 2.2.1.2.4.9, para las siguientes vigencias: 2017 Contrato de Prestación de Apoyo a la Gestión No 4173.026.008.2017; Vigencia 2020 Contratos de Prestación de Apoyo a la Gestión Nos. 4173.026.1.0132.2020, 4173.026.1.0579.2020, 4173.026.1.0731.2020 y 4173.026.1.01019.2020; Vigencia 2021 Contrato de Prestación de Apoyo a La Gestión 4173.026.1.0064.2021 y 4173.026.1.0385.2021; Vigencia 2022 Contrato de Prestación de Apoyo a la Gestión 4173.026.1.033.2022, 4173.026.1.0544.2022 y 4173.026.1.0873.2022. Por tanto, el último contrato de prestación de servicios celebrado con el señor JESÚS AGREDO SERRANO, se encuentra liquidado, por vencimiento del plazo pactado, teniendo este como fecha de terminación el 30 de diciembre del 2022, así mismo, la Administración central no tiene deuda alguna con el señor Agredo, todas las cuotas fijadas en el contrato fueron pagadas en su totalidad.

Frente al hecho segundo informan que, no les consta; al hecho tercero tampoco les consta, puesto que el accionante anexa para su respectiva contratación por la modalidad de prestación de Servicios de Apoyo a la gestión el certificado médico de aptitud física, mental y de coordinación motriz, con fecha de expedición 28 de enero de 2021, que les confirmaba que el señor Agredo Serrano, se encontraba en condiciones de salud física y mental para cumplir las actividades asignadas, además,

siempre presentó los respectivos informe de cumplimiento de actividades para su correspondiente pago.

Por último señala que, la Secretaría de Desarrollo Territorial y Participación Ciudadana, no ha vulnerado los derechos invocados por el accionante respecto a la posible trasgresión de los derechos fundamentales a la salud y mínimo vital, toda vez que su vinculación con la Secretaria de Desarrollo Territorial y Participación Ciudadana siempre ha sido mediante la modalidad de contratación por prestación de servicios de apoyo a la gestión, Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1882 de 2015 artículo 2.2.1.2.4.9.1, y su último contrato se encuentra liquidado, por vencimiento del plazo pactado, teniendo este como fecha de terminación el 30 de diciembre del 2022. Asimismo, la Administración Central – Secretaria de Desarrollo Territorial y Participación Ciudadana, no tiene deuda alguna con el señor Agredo Serrano, todas las cuotas fijadas en el contrato fueron pagadas en su totalidad previo presentación de los respectivos informes de cumplimiento de las actividades pactadas.

CONTESTACIÓN DE LA NUEVA EPS

La prestadora de salud informa que, conforme al presunto incumplimiento alegado por el accionante por parte de NUEVA EPS y relacionados en sus pretensiones, señalan que, el área de “*PRESTACIONES ECONÓMICAS*” informó que, el afiliado presenta 395 días de incapacidad continuas al 26 de abril de 2023, de los cuales completo 180 días el 04 de marzo de 2022. La Nueva EPS S.A. emitió Concepto de Rehabilitación del afiliado el día 07/01/2022 como FAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS con fecha 12/01/2022, lo anterior con el fin de dar cumplimiento al Decreto 019 de 2012 en su artículo 142.

En concordancia con lo anterior y una vez revisada la reseña de afiliación del usuario en referencia informan que, no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es el Fondo de Pensiones, COLFONDOS, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral. Advierten que, de acuerdo con la norma legal citada una vez la EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones, antes del día 150 de incapacidad como ha sucedido en este caso, su Administradora de Fondo de Pensiones debe iniciar el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocida por Nueva EPS y al finalizar este último período, le calificará la pérdida de capacidad laboral. La Administradora de Fondo de Pensiones tiene la obligación legal de expedirle el dictamen sobre calificación de la pérdida de capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012 antes citado, razón por la cual, de no serle expedido oportunamente, la AFP podría incurrir en una violación de las normas legales citadas y de sus derechos fundamentales.

CONTESTACION DE COLFONDOS

El fondo de pensiones informó que, debe ser desvinculado del trámite tutelar, toda vez que, pagó las incapacidades del señor AGREDO SERRANO desde el día 181 hasta

el día 540 el cual se cumplió el día 03 de marzo de 2023, correspondiéndole después de dicho día a la prestadora de salud NUEVA EPS, pagar las incapacidades que, se generen después del día 541.

Agotado el trámite de rigor y sin observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir sobre el amparo constitucional invocado, previa a las siguientes,

CONSIDERACIONES

La Constitución Política de 1991 en su Art. 86 instituyó en nuestro ordenamiento jurídico, la acción de tutela como un instrumento breve, sumario, preferente, ágil y efectivo para que los ciudadanos obtengan la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que los mismos le sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una entidad pública o un particular, y dicha protección está especialmente dirigida a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta o que no cuentan con otra vía judicial para reclamar, o existiendo la misma no están en condiciones para afrontarla.

Antes de entrar a analizar de fondo los fundamentos de la presente acción, debe determinarse la procedencia de la misma, la cual en primer término está reglada por el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que dispone expresamente que la misma no procede en los siguientes casos:

“a) cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, b) cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus y c) cuando se pretenda proteger derechos colectivos”.

De conformidad con las circunstancias fácticas que fueron expuestas, le corresponde al Despacho establecer si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana e igualdad de la accionante al negarse a reconocer y asumir el pago correspondiente a las incapacidades que le fueron expedidas con posterioridad al día 540, además, se debe establecer si el señor **AGREDO SERRANO** a pesar de estar contratado por prestación de servicios por la **ALCALDIA DE CALI**, lo cobija el fuero de estabilidad reforzada por salud.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el Juzgado se referirá a los siguientes puntos: (i) El pago de incapacidades laborales. (ii) la estabilidad ocupacional reforzada en los contratos de prestación de servicios, y la aplicación de las prestaciones de la Ley 361 de 1997, interpretada conforme a la Constitución; (iii) El marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 540 días; (iv) abordar el estudio del caso concreto.

I. Reconocimiento y pago de incapacidades labores.

De conformidad con el Art. 86 de la Constitución, la acción de tutela tiene carácter residual, toda vez que procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad *“reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos*

ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”¹.

Al tenor de esta regla de procedibilidad, la acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado. *Así las cosas, en principio, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.*

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital².

En la sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

“...esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la sentencia T-468 de 2010:

“Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar”.

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por el Tribunal Constitucional en sentencia T-182 de 2011, cuando se expresó que:

“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre

¹ Corte Constitucional. Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

² Cfr. Sentencia T-140 de 2016.

otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales –como son las incapacidades laborales–, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional”.

Tales consideraciones fueron reiteradas en las sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 enfatizando que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable, lo que faculta al juez constitucional a tomar medidas para evitar que ello ocurra; incluso determinar, de entre los varios actores del sistema obligados a responder por el pago de incapacidades responsabilidades transitorias, de acuerdo con quien esté en mejores condiciones de asumir el pago de tales subsidios.

Incluso en los casos referidos la Corte Constitucional ha reconocido que, la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun en casos en los que no se hayan agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

II. Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades.

Conforme fue expuesto en precedencia, el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral se han distinguido tres tipos de incapacidades a saber : “(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 una 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%”³. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

De las incapacidades por enfermedad de origen laboral

³ Sentencia T - 144 de 2016.

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el Art. 1 del Decreto 2943 de 2013 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.

El pago lo surtirá la ARL correspondiente “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le 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”⁴

De las incapacidades por enfermedad de origen común

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el Art. 227 del CST y el Decreto 2943 de 2013, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la cuantía de 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**.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades, de acuerdo con lo sintetizado en la sentencia T – 200 de 2017, se encuentra distribuida de la siguiente manera: i) Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso (Art. 1 del Decreto 2943 de 2013); ii) de continuar la incapacidad, 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 (Art. 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 Art. 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, siempre cuando haya concepto de rehabilitación por parte de la EPS (Art. 142 Decreto 019 de 2012).

No obstante, existe una excepción a la última regla que se da cuando superados 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, caso en el cual será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Ello por cuanto el concepto de rehabilitación debe ser emitido antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Sobre el particular cumple advertir que, la jurisprudencia ha recabado que la norma debe interpretarse en el sentido que lo exigido a la EPS es una concepto de rehabilitación favorable o no, y siempre que este emita dentro de los términos legales corresponderá al Fondo de Pensiones asumir el subsidio de incapacidad hasta el día 540.

Ahora bien, en cuanto 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 de rehabilitación y una calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%,

⁴ Ídem.

y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. Al respecto, esa Corporación mediante sentencia T-468 de 2010⁵ advirtió lo siguiente:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.” Agregó que “En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”

En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el Art. 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “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; norma esta cuya aplicación fue reglamentada por el Decreto 1333 de 2018, a través del cual se definieron los parámetros para mantener el pago de esas incapacidades por parte de la EPS encargadas.

Por último se debe indicar que mientras entra el sistema de cuentas maestras previsto en el Decreto 760 de 2016 y el Decreto 1333 de 2018, será responsabilidad del empleador cubrir las incapacidades y luego de ello proceder con el recobro respectivo.

III. la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral

Conforme al principio de subsidiariedad ya explicado, por regla general, el amparo tutelar resulta improcedente para reclamar el reconocimiento de derechos de naturaleza pensional, pues el debate sobre estos asuntos corresponde a la jurisdicción laboral. Sin embargo, en determinados casos, la tutela procede con el fin de salvaguardar derechos fundamentales, cuya protección resulta impostergable,

⁵ Mediante sentencias T-684 de 2010 y T-876 de 2013 se reiteró la existencia de un déficit de protección para incapacidades superiores a 540 días.

cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.

Para determinar la idoneidad de los medios de defensa judicial, es necesario revisar que los mecanismos judiciales tengan la capacidad para proteger de forma efectiva, los derechos de la persona. En especial, resulta imperativo verificar si las pretensiones de quien merece especial protección, pueden ser tramitadas y decididas de forma adecuada por esta vía, o si por su situación no puede acudir a dicha instancia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado de manera reiterada que, la jurisdicción laboral no ofrece los medios adecuados para tramitar las pretensiones de quienes solicitan el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues les impone asumir costos económicos por un largo tiempo aunque no puedan soportarlos debido a su situación. La sentencia T-376 de 2011 señaló:

“[L]a jurisprudencia constitucional ha manifestado que el proceso ordinario laboral, debido a su duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el actor, han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario”⁶.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela resulta procedente cuando, a pesar de existir mecanismos judiciales idóneos, existe un grave riesgo de presentarse un perjuicio irremediable, que afecte derechos fundamentales. Y en especial, en relación con las personas que han sido calificadas con una pérdida de capacidad laboral alta y por ello han dejado de recibir ingresos, se presume que la pensión de invalidez es la forma en la que pueden procurarse una vida digna y asegurar su mínimo vital.⁷ Por ello, si la persona no cuenta con otros ingresos y no tiene un empleo debido a su invalidez, es plausible presumir un perjuicio irremediable.

Bajo estas circunstancias, nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que la tutela es procedente, de forma excepcional para responder de manera urgente la situación de amenaza o vulneración de derechos que pueden sufrir las personas en situación de discapacidad que requieren una pensión de invalidez.

En específico, cuando a través del amparo constitucional se proponen controversias que involucran derechos a la seguridad social, en especial, derechos pensionales, la jurisprudencia constitucional ha reconocido, en múltiples ocasiones, que ésta puede ser abordada en la tutela.

Lo anterior se presenta cuando la omisión en la práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral compromete el derecho a la seguridad social, del cual se desprende el derecho a recibir una pensión si se cumplen los parámetros de ley, y ello es así, en razón a que, si no se brindan las condiciones adecuadas para hacer la calificación de la pérdida de capacidad laboral, no se podrá reunir un requisito

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-811 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

principal para acceder a la pensión, pues como ha expuesto esta Corte, el dictamen: *“es decisivo para establecer a qué tipo de auxilios tiene derecho quien padece una discapacidad como consecuencia de una actividad laboral, o por causas de origen común.”*⁸

Por lo tanto, ha sido catalogado como un derecho que tienen los usuarios del sistema de salud a recibir una valoración interdisciplinaria sobre sus aptitudes, cualidades y habilidades para desempeñarse en el ámbito laboral a fin de determinar si requiere un auxilio o, después de determinada contingencia, puede acceder a un trabajo para proveerse su sustento. En la sentencia T-646 de 2013 esta Corte expuso:

*“La determinación de la disminución física o mental con secuelas laborales, se propone establecer el origen y el porcentaje de afectación (...). Tal propósito, conjugado con la importancia de la función prestacional que cumple ha convertido este procedimiento, desde una visión constitucional, en un derecho de los usuarios del sistema, inescindible a determinadas prestaciones del mismo.”*⁹

Por la importancia de la valoración y por ser determinante para la protección de otros derechos, la Corte Constitucional ha mencionado que la calificación es *“un derecho autónomo de todos los afiliados al [sistema de seguridad social], y una garantía de enlace para acceder a otras prestaciones asistenciales y económicas contempladas por la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias”*¹⁰.

De suerte tal que, si se trunca la posibilidad de acceder a la pensión, porque se niega la práctica de los procedimientos que se deben certificar para solicitarla, se amenazan otras garantías constitucionales que se buscan proteger a través del sistema de seguridad social, tales como la vida digna y el mínimo vital. En ese sentido, la Alta Corporación ha sostenido reiteradamente:

*“Dentro del derecho a la pensión de invalidez cobra gran importancia el derecho a la valoración de la pérdida de la capacidad laboral, ya que ésta constituye un medio para garantizar los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital. Lo anterior por cuanto tal evaluación permite determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento pensional que asegure su sustento económico, dado el deterioro de su estado de su salud y, por tanto, de su capacidad para realizar una actividad laboral que le permita acceder a un sustento.”*¹¹

En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado que se vulnera el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral en diferentes circunstancias. Puede ocurrir cuando se niega la práctica de la valoración, o cuando se imponen barreras injustificadas para la misma, a pesar de que la entidad está obligada a llevarla a cabo. Las dos circunstancias pueden ser violatorias de los derechos fundamentales del accionante. Así también lo han mencionado otros pronunciamientos de la Corte que además resaltan, que la vulneración se efectúa contra una persona en estado de indefensión. Por ejemplo, la sentencia T-038 de 2011 sostiene:

“Ahora bien, la vulneración de los derechos fundamentales por la negación del derecho a la valoración no sólo ocurre cuando ésta se niega, sino cuando no se práctica a tiempo, complicando en algunos casos la situación del afectado. En ambos (sic) situaciones la consecuencia de negarlo o dilatarlo en el tiempo afecta

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-646 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹ Íbid.

¹⁰ Íbid.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto. Retomada en la sentencia T-671 de 2012.

gravemente a la dignidad humana poniendo a quien pretende ser beneficiario de la pensión de invalidez en una grave situación de indefensión.”¹²

En síntesis, por la importancia de la valoración de la pérdida de capacidad laboral en materia constitucional, el Alto Tribunal ha aceptado que las controversias jurídicas sobre éstas, se desenvuelvan a través de la tutela¹³, siempre que se reúnan los requisitos propios de la acción. Es decir, si en el caso concreto se demuestra que no existe una acción idónea o efectiva para resolver una solicitud de valoración de pérdida de capacidad laboral, o aunque exista, subsiste el riesgo de que se presente un perjuicio irremediable, estas controversias se pueden tramitar a través del amparo constitucional.

Con relación al respeto y cumplimiento de las normas que gobiernan el sistema de calificación de invalidez ha referido la Corte Constitucional entre otras en sentencia T – 093 de 2016, a través de la cual se sintetizaron 4 reglas a tener en cuenta por parte de las entidades vinculadas a dichos trámites:

- La primera regla establece que el trámite de calificación sólo puede adelantarse una vez se haya terminado la rehabilitación integral y el tratamiento o se compruebe la imposibilidad de realizarlo.
- El segundo parámetro establece que la valoración para determinar el estado de salud de la persona sea completa e integral; lo anterior implica el deber de EPS, Fondos de Pensiones, ARL y las juntas de realizar un examen físico y el estudio de la historia clínica del paciente.
- La tercera regla señala que si bien los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral no son considerados actos administrativos, los mismos deben estar debidamente motivados; esto implica que el dictamen debe contener los fundamentos de hecho y de derecho.
- La última regla supone un respeto por el derecho de defensa y contradicción de los interesados, de tal manera que se les brinde la posibilidad de controvertir todos los aspectos relacionados con el dictamen.

IV. Protección constitucional de los derechos laborales.

En varias oportunidades, la Alta Corporación ha protegido relaciones jurídicas que involucran derechos constitucionales laborales, ya sea en relaciones formales o informales. Ha tutelado derechos en contratos laborales formalmente reconocidos, en “contratos realidad” o en contratos que involucren derechos laborales constitucionales así no se trate de aquellos llamados “laborales” por la legislación, como ocurre en ciertas circunstancias en los contratos de prestación de servicios y las órdenes de servicio, entre otros. En efecto, se ha reconocido la textura abierta de la noción de trabajo en la Constitución, la cual no implica exclusivamente la defensa de los derechos de los trabajadores dependientes, sino también la efectividad de las garantías constitucionales en el ejercicio del trabajo autónomo.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-876 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De otra parte, es un hecho constatado por la jurisprudencia que los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplía la figura del contrato de prestación de servicios, en algunos casos para enmascarar relaciones laborales y evadir el pago de prestaciones sociales, desconociendo así las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, dejando de lado, además, la excepcionalidad de este tipo de contratación. En ese contexto, las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de las prácticas a las que acuden los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral. Razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha reconocido la existencia de contratos realidad en vinculaciones con la Administración Pública. Por ejemplo, en sentencia proferida el 6 de marzo de 2008 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A" se constató la existencia de los tres elementos que configuran la relación laboral en el caso estudiado, como son prestación personal del servicio, continua subordinación y la remuneración correlativa y se indicó que la finalidad de los contratos de prestación de servicios era negar la existencia de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales que le son inherentes.

Así mismo, en distintas oportunidades la Corte Constitucional ha protegido derechos laborales constitucionales en casos de vinculación a través de contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios.

De lo anterior se puede concluir que la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas se aplica en aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica *“desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral”*. En estos eventos, para que proceda la declaración de existencia del contrato realidad el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

V. La estabilidad reforzada de las personas con discapacidad en contratos de prestación de servicios.

La jurisprudencia constitucional relacionada con la estabilidad reforzada, desde sus inicios ha fijado las reglas para que esta proceda protección. La Sentencia T-077 de 2014 recogió estos parámetros señalando que:

“(i) La tutela no puede llegar al extremo de ser considerada el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo, en la medida en que no existe un derecho fundamental general a la estabilidad laboral. Sin embargo, en los casos en que la persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, la tutela puede llegar a ser procedente como mecanismo de protección, atendiendo las circunstancias particulares del caso.

(ii) El concepto de “estabilidad laboral reforzada” se ha aplicado en situaciones en las que personas que gozan de ella, han sido despedidas o sus contratos no han sido renovados, en claro desconocimiento de las obligaciones constitucionales y de ley, para con las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas discapacitadas u otras personas en estado debilidad manifiesta.

(iii) Con todo, no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita. Para que la defensa por vía de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación fue consecuencia de esa particular condición de debilidad, es decir, con ocasión de embarazo, de la discapacidad, de la enfermedad, etc. En otras palabras, debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral.” (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en sentencia T-521 de 2016 se precisaron las reglas jurisprudenciales construidas por la Alta Corporación a lo largo de los años y relacionadas con la efectividad de la garantía de estabilidad laboral reforzada con independencia de la vinculación laboral y la presunción de discriminación en la terminación de la relación laboral, en el siguiente sentido:

(i) En primer lugar, en dicha sentencia se señala que existe el derecho a la estabilidad laboral reforzada “*siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales*”. Luego de analizar varias providencias en las que los accionantes, personas incapacitadas o con una discapacidad o problema de salud que disminuía su posibilidad física de trabajar, alegaban haber sido despedidos sin autorización del inspector de trabajo, la Corte consideró que “*con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad o en razón de sus condiciones de salud se encuentra un estado de debilidad manifiesta, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada*”.

(ii) En segundo lugar, se entiende activada esta garantía de estabilidad laboral reforzada una vez el empleador conoce de las afecciones de salud del trabajador retirado.

(iii) En tercer lugar la estabilidad laboral reforzada se aplica “*frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad o estado de debilidad manifiesta del accionante*”

De conformidad con el anterior recuento jurisprudencial, es evidente que la Corte ha acudido a varias fórmulas para resolver los casos que envuelven una estabilidad laboral reforzada y que el tipo de vinculación no ha sido un obstáculo para conceder dicha protección, aceptando que la misma procede en contratos de prestación de servicios independientes.

VI. Caso concreto

El señor **JESÚS MARÍA AGREDO SERRANO**, tiene 69 años de edad y se desempeñaba como conductor de vehículos de las diferentes Secretaría del Municipio de Santiago de Cali, entidad del sector público, con quien ha celebrado varios contratos de prestación de servicios, así; Contrato de Prestación de Apoyo a la

Gestión No 4173.026.008.2017, Vigencia 2020 Contratos de Prestación de Apoyo a la Gestión Nos. 4173.026.1.0132.2020, 4173.026.1.0579.2020, 4173.026.1.0731.2020 y 4173.026.1.01019.2020, Vigencia 2021: Contrato de Prestación de Apoyo a La Gestión 4173.026.1.0064.2021 y 4173.026.1.0385.2021, Vigencia 2022 Contrato de Prestación de Apoyo a la Gestión 4173.026.1.033.2022, 4173.026.1.0544.2022 y 4173.026.1.0873.2022, el último duro hasta el 30 de diciembre de 2022, el cual fue liquidado en su totalidad, pues hasta esa fecha era la duración de la contratación. Sobre este presupuesto fáctico se procederá a desatar las querencias de la acción de tutela, de la siguiente manera:

FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Como antes se indicó, para que se abra paso el estudio de la procedencia de lo pedido se deben sortear los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez de la acción, respecto al tópico concreto que se examina.

Entonces, en virtud de lo dispuesto en el Art. 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia¹⁴ y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección *definitivo*: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental.

En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario¹⁵.

Pues bien, para el Despacho no cabe duda de que, el actor cuenta con un mecanismo judicial para garantizar el restablecimiento de sus derechos como los son las acciones contencioso ordinarias contencioso administrativas o laborales; empero, a juicio de este operador judicial las mismas no resultas idóneas ni eficaces, dadas las condiciones particulares del actor que lo convierten en un sujeto de especial protección constitucional.

En efecto, el señor AGREDO SERRANO por sumar a la fecha más 69 años es un adulto mayor, lo que permite, acorde con las sentencias **T-339** y **T-598 de 2017** de la Corte Constitucional¹⁶ considerarlo sujeto de especial protección constitucional dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo. Bajo este horizonte, el nivel de protección que merecen las personas los adultos mayores no solo implica que el Estado debe proveerles un trato diferencial, sino que con arreglo al principio

¹⁴ Ver, entre otras, sentencias T-119/15, T-250/15, T-446/15, T-548/15 y T-317/15.

¹⁵ Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que, debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que /las actuaciones de protección han de ser impostergables”.

¹⁶ Sentencia C-177 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de solidaridad, incluso los particulares han de esforzarse para lograr los fines protectores que impone el ordenamiento superior respecto de ellas¹⁷.

En este punto conviene precisar que el término “adulto mayor”, el cual fue definido en la Ley 1276 de 2009¹⁸. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “*desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen*”.

De otra parte, como se infiere de la historia clínica glosada a la foliatura (Arc 2 ED), el actor padece de la enfermedad de Parkinson, la cual según la Resolución No. 5265 de 2018 es considerada como enfermedad Huérfana, ruinosa o Catastrófica, de manera tal que siguiendo el precedente jurisprudencial vertido entre otras en sentencia T – 232 de 2022, quienes padecen de este topi de patologías se consideran merecedores de una especial protección por parte del Estado. Además la intensidad de la afectación del quejoso se infiere, no solo a partir de la clase de enfermedad padece, sino también al constatar las incapacidades médicas continuadas a las que se vio sujeto, que afectaron el cumplimiento de su contrato, por una causa que le resultaba ajena.

Superados los prologuémonos anteriores, fácil es concluir que las condiciones del actor de debilidad manifiesta y urgencia de su situación son más que patentes, lo cual permite superar el análisis de subsidiariedad de la acción de tutela. Anotando por último que, el presupuesto de inmediatez se cumplió dado que la acción se formuló dentro de un lapsos prudencial después de finalizado el vínculo laboral, 3 meses.

Entrando en materia sobre la protección del fuero de estabilidad laboral reforzado por salud, ya explicado en esta providencia, tenemos que, para la fecha en que se le término el contrato con el Distrito CALI el señor AGREDO SERRANO estaba afectado por una incapacidad médica que iba desde el año 2021, por la enfermedad de Parkinson, de lo que tenía plena concomiando la entidad requerida, pues, por obvia razones, el actor se había relevado de cumplir con sus obligaciones contractuales por dicha enfermedad, de lo cual resulta obvio y evidente el conocimiento que tenía tal entidad de la condición de salud del actor. Es más, en el escrito de contestación de esta acción constitucional así lo aceptan.

Ciertamente, como se infiere del récord de incapacidades del actor (Fol. 11 Arc. 11 ED) este se haya incapacitado desde el año 2021, fecha desde la cual le Distrito de CALI seguía suscribiendo contratos con el actor, tales como: No. 4173.026.1.01019.2020, Vigencia 2021: Contrato de Prestación de Apoyo a La Gestión No. 4173.026.1.0064.2021 y 4173.026.1.0385.2021, Vigencia 2022 Contrato de Prestación de Apoyo a la Gestión No. 4173.026.1.033.2022, No. 4173.026.1.0544.2022 y 4173.026.1.0873. de 2022 (Arc. 9 ED). Convenios que se suscribieron aun sabiendo que convocante de esta acción presentaba incapacidades continuas, ya que, desde julio de 2021, se encuentra con incapacidades permanentes

¹⁷ Sentencia T-598 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸ Ley 1276 de 2009. Artículo 7°. “Definiciones. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: // (...) b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen”.

completando más de 540 días; es decir, durante la ejecución de los contratos 4173.026.1.0385.2021, Vigencia 2022 Contrato de Prestación de Apoyo a la Gestión 4173.026.1.033.2022, 4173.026.1.0544.2022 y 4173.026.1.0873.2022, reflejándose que, el actor se encontraba incapacitado, puesto que la EPS y COLFONDOS han pagado las incapacidades, de esos últimos años según las respuestas allegadas al proceso.

No obstante lo dicho, la entidad territorial requerida adujo haber terminado el contrato con el argumento de que los servicios del actor fueron contratados hasta el 30 de diciembre de 2022; empero del contrato que aporta la demandada, No. 4173.026.1.0873.2022, no se ve reflejado el término de duración del contrato, como el valor que se pagaría por dicha labor, simplemente se ve expresado las funciones que, debía realizar con dicha contratación.

Por otra parte, se observa que, de hecho, el memorial de terminación del vínculo contractual se le dio a conocer al peticionario cuando estaba dentro del término de una incapacidad originada en el desarrollo contractual. Conforme a los criterios unificados por la Corte Constitucional (SU 049/2017), el hecho de que se trate de un contrato de prestación de servicios o una relación laboral no es relevante, en cuanto a la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, ni lo es que el señor JESUS MARIA AGREDO SERRANO carezca de una calificación de pérdida de capacidad laboral que determine el grado de su situación de discapacidad. En sus condiciones de salud tiene derecho a la estabilidad ocupacional reforzada en virtud de la Constitución, y en concordancia con la Ley 361 de 1997.

Colofón, la estabilidad ocupacional reforzada significa que el actor tenía entonces derecho fundamental a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en este caso el Distrito de Santiago de Cali, no solicitó la autorización referida. En eventos como este, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, esta presunción se puede desvirtuar, incluso en el proceso de tutela, y por tanto lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Está entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación. Esta garantía se ha aplicado no solo a las relaciones de trabajo dependiente, sino también a los vínculos originados en contratos de prestación de servicios independientes. Por tanto, en esta ocasión, se debe definir si la ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI logra desvirtuar la presunción de desvinculación injusta del actor.

Por lo dicho hasta el momento, advierte la configuración de la ruptura irregular de la relación de trabajo, puesto que la haberse presentado al momento en que el actor estaba incapacitado por padecer una enfermedad catastrófica de la cual tenía conocimiento esa entidad conllevan a que se presuma que la ruptura constituyó un acto sospechoso de discriminación por su estado de Salud, situación que merece la intervención del Juez Constitucional.

De esta manera, el Despacho ordenará la protección de los derechos del actor de manera transitoria, pues la presunción de sospecha del acto discriminatorio admite

prueba en contrario, la cual deberá ser verificada ante el juez ordinario que corresponda, Laboral o Contencioso, ello antes de tomar una decisión definitiva. Por ende la protección a los derechos a la salud y estabilidad laboral del actor que conllevan a su reintegro y renovación del contrato de prestación de servicios con condiciones análogas a las que tenía al momento de dársele por terminado, junto con el pago de la remuneración en los términos legales, estando obligado a mantener la vigencia de la relación pactada hasta tanto hasta que se reconozca pensión por vejez o invalidez, según lo definan las autoridades competentes.

Si el actor no pudiera realizar las actividades para las cuales fue contratado con anterioridad, el Distrito de **SANTIAGO DE CALI** atenderá la recomendación que al respecto efectúe la administradora de riesgos profesionales, a fin de garantizar su reubicación, previa capacitación y ajuste de las condiciones de su trabajo en virtud del principio de integración social (CP art 43).

La orden de protección anterior, se hará de manera transitoria, mientras el actor fórmula la acción ordinaria pertinente ante la autoridad judicial que considere competente, para el restablecimiento de su derecho al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, para lo cual contará con el término máximo de 4 meses, en los términos del Art. 6 del decreto 2591 de 1991, contados a partir de la notificación de esta providencia, so pena de que cese el reintegro aquí ordenado.

De igual manera y consultado los hechos de la acción de tutela en los que se verifica que a más de contar con 69 años de edad el promotor de esta acción suma más de 1300 semanas de aportes (Arc. 2 ED), se le requerirá para que en ese mismo lapso máximo de 4 meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, inicie los trámites para la obtención de la pensión de vejez ante el fondo de pensiones Colfondos S.A. el desconocimiento de este requerimiento al actor implicará el decaimiento de la orden de protección que le irrige en esta oportunidad.

PAGO DE INCAPACIDADES

De otro lado, le corresponde al Despacho determinar a cuál de las entidades le corresponde el pago de las incapacidades generadas después del día 540.

Para efectos de darle solución al objeto de la *litis*, es preciso empezar por señalar que, de los elementos de juicio allegados al proceso, se encontraron probados los siguientes hechos:

- (i) El actor es una persona de 69 años de edad que, estuvo vinculada por contrato de prestación de servicios con el Distrito de **CALI** desde el año 2014 hasta el 30 de diciembre de 2022. En razón de la referida contratación laboral, EL tutelante está afiliado en calidad de cotizante a la **NUEVA EPS** y al fondo de pensiones COLFONDOS.
- (ii) En el año 2021 el actor fue diagnosticado con **PARKINSON**, según consta en la historia clínica expedida por la EPS (anexo 12 Pruebas ED)

- (iii) Con ocasión de los aludidos procedimientos médicos, al peticionario se le expedieron una serie de incapacidades laborales, las cuales al día 04 de marzo 2023, registra un record de 540 días.
- (iv) Los primeros 180 días de incapacidad fueron cancelados al accionante por parte de la NUEVA EPS, conforme lo dispone la ley.
- (v) COLFONDOS pagó desde el día 540 esto es hasta el día 03 de marzo de 2023.
- (vi) A la fecha, el tutelante no percibe asignación salarial alguna, ni es acreedor de una pensión de invalidez o de vejez.

Como se observa de lo anterior, es claro que ninguna de las accionadas ha asumido el correspondiente pago de las incapacidades médicas otorgadas al actor entre el día 541 a la fecha. De allí, que se advierta una afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante al constatarse que no ha recibido la totalidad del pago de sus incapacidades, las cuales, constituyen su única fuente de ingresos para sobrellevar su actual estado de vulnerabilidad debido a las precarias condiciones de salud en que se encuentra, hecho que la imposibilita para desempeñar algún tipo de trabajo, arriesgando su manutención y la de su núcleo familiar.

Por otro lado, de la pruebas allegadas al expediente, se pudo establecer que la base de cotización de al quejoso corresponde a un salario mínimo, hecho que permite concluir que los ingresos que percibe apenas le alcanzan para garantizar su mínimo vital, es decir, cubrir sus gastos. Luego es evidente la incapacidad económica del mismo.

Así, ante la grave la situación económica por la que atraviesa el demandante y su particular estado de salud, se estima necesario adoptar una medida de protección inmediata que garantice el pago del referido periodo de incapacidades por parte de la **NUEVA EPS** para que con ello, cese la afectación de sus derechos, la cual, como se explicó en el acápite de la inmediatez, continúa vigente. En consecuencia, la referida EPS **deberá responder** por el pago del subsidio de incapacidad partir del día 541 hasta cuando cesen las incapacidades o se consolide el estado de invalidez de del promotor de esta acción.

Así las cosas se **ORDENARA** a la Entidad Promotora de Salud **NUEVA EPS**, que en término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, **reconozca y pague** al señor **JESUS MARIA AGREDO SERRANO**, las incapacidades médicas generadas desde el día 541 hasta que cese la emisión de incapacidades en favor de la accionante o se produzca el reconocimiento y pago de la pensión respectiva, reservándose la facultad de descontar aquellas que ya fueron canceladas.

De otro lado se **PREVENDRÁ** a la Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones de Colfondos S.A. que, en el término de (30) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia cumple a cabalidad con el trámite administrativo de evaluación de pérdida de capacidad laboral, verificación del derecho a la pensión de

invalidez e inclusión en nómina de ser posible, actuación que se deberá adelantar de manera oficiosa. Ello también teniendo en cuenta la obligación del actor de tramitar su prestación de vejez, caso en el cual deberá surtir el análisis conjunto de las prestaciones y otorgar la que resulte de mayor valor para el quejoso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la constitución,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y mínimo del señor **JESUS MARIA AGREDO SERRANO**, identificaco con la cedula de ciudadanía No. 14.440.451, por las razones anotadas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: ORDENAR DE MANERA TRANSITORIA al Distrito de **SANTIAGO DE CALI** que, proceda con el reintegro y renovación del contrato de prestación de servicios del señor **JESUS MARIA AGREDO SERRANO**, identificaco con la cedula de ciudadanía No. 14.440.451, en condiciones análogas a las que tenía al momento de dársele por terminado, junto con el pago de la remuneración desde el reintegro efectivo en los términos legales, estando obligado a mantener la vigencia de la relación pactada hasta tanto. se reconozca pensión por vejez o invalidez, según lo definan las autoridades competentes. Si el actor no pudiera realizar las actividades para las cuales fue contratado con anterioridad, el Distrito de **SANTIAGO DE CALI** atenderá la recomendación que al respecto efectúe la administradora de riesgos profesionales, a fin de garantizar su reubicación, previa capacitación y ajuste de las condiciones de su trabajo en virtud del principio de integración social.

TERCERO: la orden de protección anterior, se hará de manera transitoria, mientras el actor fórmula la acción ordinaria pertinente ante la autoridad judicial que considere competente, para el restablecimiento de su derecho al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, para lo cual contará con el término máximo de 4 meses, en los términos del Art. 6 del decreto 2591 de 1991, contados a partir de la notificación de esta providencia, so pena de que cese el reintegro aquí ordenado.

CUARTO: REQUERIR al actor para que, en ese mismo lapso máximo de 4 meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, inicie los trámites para la obtención de la pensión de vejez ante el fondo de pensiones Colfondos S.A. el desconocimiento de este requerimiento al actor implicará el decaimiento de la orden de protección que le irrigo en esta oportunidad.

QUINTO: ORDENAR a la Entidad Promotora de Salud **NUEVA EPS**, que en término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, **reconozca y pague** a al señor **JESÚS MARÍA AGREDO SERRANO** las incapacidades médicas generadas desde el día 541 hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del accionante o se produzca el

reconocimiento y pago de la pensión respectiva, reservándose la facultad de descontar aquellas que ya fueron canceladas.

SEXTO: PREVENIR a la Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones de Colfondos S.A. que, en el término de (30) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia cumple a cabalidad con el trámite administrativo de evaluación de pérdida de capacidad laboral, verificación del derecho a la pensión de invalidez e inclusión en nómina de ser posible, actuación que se deberá adelantar de manera oficiosa. Ello también teniendo en cuenta la obligación del actor de tramitar su prestación de vejez, caso en el cual deberá surtir el análisis conjunto de las prestaciones y otorgar la que resulte de mayor valor para el quejoso.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia, procede la impugnación de que trata el artículo 31 del decreto 2591 de 1991, dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación.

OCTAVO: LÍBRENSE las comunicaciones pertinentes con el fin de notificar a las partes el contenido de esta decisión.

NOVENO: Si este fallo no fuere impugnado, envíense las presentes diligencias a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE

El Juez,


OSCAR JULIAN BETANCOURT ARBOLEDA

