

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela N° 2020 – 258
Proveniente del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá
Sentencia Segunda Instancia

Fecha: Veintisiete de agosto de dos mil veinte

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación de la solicitante: (Art. 29 Núm. 1 D. 2591/91):

Marco Tulio Celeita Rojas, identificado con la C.C. # 3.225.737.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Núm. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida por el tutelante en contra de:

➤ EPS Famisanar.

b) Posteriormente la primera instancia vinculó a:

➤ Aseguradora Colmena.

➤ Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

La accionante indica que se trata de los derechos fundamentales al mínimo vital y salud en conexidad con la Seguridad Social.

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* El accionante manifestó que.

- Está afiliado a EPS Famisanar desde hace cinco años.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- Fue diagnosticado con Leucemia Grado 5 Crónica, por lo que le ha sido realizado quimioterapia y trasplante de médula, por lo que ha permanecido incapacitado de manera permanente.
- Para el pago de incapacidades ha tenido que esperar, instaurar acciones de tutela.
- No le han pagado las incapacidades a partir del 2 de febrero de 2020.
- Tiene 64 años se encuentra en recuperación del trasplante de médula, es independiente, trabaja como constructor, responde por los gastos de su casa y esposa, quien es independiente y no ha podido trabajar para atenderlo.
- No realiza aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones.
- Colmena se negó a responder respecto al seguro de vida.
- No tiene ingresos adicionales salvo los de su trabajo.
- Le fueron vulnerados sus derechos al no atender lo dispuesto en el artículo 24 de la Decreto 4023 de 2011.

b) *Petición:*

- Tutelar los derechos deprecados.
- Ordenar a Famisanar EPS del pago de incapacidades médicas.

5- Informes:

a) Compañía de Seguros de Vida Colmena S.A.

- El acto jurídico celebrado no reemplaza o sustituye las prestaciones propias del Sistema General de Seguridad Social.
- Se realizó el pago de la suma asegurada, a favor del Banco Caja Social.
- Se dan los supuestos del hecho superado.
- No ha vulnerado derechos ni ocasión un perjuicio irremediable.
- La reclamación de seguros o pago de incapacidades desconoce las características de subsidiariedad de la acción de tutela.

b) Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

-
- El accionante incurre en una actuación temeraria, dado que ya fue presentada acción de tutela que fue tramitada en el Juzgado Noveno de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Medellín, donde se condenó a EPS Famisanar, por lo que la acción constitucional debe ser rechazada de plano.
 - El actor se afilió al Sistema General de Pensiones como vinculación inicial al Fondo de Cesantías administrado por ING hoy Protección S.A. desde el 17 de noviembre de 2016.
 - El señor Marco Tulio Celeita Rojas presentó solicitud económica por vejez el 18 de diciembre de 2018.
 - Le fue reconocida al tutelante la prestación subsidiaria de devolución de saldos, por no cumplir con el capital para el reconocimiento de pensión de vejez o Garantía de Pensión Mínima.
 - Finalizó para el accionante la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones, al haberse reconocido la Devolución de Saldos por Vejez, por tanto no puede adquirir otra prestación económica.

6.- Decisión impugnada:

Se resolvió la primera instancia de la siguiente manera:

- a) Consideraciones: Concedió el amparo al haber tomado por ciertos los hechos narrados ante la posición silente de la accionada, y atendiendo que en el aplicativo web de ADRES el señor Marco Tulio Celeita Rojas se encuentra activo y permanece afiliado en la EPS Famisanar desde el 1 de marzo de 2013. La acción de tutela presentada con anterioridad resolvió de otros periodos.
- b) Orden: Ordenó a EPS Famisanar a realizar el pago de incapacidades.

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La accionada presenta impugnación alegando que:

- Cumplió con la emisión y notificación del concepto de rehabilitación desfavorable a Protección S.A.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- El a quo no tuvo en cuenta la contestación de Famisanar EPS.
- Realizó el pago hasta el día 180, correspondiente al 3 de marzo de 2020.
- Las incapacidades superiores a 180 días corresponden al fondo de pensiones, esto es a Protección.
- El accionante no demostró afectación al mínimo vital.
- La acción de tutela es improcedente para solicitudes de índole económico.

8.- Problema jurídico:

¿La accionada o vinculadas vulneraron los derechos deprecados por la accionante?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Normas aplicables: Artículo 1, 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia.

b.- Fundamentos de derecho:

➤ **Mínimo vital:**

En relación con el derecho al mínimo vital, la jurisprudencia lo ha contemplado como un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, pero que se constituye en un concepto indeterminado que depende de las circunstancias particulares de cada caso particular, al efecto indicó en sentencia T-157 de 2014:

“el mínimo vital, considerado éste como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida”[31].

“Bajo esta regla, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso[35]. En este sentido, la vulneración del derecho al mínimo vital puede establecerse atendiendo a las consecuencias que para la persona tiene la privación de sus ingresos laborales en la situación concreta en que se encuentra.

Lo anterior conlleva, necesariamente, que el juez constitucional para efectos de otorgar o negar el amparo solicitado, en primer lugar, realice una valoración concreta de las necesidades básicas de la persona y su entorno familiar y de los recursos necesarios para sufragarlas, y, en segundo lugar, determine si el mínimo vital se encuentra amenazado o efectivamente lesionado[36].”

➤ **Seguridad social y vida digna en conexidad con salud:**

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

A través de la sentencia **SU-062 de 2010**, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación, reiteró que el **derecho a la seguridad social es un derecho fundamental**, y como quiera que dentro de este derecho fundamental se encuentra el derecho a la salud, encuentra su conexidad también con otros derechos también de rango Constitucional, tales como el derecho a la vida, el derecho a una vida digna entre otros, por lo que resulta claro que la acción de tutela puede ser utilizada para proteger los mismos – Seguridad Social y derecho a la Salud – a fin de resguardarlos siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal, máxime cuando con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se regula el derecho fundamental a la salud.

“43. El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social bajo una doble connotación: i) como derecho fundamental; y ii) como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado[60].

Esta garantía fundamental “surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”[61]. Su fundamentalidad se sustenta en el principio de dignidad humana en virtud del cual “resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos”[62].

Según ha sido interpretado por esta Corporación, los objetivos de la seguridad social guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho “como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político”[63].

44. La protección de este derecho fundamental se refuerza además según lo consagrado en distintos instrumentos internacionales[64]. En primer lugar, se tiene el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en virtud del cual “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

En el mismo sentido lo consagra el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona cuyo tenor dispone que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De otro lado, el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Así mismo, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

45. Ahora bien, es claro que aun cuando el derecho a la seguridad social ostenta un carácter fundamental, tal particularidad no puede ser confundida con la posibilidad de hacerlo efectivo, en todos los casos, por medio de la acción de tutela.”

b.- Caso concreto:

La impugnación presentada por EPS Famisanar S.A. se concreta a que el a quo no tuvo en cuenta su contestación, realizó el pago de incapacidades del accionante hasta el día 180, y por tanto corresponde a Protección S.A. las posteriores a este día.

Desde ya se indica que la decisión del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá será revocada, y concederá el amparo deprecado pero contra Protección S.A. teniendo en cuenta que:

Resulta de recibo el argumento de EPS Famisanar S.A.S., que no se tuvo en cuenta sus argumentos, si se parte de la base que en auto del 2 de julio de 2020, se concedió impugnación, y en el escrito presentado para el efecto la citada entidad no solo allega constancia de envió de contestación, sino que además hace una serie de manifestaciones respecto a las incapacidades, de lo cual no hace alusión el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá, bajo el entendido que dicho escrito ya no se constituía en la impugnación contra el fallo de fecha de 30 de junio de 2020, dado que esta sentencia fue declarada nula y se emitió nueva sentencia pudiendo el a quo haber realizado las manifestaciones del caso.

Ahora bien, el derecho a la seguridad social implorado por el accionante se encuentra establecido por la Corte Constitucional como un derecho fundamental, tal como se indicó en los fundamentos de derecho de ésta providencia.

En sentencia T-161 de 2019 la Corte Constitucional indicó que las incapacidades laborales son un sustituto del salario, al precisar:

“El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993¹, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013², la Ley

¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

² Por el cual se modifica el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

692 de 2005, entre otras disposiciones. Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”³

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

- “i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;
- ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y
- iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

La Corte Constitucional en sentencia T-200 de 2017 indicó que las incapacidades tienen una estrecha relación con el requisito para que opera la acción de tutela, esto es el mínimo vital, al señalar:

“el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.”

En la referida providencia la corporación preciso que las incapacidades derivan de un certificado, donde para el efecto del presente asunto se tendrá en cuenta las incapacidades señaladas por EPS FAMISANAR S.A.S.:

*“El pago de las incapacidades laborales se deriva de un **certificado de incapacidad** que (...) resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador (...)”.*⁴ Dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos. En sentencia T-920 de 2009,⁵ esta Corporación señaló la siguiente clasificación: (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

Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.

³ Corte Constitucional, sentencia T-876 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) reiterada en sentencias T- 200 de 2017 (M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís), T-312 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), entre otras

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

⁵ Esta clasificación ha sido retomada por la sentencia T-468 de 2010.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

superior al 50%.”

Así mismo, se debe tener en cuenta la manifestación del accionante que no ha recibido el subsidio de incapacidades, lo que afecta su mínimo vital en tanto se encuentra en recuperación de trasplante de médula, es independiente, trabaja como constructor y responde por los gastos de su casa, lo que se constituye en elementos integradores del mínimo vital, todo lo anterior bajo el principio de buena fe y atendiendo que dichos aspectos no fueron objeto de controversia, tal y como lo señaló el máximo órgano Constitucional:

“De acuerdo con la información que obra en el expediente, el accionante es un hombre de 39 años de edad, ingeniero civil,⁶ quien argumenta en el escrito de tutela que responde a “(...) los gastos propios de una persona casada y con hijos (...)”,⁷ que al carecer de vivienda propia paga arriendo, y que adicionalmente está soportando gastos de transporte y de otros procedimientos para mejorar su salud. Ninguna de estas manifestaciones ha sido controvertida por los accionantes y, en consecuencia, se presume la buena fe del actuar del señor Martínez ante las autoridades.” (sentencia T-200 de 2017)

En el caso de marras se encuentra acreditado que el accionante supero los 180 días de incapacidad el 3 de marzo de 2020, acorde lo señalado en certificación emitida por EPS FAMISANAR S.A.S., lo cual también acredita las incapacidades imploradas.

EPS FAMISANAR S.A.S

NT 830003564

CERTIFICA QUE:

MARCO TULIO CELEITA ROJAS
CC 3225737

Registra incapacidades desde Fecha inicial 21/05/2018 hasta Fecha final 30/06/2020. De la siguiente manera:

N° con	N° Incapac.	Fecha Inicial	Fecha Final	Cód. Diag.	Salario Base Liquidac.	N° Dias Incap.	N° Dias pago	Valor total pagado	Identificación Empresa	Estado	Causal Negación
21.0007461869	02/02/2020	02/03/2020	C810	\$ 828,116	30	30	\$ 912,998	CC	3225737	Pagada	
22.0007504926	03/03/2020	01/04/2020	C810		30					Negada	Usuario presenta Incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012
23.0007558603	02/04/2020	01/05/2020	C810		30					Negada	Usuario presenta Incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012
24.0007568667	02/05/2020	31/05/2020	C810		30					Negada	Usuario presenta Incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012
25.0007567228	01/06/2020	30/06/2020	C810		30					Negada	Usuario presenta Incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012

⁶ Historia clínica, página 2 del expediente principal.
⁷ Página 20 del expediente principal.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Encontrándose en el presente trámite el certificado de incapacidad, habrá de ordenarse a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que realice el pago de incapacidades con posterioridad al día 180 al accionante Marco Tulio Celeita Rojas, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia T-161 de 2019 preciso que el pago de incapacidades posteriores al día 180 corresponde al fondo de pensiones:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Lo anterior, en atención a que la ausencia en el reconocimiento de incapacidades supone la afectación de las garantías alegadas por el actor.

Vale la pena poner de presente que si bien es cierto que Protección S.A., certifica que realizó la devolución de saldos para vejez, esto no quiere decir que al no cumplir con los requisitos para esta, no pueda el accionante acceder a otras prestaciones en seguridad social.

“En principio, el hecho de que una persona no reúna los requisitos para que le sea reconocida una pensión de vejez, no significa que no pueda acceder a otras de las que contempla el Sistema General de Seguridad Social.” (Sentencia T-626 de 2017).

*“Como regla de principio, las personas tienen un deber moral de satisfacer, por sí mismas, sus necesidades básicas, de las que se derivan los derechos, en particular los sociales. Por tanto, es razonable que el Estado más que generar dependencia de sí para su garantía, fomente la agencia de las personas. Solo cuando el individuo no puede ayudarse a sí mismo es exigible de la sociedad, que encarna el Estado, la garantía de sus derechos⁸. Esta última es la situación de las personas vulnerables que, en virtud de la confluencia de un conjunto de circunstancias internas (como la edad y enfermedad) y externas (pobreza y analfabetismo) se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y, como tal, en la imposibilidad de desarrollar su capacidad de agencia. En tales circunstancias, el Estado debe brindar una especial protección, echando mano de herramientas como los criterios de priorización, por medio de acciones afirmativas, pues resulta previsible que sólo a partir de la ayuda estatal tales personas puedan superar la condición de vulnerabilidad en que se encuentran y obtener la protección de sus derechos.
Es exigible de COLPENSIONES, en su condición de administrador de la pensión del tutelante, el deber de cumplir que ampara el derecho social fundamental a la seguridad social. En virtud de este, ha de abstenerse de toda práctica o actividad que limite o restrinja el acceso a una seguridad social adecuada. Por tanto, lo obliga a implementar sistemas y procedimientos acordes con las condiciones especiales de las personas en situación de vulnerabilidad.*

⁸ TUGENDHAT, Ernst. Lecciones de ética (Luis Román Rabanaque, trad.) Editorial Gedisa. Barcelona, 1997. Pág. 334.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Dicho contenido obligatorio tiene como fundamento, por una parte, el precedente de esta Corporación en el que se ha dicho que tales deberes hacen parte del contenido del derecho social fundamental a la seguridad social⁹. De otro, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece como elementos constitutivos del derecho a la seguridad social los siguientes: la disponibilidad; la cobertura de riesgos e imprevistos, incluidos los auxilios por accidentes de trabajo y de origen común; la accesibilidad; y el “nivel suficiente” de amparo y garantía de las prestaciones en seguridad social.” (Sentencia T-380 de 2017).

Además se debe tener en cuenta que en el literal a) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que la afiliación al Sistema General de Pensiones es obligatorio salvo lo previsto para trabajadores independientes, como es el caso del señor Marco Tulio Celeita Rojas.

Y la Corte Constitucional en sentencias como la T-648 de 2015, ha precisado teniendo en cuenta lo dispuesto por el Consejo de Estado, que no resulta imperioso que el trabajador independiente efectúe cotizaciones a ambos sistemas de salud y pensión, cuando no cuente con los recursos para el efecto.

“De otra parte, en la sentencia C-259 de 2009 se estudió una demanda presentada por considerar el accionante que el “literal a) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que reza: “a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, se presenta una omisión legislativa relativa, toda vez que el legislador no fijó en el supuesto de hecho de la norma el tipo o clase de trabajadores independientes obligados a cotizar a pensión, pues existen trabajadores independientes que solo pueden cotizar para salud por falta de recursos para cotizar a pensión.”

En esa oportunidad, la Corte reiteró lo señalado en la sentencia C-1089 de 2003 y afirmó que no se le puede exigir al trabajador independiente que carece de recursos efectuar aportes al sistema de pensiones, o que teniéndolos los realice afectando su mínimo vital, pues no se cumple con la condición de contar con un ingreso que así se lo permita. Básicamente, no resulta obligatorio para el trabajador independiente realizar los aportes a pensión cuando no cuenta con los ingresos suficientes.

Lo anterior ha sido acogido por la jurisprudencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Por ejemplo, en sentencia del 12 de febrero de 2015, se resolvió una demanda de nulidad de la “expresión y ‘pensión’, contenida en el artículo 1º de la Resolución núm. 0634 de 6 de marzo de 2006, “Por el cual se adopta el contenido del Formulario Único o Planilla Integrada de Liquidación de Aportes”, expedida por el Ministerio de la Protección Social” por considerar el demandante que se restringía el acceso a salud de los trabajadores independientes.

Al estudiarla, el Consejo de Estado se remitió a lo señalado por esta Corte en las sentencias C-1089 y C-259 antes citadas, reiterando que la obligación en cuestión, parte de la base de contar con recursos que así lo permitan, de conformidad con el principio de igualdad. Así, afirmó que “Del recuento anterior se tiene que si bien en un principio los trabajadores independientes estaban obligados a cotizar al Sistema General de Pensiones, tanto el Legislador como la Administración, atendiendo la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, han atemperado la norma, de manera que a quien se encuentre en la situación de trabajador independiente cuyos ingresos no le permitan cotizar para pensión, le está permitido mantener su vinculación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o bien afiliarse al Régimen Subsidiado con la opción de cotizar

⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-414 y T-651 de 2009, T-658 de 2012 y T-477 de 2013.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

al Sistema General de Pensiones u optar por acceder al Sistema de Beneficios Económicos Periódicos BEPS”¹⁰

Lo anterior fue reiterado en la sentencia de la misma Sala con fecha 4 de junio de 2015, señalando que el deber imperativo de cotizar a ambos subsistemas se debe interpretar conforme a los lineamientos planteados por la Corte Constitucional y las normas superiores.

Así las cosas, se observa que, en principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, tanto a salud como a pensiones, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia. No obstante, como lo ha resaltado la Corte y ha sido replicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicha obligación resulta imperiosa siempre y cuando el trabajador independiente cuente con los recursos suficientes para cumplir con ellos, pues, de carecer en forma absoluta de los mismos o no contar con los necesarios para efectuar cotizaciones a ambos sistemas aquella no se hace exigible.”

En conclusión se tiene que, negar el pago de incapacidades a un trabajador independiente que no cuenta con recursos para el pago de aportes en pensión como lo es el caso del señor Marco Tulio Celeita Rojas, se constituye no solo en la vulneración al derecho al mínimo vital, sino también el de seguridad social e igualdad, si se tiene en cuenta que se encuentra habilitado para hacer solo el pago a salud, y estaría marginado de acceder en igualdad de oportunidades para obtener el pago de incapacidades, siendo discriminado por su condición económica y física, por ser un trabajador en situación de indefensión.

“Ahora, frente al reconocimiento de la incapacidad generada por enfermedad común o general el trámite será el siguiente: (i) las Entidades Promotoras de Salud del Sistema de Salud, son las responsables, en principio, del pago de las incapacidades originadas por los primeros 180 días, (ii) tratándose del pago de las incapacidades mayores a 180 días corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, prorrogable hasta que se produzca el dictamen de invalidez por lo menos 360 días adicionales, (iii) tratándose de la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral el fondo de pensiones deberá reconocerle al trabajador la pensión de invalidez, (iv) si el trabajador no consigue el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de éstas.

(...)

En este orden de ideas, el pago de incapacidades se configura como un mecanismo idóneo para la protección de los derechos al mínimo vital, y a la salud del trabajador que a todas luces se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, y que incluso se constituye como el único medio de digna subsistencia para remediar el padecimiento que lo aqueja.

Ésta es una expresión fehaciente de la concreción de los postulados constitucionales, y de los fines del Estado Social de derecho, el cual persigue garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, como el de asegurar la vigencia de un orden justo. Asimismo busca la protección del derecho fundamental a la igualdad en sus múltiples manifestaciones, circunscribiendo la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como es el caso de los trabajadores en situación de indefensión.” (Sentencia T-457 de 2013).

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015). Consejera ponente: doctora María Elizabeth García González. REF: Expediente núm. 2008-00217-00. Acción: Nulidad. Actor: Ferney Andrade Salinas Riaño.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Todo lo anterior con fundamento en que las determinaciones de la Corte Constitucional son fuente de derecho para las autoridades y particulares, y de obligatorio cumplimiento.

“Respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, la Sentencia C-539 de 2011 reitera que esta se fundamenta en (i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre decissum, ratio decidendi y obiter dicta, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la ratio decidendi del fallo; y (iii) las características de la ratio decidendi y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”. (Sentencia C-621 de 2015).

“En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”¹¹. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares¹².” (Sentencia SU-354-17)

En consecuencia el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá D.C., la cual quedara de la siguiente forma:

SEGUNDO: CONCEDER la acción de tutela impetrada por el señor Marco Tulio Celeita Rojas, ciudadano que se identifica con C.C. # 3.225.737 contra Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

¹¹ Sentencia SU-053 de 2015.

¹² “El Precedente Constitucional teoría y praxis”, Editorial Ibáñez S.A.S, 2013. Definición citada en la sentencia T-460 de 2016.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO: ORDENAR a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir del recibo de la comunicación de este fallo, proceda si aún no lo ha hecho, a reconocer y pagar a Marco Tulio Celeita Rojas, ciudadano que se identifica con C.C. # 3.225.737, las incapacidades médicas generadas desde el 4 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020, reservándose la facultad de descontar aquellas que ya fueron canceladas.

CUARTO: No emitir orden respecto de las demás demandadas y vinculadas.

QUINTO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,



CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO

JUEZ

© AFC