

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA dentro de la acción de tutela promovida por JESÚS MARÍA AGREDO SERRANO quien actúa en nombre propio contra DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI- SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL- LA NUEVA E.P.S- FONDO PENSIONES COLFONDOS
RAD: 76 001 31 05 017 2023 00182 01

AUDIENCIA NUMERO 263

En Santiago de Cali, a los cinco (5) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), la magistrada ponente Dra. **ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ**, en asocio con sus homólogos integrantes de Sala, doctores, **JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA y ALVARO MUÑIZ AFANADOR**, se constituyó en audiencia pública y declaró legalmente abierto el acto con el fin de dar lectura a la siguiente,

SENTENCIA DE TUTELA NÚMERO 219

En esta oportunidad le corresponde a la Sala decidir de conformidad con los artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, sobre la impugnación propuesta por la NUEVA EPS y MUNICIPIO DE CALI, contra la sentencia número 038 proferida el día ocho (08) de mayo del año dos mil veintitrés (2023) por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela promovida por el señor JESÚS MARÍA AGREDO SERRANO, mediante la cual se resolvió conceder los derechos fundamentales al libelista (pdf.14).

I. ANTECEDENTES

1. Señala el accionante que ingresó a trabajar en la ALCALDIA DISTRICTAL DE LA CIUDAD DE CALI, desempeñando la función de Conductor, Actividad de “MANEJO Y CONFIANZA”, cumpliendo horario e instrucciones de sus jefes.
2. Que la actividad laboral la realizó desde 31 de diciembre de 2014, que su contrato es (PS), lo que se conoce como contratación directa, que en el año 2014 trabajo en la Secretaría General y para el año 2016 ingreso a la Subsecretaria de inclusión de territorios (TIOS)- Secretaría de Participación Ciudadana y Desarrollo Territorial, con la función del cargo de Conductor, cumpliendo horario, nuevamente el cargo es de “MANEJO Y CONFIANZA”.
3. Que el contrato se le renovó de manera continua 2016 año hasta diciembre 30 de 2022, que cuenta con de 69 años de edad, con incapacidades desde el 22 de julio de 2021, hasta el día de hoy, que ha desarrollado la enfermedad de “PARKINSON”, ha perdido el “habla y la movilidad temporalmente”.
4. Que la accionante conoce de sus incapacidades y restricciones, mensualmente las hace llegar con sus colaboradores.
5. Que es pre pensionado con 1342 semanas cotizadas en fondo de pensiones COLFONDOS, que ya realizó la solicitud de su pensión ante el mencionado fondo, la cual se encuentra en trámite por la redención de los bonos pensionales.
6. Que la EPS ya no le paga la incapacidad, señalando que le corresponde al fondo de pensiones, el cual sólo le pagó hasta el 23 de febrero de 2023, que actualmente se encuentra “desahuciado de ingreso económico alguno”, siquiera para vivir dignamente y sobre llevar su enfermedad “PARKINSON que es catastrófica o ruinosa”.
7. Que los últimos años de su vida ha vivido con un nivel economico adecuado, en relación a su contrato por valor de \$2.430.000, de ese ingreso paga su seguridad social, por medio de planilla asistida, paga sus alimentos y medicinas, ayuda a su esposa, tiene una hija con síndrome de Down y le colabora a sus padres adultos mayores.

SOLICITUD

De conformidad con los hechos expuestos, solicita se le amparen sus derechos fundamentales, tales como: Salud y mínimo vital, en armonía con el principio de la Dignidad

Humana, se ordene a la SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL DE LA ALCALDIA DISTRITAL DE SANTIAGO DE CALI- su reintegro; al fondo de Pensiones COLFONDOS, se disponga a tramitar de manera expedita, el proceso administrativo y el pago de las incapacidades actuales y a la NUEVA E.P.S tramitar de manera inmediata, gestionar las incapacidades (pdf.03).

TRÁMITE

Mediante auto número 923 del veinticuatro (24) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito Cali, dispuso la admisión de la solicitud de tutela formulada por JESUS MARIA AGREDO SERRANO, quien actúa en nombre propio en contra ALCALDIA DISTRITAL DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL, la NUEVA E.P.S y el FONDO PENSIONES COLFONDOS S. A, para que se pronunciaran sobre los hechos contenidos en la solicitud de tutela.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA ACCIONADA Y LOS VINCULADOS

La SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL a través de la jefe de Oficina, dio respuesta al libelo señalando que:

Que el libelista 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*”.

Que el “*ultimo contrato de prestación de servicios celebrado con el señor JESUS AGREDO MARIA 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".

Que no ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y mínimo vital del accionante, toda vez, que su vinculación con la Secretaría 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.

Por último, solicita ser desvinculado de la presente acción constitucional por no vulnerar derechos fundamentales al libelita (pdf.09).

La NUEVA EPS S.A., a través de su representante judicial ha manifestado, que de forma conjunta con el área de "PRESTACIONES ECONÓMICAS" informando 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.

Que no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es el Fondo de Pensiones, COLFONDOS, es quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral.

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.

Que 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 ser expedido oportunamente, la AFP podría incurrir en una violación de las normas legales citadas y de sus derechos fundamentales.

Solicita, se niegue la presente acción constitucional por tratarse de pretensiones de índole sociales (pdf.10).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A., dio respuesta por medio de su apoderado general, indicando, que ha cancelado al accionante las incapacidades por 360 días y hasta el día 540, que las incapacidades superiores a 540 días están a cargo de la NUEVA E.P.S., que lo relacionado a la pensión de invalidez el libelista no ha allegado la documentación para dar inicio al estudio.

Solicita, ser desvinculado de la presente acción de tutela (pdf.11).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia número 038 de fecha ocho (08) de mayo del año dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, resolvió:

“(…)”

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.

“(…)”.

A tal conclusión llegó la A quo, al considerar que el libelista goza de la estabilidad ocupacional reforzada, teniendo derecho fundamental a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la Oficina del Trabajo, que el presenta caso el Distrito de Santiago de Cali, no solicitó la autorización referida, que en situaciones 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 sólo a las relaciones de trabajo dependiente, sino también a los vínculos originados en contratos de prestación de servicios independientes, 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.

Que la orden anterior es de manera transitoria, mientras el libelista 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.

Que 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 la acción suma más de 1300 semanas de aportes (Arc. 2 ED), se le requiere 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., que el desconocimiento de este requerimiento al accionante implicará el decaimiento de la orden de protección que le irrige en esta oportunidad, que además 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, advirtiendo una afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del peticionario al constatar 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 (pdf.03).

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, impugnó la SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL providencia de primera instancia, reiterando lo enunciado en la contestación, cita pronunciamientos de las altas Cortes, los cuales sirven de criterio auxiliar del derecho, para determinar que a través de un contrato de prestación de servicios no se genera relación laboral alguna, dado que a través del mismo no se configuran los elementos esenciales de éste y además tampoco nace a la vida jurídica el derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y en razón a ello, solo existe la obligación del pago de los honorarios establecidos en el mismo (pdf.18).

La NUEVA EPSP S.A., a través de su apoderado especial, impugna la decisión reiterando lo enunciado en la contestación de la acción de tutela (pdf.19).

Seguidamente se procede a decidir lo que en Derecho corresponda, dejando sentadas previamente las siguientes,

II. CONSIDERACIONES DE SALA PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los aspectos fácticos planteados en este asunto, le corresponde a la Sala determinar si en el caso concreto se vulnera los derechos fundamentales por parte del MUNICIPIO DE CALI -SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL, LA NUEVA E.P.S y el FONDO PENSIONES COLFONDOS, al no proceder al reintegro y pago de las incapacidades que le han sido otorgadas por su médico tratante, como consecuencia de la patología que presenta.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a la controversia planteada, partimos de lo que se debe entender por la estabilidad laboral reforzada, definición, expuesto entre otras en la sentencia T 320 de 2016, donde la Gardiana de la Constitución, ha precisado:

“El derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el

despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”.

La misma Corporación en sentencia SU 049 de 2017, sobre la temática que nos ocupa, expuso:

“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

“(…)”.

Además, la misma Corporación en providencia, SU 087 de 2022, manifestó:

“Para determinar si una persona es beneficiaria o no de la garantía de estabilidad laboral reforzada no es perentoria la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral. Esta Corporación ha concluido que la protección depende de tres supuestos: (i) que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; (ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación”.

“(…)”.

Respecto a la incapacidad laboral superior a 540 días, la misma Jurisdicción, ha señalado en sentencia T – 401/2017, lo siguiente:

“(…)”

“Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540.

“(…)”

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos, como se indicó anteriormente, es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“(…)”

“De lo precedente se puede colegir que una persona que, pese a no considerarse técnicamente en estado de invalidez, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar especialmente en aquellos casos en que el concepto de rehabilitación que le aplica es desfavorable, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

*El **segundo** punto de vista está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe **incapacidades prolongadas más allá de 540 días** pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados a cargo de ninguna de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, con lo cual el trabajador quedaba desprotegido.*

*29. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia **T-468 de 2010**, en la cual se advirtió que el trabajador se encontraba desprotegido por la ausencia de regulación legal sobre dicha materia, pues no existía claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad. Así mismo, la providencia señaló que la situación empeoraba en aquellos casos en los cuales no resultaba posible el reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.*

La Corte sostuvo que, “en el anterior caso, el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (...) por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia”. De igual modo, explicó que esta situación dejaría desprotegido al trabajador y en situación de desigualdad respecto de los afiliados cuya incapacidad permanente parcial se origina en una enfermedad profesional, pues si la enfermedad es de origen común “no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando (...) tiene su origen en una enfermedad de origen profesional”.

(...)”

*32. Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.*

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 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.

Jurisprudencia constitucional posterior a la vigencia de la Ley 1753 de 2015 en materia de incapacidades posteriores a los 540 días.

34. En consonancia con el cambio normativo que se produjo con la introducción de la Ley 1753 de 2015 en el ordenamiento jurídico, las Salas de Revisión de esta Corporación han obedecido este mandato legal y han aplicado la disposición que, con claridad, asigna a las EPS la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las incapacidades que se prolongan más allá de los 540 días”.

“(…)”

CASO EN CONCRETO

En la acción que se estudia, las accionadas SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL, entidad que pertenece al Municipio de Cali y la NUEVA E.P.S. S.A., reprochan la decisión de primera instancia, reiterando lo enunciado en sus contestaciones a la acción de tutela, entre otros que un contrato de prestación de servicios no se genera relación laboral alguna, dado que a través del mismo no se configuran los elementos esenciales de éste y además tampoco nace a la vida jurídica el derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y en razón a ello, solo existe la obligación del pago de los honorarios establecidos en el mismo; a su vez la entidad de seguridad social señala que partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a los fondos de pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable, siempre y cuando este concepto hubiese sido emitido antes del día 120 de incapacidad y enviado a los fondos de pensiones antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Lo anterior en virtud del artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

Es del caso tener en cuenta la calidad otorgada por el Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, a la Acción de Tutela, como instrumento preferente y sumario para la “Protección inmediata de sus derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados”, es decir, que la acción de tutela tiene carácter excepcional y no ordinario para evitar atentar contra el orden jurídico.

De la revisión que se hace al plenario, se allega documental por parte del libelista y de las accionadas, encontrando historia clínica en la cual se indica que padece de “PARKINSON” (pdf.02), que se encuentra incapacitado desde el año 2021, esto es 21 de julio de 2021

(pdf.11), fecha desde la cual el 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), como bien lo señala el A quo, convenios que se suscribieron aún sabiendo que peticionario presentaba incapacidades permanentes continuas desde julio de 2021, completando más de 540 días; esto es, 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”, incapacidades que de acuerdo a las respuestas emitidas han sido pagadas por la EPS y COLFONDOS.

El contrato allegado por el ente accionado, No. 4173.026.1.0873.2022, no refleja el término de duración del mismo, como el valor que se pagaría por dicha labor, simplemente se ve expresado las funciones que, debía realizar con dicha contratación (pdf.09).

De la prueba documental que milita en el plenario, se puede establecer que efectivamente el libelista se encontraba gozando de incapacidad cuando fue desvinculado del ente territorial, sin olvidar que esta incapacidad se encuentra vigente desde el 21 de julio de 2021 a la fecha, no obra en el plenario la respectiva solicitud de permiso para despedir ante el Ministerio del Trabajo.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación para definir si procede el amparo solicitado, retoma los presupuestos o requisitos que indica la sentencia SU 087 de 2022, los que se analizan de acuerdo con el material probatorio.

- (i) *Que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades;*

De acuerdo con el requisito antes citado, son tres las circunstancias a demostrarse:

- a) Las funciones que desarrollaba el promotor de esta acción
- b) La condición de salud

c) La conexión entre las tareas o funciones y la condición de salud

En cuanto a la primera, encontramos en el expediente digital se acompañó los contratos de prestación de servicios suscritos entre el libelista y el ente accionado, siendo No. 4173.026.1.0873.2022, no refleja el término de duración del mismo, como el valor que se pagaría por dicha labor, simplemente se ve expresado las funciones que, debía realizar con dicha contratación (pdf.09). Donde el actor ha expuesto que cumplía funciones de Conductor.

Se acompañó historia clínica e incapacidades, correspondiendo a lo que interesa a las otorgadas desde el 21 de julio de 2021 a la fecha (pdf.11)

De acuerdo con los documentos antes citados, se concluye que el accionante, a pesar de contar con un contrato de prestación de servicios, al momento de su desvinculación se encuentra incapacitado, situación que es conocida por el ente accionado.

(ii) *que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido;*

Este requisito igualmente se encuentra acreditado, como se ha indicado a pesar de encontrarse incapacitado suscribió de nuevo contratos con la ALCALDIA DISTRITAL DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL, además se presentaron varias incapacidades médicas que conllevaban a que el accionante tuviese justificación para no laborar, máxime que en esas incapacidades se anotó el diagnóstico principal "PARKINSON".

(iii) *que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación.*

Como a pesar de conocerse el estado de salud del promotor de la acción, No se allega por parte del empleador, el permiso concedido por el Ministerio del Trabajo, para la desvinculación, se concluye entonces, que tenía el derecho fundamental a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo, originando de esta manera la presunción de despido injusto o que el mismo se hace por su situación de salud que presenta. Donde la enfermedad si tiene relación con la función, dado que el diagnostico de Parkinson, no permiten el cumplimiento de funciones de conductor.

Razón por la cual para terminar el contrato se debía contar con la aprobación de las autoridades administrativas del trabajo.

Bajo las anteriores consideraciones se mantiene la decisión de primera instancia, de reintegrar al actor, pero las labores a cumplir deben estar acordes con las recomendaciones médicas, como lo ordenó el A quo.

Ahora bien, respecto a la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S., teniendo como precedente la normatividad que regula la materia, y la jurisprudencia emitida al respecto por el máximo órgano de cierre de esa Jurisdicción, resulta claro para esta superioridad que el recurso interpuesto no tiene vocación de prosperidad en virtud, a que siguiendo la línea jurisprudencial descrita, hasta la saciedad se ha reiterado que las incapacidades superiores a 180 días deben ser pagadas, por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador, que para el evento a estudio es Colfondos. Y ello es así, porque nada más puede entenderse de la lectura de los incisos quinto y sexto del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012), que tienen el mismo contenido obligatorio, y que perentoriamente señalan que el Fondo de Pensiones es el obligado a pagar las incapacidades posteriores al día 180, y paso seguido debe iniciar el proceso de calificación, pero que conserva la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, pero en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, es decir, con posterioridad al día 180, al afiliado trabajador, se le debe continuar pagando el subsidio de incapacidad, por el fondo pensional, sea porque se inicie el trámite de calificación o sea, porque se postergue el mismo, si hay concepto favorable de rehabilitación, lo que conlleva a confirmarse la la sentencia dictada en primera instancia.

Por último, estima esta Superioridad que cualquier trámite administrativo que falte o que se tenga que realizar entre las entidades de seguridad social, para el evento Entidad Promotora de Salud y Fondo de Pensiones, no puede afectar los derechos fundamentales del afiliado, máxime cuando se trate del pago del subsidio de incapacidad, que como se sabe, se convierte en el único sustento para llevar una vida digna, durante dicho período.

Por lo citado y por las razones expuestas, la Sala confirmará la decisión del A quo, y que fuera impugnada por la ALCALDIA DISTRITAL DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DESARROLLO TERRITORIAL y la NUEVA E.P.S, al no encontrar nuevos motivos, ni de hecho, ni de derecho, que conlleven o impliquen modificar o revocar lo decidido.

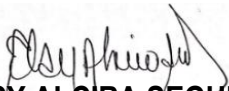
A mérito de lo expuesto, la Sala Laboral de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, administrando Justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

III.RESUELVE

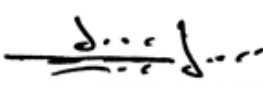
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia número 038 proferida el ocho (08) de mayo de Dos Mil Veintirés (2023) por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en todos sus apartes.

SEGUNDO: Dese cumplimiento a lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. En consecuencia, dentro del término de ley remítanse las presentes diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
LOS MAGISTRADOS**



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada Ponente



EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado



ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado
RAD.017-2023-00182 -01