

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO: 2020-00156
ACCIONANTE: LUZ MIRIAM BELLO RINCÓN
ACCIONADA: E.P.S. FAMISANAR S.A.S., INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, FUNDACIÓN TEJIENDO FUTURO SOCIAL y ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA FLORA ESPERANZA Y TIGUAQUE (ASOFER).
VINCULADAS: COLPENSIONES Y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Surtido el trámite pertinente, procede el despacho a resolver la acción constitucional de la referencia, previo estudio de los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. La señora Luz Miriam Bello Rincón interpuso acción de tutela contra Famisanar E.P.S., el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, la Fundación Tejiendo Futuro Social y la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque (ASOFER), a fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida en condiciones dignas, salud, y a la estabilidad laboral reforzada.

1.1. Como hechos relevantes de la acción indica que es una persona de 57 años; diagnosticada con fractura de la epífisis superior del húmero, dolor crónico intratable y trastorno mixto de ansiedad y depresión.

1.2. Que Colpensiones la calificó con el 34% de pérdida de la capacidad laboral y la Junta Regional de Calificación de Invalidez con el 32, 2%.

1.3. Actualmente vive de las ayudas de sus hijos mayores de edad; paga arriendo en una vivienda en estrato 1 y tiene a cargo a dos hijas mellizas quienes adelantan estudios universitarios.

1.4. Desde hace 12 años se desempeña como madre comunitaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en condición de contratista.

1.5. En el año 2016, tuvo un accidente de tránsito y desde esa data a la actualidad, ha tenido incapacidades médicas continuadas.

1.6. Que su empleador para esa fecha era la Asociación de Padres Usuarios Manitas Inquietas, pasando para el 2018 a la Fundación Tejiendo Futuro Social, con quien tuvo relación hasta el 31 de marzo del presente año.

1.7. Desde el 1 de abril de 2020, dado que la citada Fundación Tejiendo Futuro Social ya no iba a seguir manejando la zona en la que estaba asignada, esto es, "Zona 5 de Usme", encontrándose en incapacidad médica, fue enviada junto con otras trabajadoras para ser vinculada por la Asociación de padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque (ASOFET); contrato que empezó a regir desde la citada calenda y hasta el 30 de noviembre.

1.8. Estando afiliada a la EPS Famisanar, el pasado 11 de junio, dicha entidad le notificó que su empleadora paso novedad de retiro, luego a partir del 30 de septiembre no tendrá más servicio de salud.

1.9. De otra parte, manifestó que su EPS negó el pago de las incapacidades causadas desde el 3 de junio de 2018 y registradas con los Nos. 7110569, 6207681, 6214689, 6285769, 6285778, 6348697, 6380539, 6411087, 6457035, 6755888, 6866004, así como las generadas en los meses de marzo a agosto de 2020.

1.10. Atendiendo el no pago de tales prestaciones, como el hecho de su desafiliación por parte de su empleador, se encuentra sin la posibilidad de cubrir los gastos de su hogar, subrayando que no cuenta con otros medios de subsistencia.

1.11. Asimismo, afirmó que por las patologías que padece, no puede arriesgarse a una interrupción de los tratamientos médicos, ya que ello empeoraría su estado de salud.

1.12. Resaltó que perdió la movilidad completa de uno de sus brazos y le genera constante angustia quedarse sin servicio médico y sin el pago del subsidio por incapacidades. Asociado a ello, sus condiciones de salud le impiden “realizar trámites judiciales engorrosos” para garantizar sus derechos a la seguridad social, que le han sido cercenadas por trámites de contratación del ICBF.

2. Puntualmente pidió *i)* amparar los derechos constitucionales exorados; *ii)* declarar que la decisión de las empresas Fundación Tejiendo Futuro Social y Asociación de padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque (ASOFET) de pasar la novedad de retiro al sistema de seguridad social en salud como si no tuviera vínculo laboral, contraría la Ley laboral y los principios mínimos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia, por consiguiente, transgresora de la estabilidad laboral de las personas de especial protección por estado de debilidad manifiesta en razón de las condiciones de salud; *iii)* se ordene a las entidades accionadas que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, restablezcan sus derechos de estabilidad laboral reforzada, con todas las garantías de no solución de continuidad. Igualmente, reporten la existencia y vigencia del contrato de trabajo ante el sistema de seguridad social, y realicen los pagos desde el mes de junio de 2020 en adelante; *iv)* ordenar a Famisanar que, de manera inmediata, realice los trámites administrativos correspondientes para garantizar el pago oportuno de todas las incapacidades adeudadas y las que en adelante se causen, así como la registren como afiliada al régimen contributivo, con todas la garantías asistenciales y económicas derivadas.

II. TRÁMITE ADELANTADO

Por proveído de 4 de septiembre de 2020, este estrado judicial admitió la acción de tutela, ordenando oficiar a las entidades accionadas, para que en el término de dos (2) días ejerciera su derecho de defensa y remitiera copia de la documentación que guardara relación con la petición, acompañando un informe detallado sobre los hechos aquí ventilados.

Igualmente se vincularon a la Colpensiones y la Junta Regional de Calificación de la Invalidez.

Por auto de 15 de agosto del presente año, se ordenó acumular las acciones constitucionales presentadas por la tutelante, las cuales, con posterioridad a la admisión del presente compulsivo, fueron repartidas a los Juzgados 33 Penal con Función de Conocimiento y 48 Administrativo Sección Segunda, ambos de esta ciudad.

III. DE LAS CONTESTACIONES DE LAS ACCIONADA Y VINCULADAS

ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR LA FLORA, ESPERANZA Y TIGUAQUE “ASOFET”

La representante legal de la citada entidad refirió que el contrato de trabajo a término fijo, conforme a la Ley laboral (art. 46 del C. S. del T.), siempre debía constar por escrito. Siendo ello así, reseñó que nunca celebró contrato laboral con la accionante, pues remitido el 3 de abril por correo electrónico para su firma, nunca fue enviado con respuesta para la vinculación laboral. De ahí que indique la improcedencia del medio de amparo, ante la inexistencia de violación a derecho fundamental alguno.

FUNDACIÓN TEJIENDO FUTURO SOCIAL

En principio, la representate legal exteriorizó que la acción de tutela era temeraria, pues fue notificada por parte del Juzgado 33 Penal del Circuito con

Función de Conocimiento y el Juzgado 48 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá Sección Segunda, de la misma a solicitud de amparo.

De otra parte, reseñó que la Fundación Tejiendo Futuro Social, es una entidad sin ánimo de lucro, constituida desde el año 2009 registrada ante Cámara de Comercio, inscrita y reconocida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 26 de noviembre de 2014, bajo personería jurídica 2806.

Que suscribió contratos de aportes desde el 1 de agosto de 2018 hasta el 31 de marzo de 2020 con diferentes números y la señora Bello venía laborando en la Asociación de Padres Usuarios Manitas Inquietas hasta el 31 de julio de 2018, fecha a partir de la cual la Fundación Tejiendo Futuro Social, asumió bajo contrato firmado con el ICBF la administración y vinculación de la unidad de servicio Angelitos de mi guarda, la cual estaba a su cargo.

Afirmó que la accionante venía con incapacidades recurrentes de la Asociación de Padres Usuarios Manitas Inquietas en la localidad de Usme y esa entidad para dar cumplimiento al contrato firmado con el ICBF, vinculó a la señora Bello sin conocer su estado de salud.

Que durante el periodo de tiempo que estuvo vinculada con su organización y hasta el 31 de marzo de 2020, esta canceló todos sus aportes legales oportunamente con recursos propios, con la finalidad de garantizar el mínimo vital de la señora Bello.

Destacó que de acuerdo a la directriz del ICBF, cuando una incapacidad supera los 180 días, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no aporta esos recursos.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con la contratación por medio del Banco de Oferente No. IP-003-2019 determina que la Fundación Tejiendo Futuro Social por su capacidad financiera no podía seguir administrando la totalidad de las unidades de servicio que tenían bajo su administración, incluida la Unidad de servicio de la señora Luz Myriam Bello de

la localidad de USME. De acuerdo con lo anterior, el ICBF seleccionó a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque para que continuara administrando y vinculara a las unidades de la localidad de Usme que estaban con la Fundación Tejiendo Futuro Social, a partir del 1 de abril de 2020 con todo el talento humano asignado, incluida la señora Luz Myriam Bello Rincón.

Teniendo en cuenta que la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque vinculó al sistema de seguridad social a la señora Luz Myriam Bello Rincón en el mes abril, la Fundación Tejiendo Futuro Social procedió a realizar la novedad de retiro el día 22 de abril del 2020, “de tal manera que no se viese afectada en el pago de una doble cuota moderadora”.

EPS FAMISANAR SAS

El Director de Operaciones Comerciales, en principio, advirtió la duplicidad de acciones frente a los mismo hechos y pretensiones por parte de la actora, de ahí que para evitar la temeridad de la acción se deba vincular al Juzgado 48 Administrativo del Circuito Judicial De Bogotá Sección Segunda y el Juzgado 33 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Respecto de los hechos tutelares señaló que la señora Luz Myriam Bello Rincón, presenta estado de afiliación activo por 3 meses ante la protección laboral con fecha de finalización 30 de septiembre de 2020.

Que a partir del 1 de octubre de 2020 y si no se evidencia novedad laboral, se procederá a realizar la movilidad de la tutelante al régimen subsidiado, ya que, por puntaje del Sisbén, conforme lo dispone la normatividad vigente, la accionante aplicaría al nivel 1.

Aseveró resulta inviable la pretensión de la usuaria de continuar en el régimen contributivo sin realizar aportes al SGSSS con el fin de seguir percibiendo el pago de incapacidades, pues esto configura un presunto enriquecimiento sin justa causa y una indebida destinación de recursos

públicos; por tanto, Famisanar seguirá asegurando los servicios de salud, pero en el régimen subsidiado.

Resaltó que la señora Bello presentó vínculo laboral con el empleador Fundación Tejiendo Futuro desde el 01 de agosto de 2018 hasta el 30 de marzo de 2020, quien presentó novedad de retiro reportada mediante planilla de pago 9405094177 para el periodo de abril de 2020.

Que el último vínculo que presentó corresponde al sostenido con la Asociación de Padres de Hogares Asofet, registrando fecha de ingreso 1 de abril de 2020 y reportó novedad de retiro mediante planilla de aportes 18149833 para el periodo de junio de 2020 (nómina de mayo de 2020) registrando fecha de retiro 31 de mayo de 2020.

Frente a las incapacidades No. 71110569, 6207681, 6214689,6285769,6285778,6348697,6380539, 6411087, 6457035, 6755888, 6866004, en efecto se reportaron para pago en el año 2019, sin embargo, este fue rechazado por el banco por que la cuenta del empleador se encontraba en estado Cerrado.

Sin embargo, precisó que Famisanar liquidó y radicó las incapacidades a nombre del empleador ya que así lo dispone la normatividad legal vigente con el fin de que no se realicen pagos dobles, esto en cumplimiento de lo que dispone la normatividad legal vigente. Por tanto, si el despacho lo dispone se realizará el pago de estas incapacidades directamente a la cuenta de la usuaria, siempre y cuando el Juzgado así lo considere.

Ahora bien, las incapacidades desde el 1º de marzo al 14 de marzo no se encuentran canceladas ya que la usuaria no la radicó con los soportes requeridos, como es la historia clínica para corroborar la veracidad de la incapacidad, por tanto, es necesario que allegue la incapacidad.

Posterior al 14 de marzo la usuaria presenta interrupción de incapacidades hasta el 3 de junio de 2020, luego las incapacidades del mes de junio son improcedentes ya que a la fecha no contaba con empleador activo,

sino que estaba en el periodo de protección laboral, lo que no permite el pago de prestaciones económicas, apreciándose mas bien la mala fe en la usuaria al radicar incapacidades en periodos de los cuales ya no contaba con empleo teniendo en cuenta que la fecha de retiro por parte del empleador corresponde al 31 de mayo de 2020.

En conclusión, reseñó la petición de pago de incapacidades, de ninguna manera puede catalogarse como una violación a un derecho fundamental, por cuanto, como su naturaleza lo indica, lo que se reclama por esta vía es un resarcimiento de tipo económico, el cual no se compadece ni con el espíritu y desarrollo que ha tenido la acción de tutela en el ordenamiento colombiano, asociado a la existencia de otros medios judiciales para atender las desavenencias patrimoniales que imprimime la presente queja constitucional.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

La Coordinadora Jurídica de la regional Bogotá aseveró que el programa de hogares comunitarios de bienestar familiar fue creado como una estrategia de lucha contra la pobreza absoluta y la generación de empleo, y concebido como un referente comunitario, en virtud de la corresponsabilidad de toda la sociedad y del Estado en la protección de su núcleo fundamental: la familia.

Que el literal “d” del artículo 2 del Decreto 2019 de 1.989, establecía que: “Cada hogar de Bienestar funciona bajo el cuidado de una madre comunitaria, escogida por la asociación de padres del programa y cada día una madre o un familiar de los niños que asisten el hogar, debe ayudar a la madre comunitaria en el cuidado de los niños”. A su turno el artículo 4º del Decreto 2019 de 1.989 estableció que “La vinculación de las madres comunitarias, así como las demás personas y organismos de la comunidad que participen en el programa de ‘Hogares Comunitarios de Bienestar, mediante su trabajo solidario, constituye la contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones, que para el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo, luego la madre comunitaria no recibe remuneración

sino el aporte de una beca, de acuerdo al artículo primero del Decreto 2019 de 1.989”.

Ahora que debía entenderse por beca no solo el aporte a las madres sino “los recursos que se asignan a las familias para atender a los niños y niñas y por lo tanto se destinará, a: madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos” y para la ejecución de estos recursos las Asociaciones de padres o las Organizaciones Comunitarias debían observar estrictamente los lineamientos del ICBF.

Igualmente, exaltó que la Corte Constitucional en destacó que sentencias de unificación SU-079 del 2018 y SU-273 de 2019, ratificó de manera clara y precisa la inexistencia del vínculo laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las madres comunitarias, así:

“(…) la Corte reiteró la ratio decidendi de la Sentencia SU-079 de 2018, al considerar que no es posible derivar la existencia de un contrato realidad entre las accionantes y el ICBF, desde el momento en que se vincularon al programa de HCB y el 12 de febrero de 2014, toda vez que, si bien se puede afirmar que las labores fueron desarrolladas por cada una de ellas, no existió una relación de continua subordinación y dependencia, al tratarse de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad y la beca no constituye una remuneración, al estar destinada a la alimentación de los niños y niñas a su cuidado, compra de útiles y elementos de aseo, entre otros fines (…)”

Desde ese punto vista, la vinculación laboral de la accionante ha sido única y exclusivamente con las Entidades Administradoras de Servicio –EAS Fundación Tejiendo Futuro Social y la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza Tiguaque, teniendo en cuenta que la misma prestó directamente sus servicios en dichas Entidades Administradoras de Servicio, de conformidad con el marco normativo que para la misma a expedido el Gobierno Nacional y como lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional, por lo que, le corresponde a dichas personas jurídicas, en ejercicio de sus

potestades, pronunciarse con relación a los hechos que hoy son objeto de tutela, como empleadores de la señora a señora Luz Miriam Bello.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

La Directora Encargada De Asuntos Constitucionales estribó una falta de legitimación en la causa por parte de Colpensiones, dado que siguiendo el marco normativo y jurisprudencial no era viable reconocer obligaciones no exigibles como lo es en el caso de pago de incapacidades superiores a 540 días, toda vez que estas incapacidades corresponden asumirlas a las EPS de la afiliada, de acuerdo con los Decretos 2943 de 2013 y 1333 de 2018.

JUNTA REGIONAL DE LA INVALIDEZ

El secretario principal de la Sala de Decisión No 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, exteriorizó que mediante dictamen No 51663149 del 8 de agosto de 2019, esa junta revolió en primera instancia la controversia suscitada con calificación de Colpensiones, y se determinaron los diagnósticos fractura de la epífisis superior del húmero y episodio depresivo moderado de origen Enfermedad Común, con una Pérdida de Capacidad Laboral del 30.60%, frente a la cual ninguna de las partes interpuso recursos contra dicha decisión, por lo que la calificación adquirió firmeza; de ahí que solicitara su desvinculación.

CONSIDERACIONES

1. En principio, debe decirse que la acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas, cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente, por particulares, siempre que no se cuente con otro mecanismo judicial para su salvaguarda.

1.1. Como la acción objeto de pronunciamiento puede ser formulada por cualquier persona que crea vulnerados sus derechos inalienables, como precisamente aquí ocurre con la señora Luz Miriam Bello Rincón, resulta acreditada la legitimación en la causa por activa.

1.2. En punto a la legitimación en la causa por pasiva, ha de indicarse, como ya se hizo, que toda autoridad y extraordinariamente particulares deberán concurrir al juicio constitucional cuandoquiera que presten un servicio público y su proceder afecte grave y directamente el interés colectivo, o el peticionario se encuentre en condición de subordinación o indefensión.

En el caso de la referencia, se vislumbra tal legitimación en cabeza de las entidades convocadas, dado que unas son autoridades de orden nacional, con autonomía administrativa y patrimonial, de quienes se afirman vulneraron los derechos inalienables de la gestora a la seguridad social, mínimo vital, vida en condiciones dignas, salud, y a la estabilidad laboral reforzada.

De otra parte, frente a los particulares, se denota un estado de subordinación dadas las vinculaciones laborales sostenidas con la accionante. Recuérdese que desde antaño la jurisprudencia de la Corte Constitucional la subordinación ha sido interpretada como “la existencia de una relación jurídica de dependencia, que se presenta, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus empleadores, los estudiantes en relación con sus profesores o ante los directivos del establecimiento”¹.

1.3. Siendo uno de los puntos torales del *sub judice* la estabilidad laboral reforzada, este precepto encuentra su fundamento en aquellos casos donde un sujeto de especial protección constitucional, entre estos, personas con serios quebrantos de salud, requiere de la intervención solida del Estado para garantizar la efectividad de sus prerrogativas inalienables, ya que, de una u otra manera, se han visto vulneradas, se encuentran en un estado de indefensión, discriminación y/o marginación.

1 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-412 de 1992, T-290 de 1993 y T-550 del mismo año, solo por citar algunas.

1.3.1. Como lo ha sostenido la doctrina especializada², la estabilidad laboral tiene una doble finalidad. Por una parte, permite refrendar el medio para el sustento vital y, por otra, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad, toda vez que en algunas situaciones resulta insuficiente el mero pago de la compensación por despido injustificado; de ahí que la Corte Constitucional, siguiendo esa línea, encuentre que la estabilidad en el trabajo es una “garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido”³. En conclusión, el principio de estabilidad laboral es un empoderamiento de los trabajadores frente a decisiones arbitrarias de sus empleadores que, eludiendo garantías laborales, los despiden sin razón válida, constituyendo dicho principio un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido.

1.3.2. Claro, no se trata de una prerrogativa que opere *ipso iure*. Desde luego, todo debe estar soportado en los medios de convicción traídos oportunamente al juicio, de los cuales se verifiquen las condiciones médicas adversas de quien demanda la protección constitucional o mejor aun, que le impidan o limite sustancialmente el desempeño de sus labores.

1.3.3. Desde ese ámbito, por los medios de persuasión acopiados, se tiene que la señora Luz Miriam Bello Rincón fue diagnosticada con fractura de epífisis superior del húmero, dolor crónico intratable, trastorno mixto de ansiedad y depresión, capsulitis adhesiva del hombro, síndrome regional complejo de brazo izquierdo, con cuadro de evolución desde el 10 de diciembre de 2016, lo cual le ha impedido desde esa fecha a la actualidad reincorporarse a sus labores como madre comunitaria, dada la prolongación de sus incapacidades médicas⁴, por las cuales fue calificada con una pérdida de la capacidad laboral por parte de la Junta Regional de Invalidez en proporción igual al 34.2% y quien cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación de su EPS.

2 GOYES MORENO, Isabel e HIDALGO OVIEDO, Mónica. ¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia? En: Revista Entramado. Julio-diciembre, 2012. vol. 8 no. 2. Pagina. 168.

3 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-638 de 2016.

4 Ver folios 20 a 32 del escrito tutelar, donde obran concepto desfavorable de rehabilitación, dictamen pericial de perdida de capacidad laboral por parte de Colpensiones y de la Junta regional de invalidez.

Por tanto, está suficientemente acreditado su condición de sujeto de especial protección constitucional, dados sus serios quebrantos de salud, por lo que habrá de dirimir de mérito la instancia, sin miramiento a los principios de inmediatez y subsidiariedad que pregona el decreto 2591 de 1991 frente a la acción sumaria.

1.4. Con todo, frente a la inmediatez, puede decirse que en todo caso tal requisito se encuentra satisfecho, si se observa que la tutela es actual y vigente frente e a los hechos presuntamente vulneradores de las garantías exoradas, pues han transcurrido poco más de 2 meses desde la desvinculación al Sistema General de Seguridad Social por parte de la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque (Asofer) y la negación del pago de incapacidades por esa circunstancia.

1.5. Ahora, si bien en línea de principios la tutela sería improcedente atendiendo su carácter residual y subsidiario, pues la señora Luz tiene medios ordinarios de protección ante el juez laboral para propender el pago de sus incapacidades y ejercer la defensa de la estabilidad laboral reforzada, el mecanismo aquí instruido se abre paso dada su debilidad manifiesta como consecuencia de sus condiciones físicas y mentales ya advertidas.

En palabras del máximo órgano de los constitucional:

“Si bien la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral, en algunos casos, como por ejemplo cuando el titular del derecho encuentre protección relativa a la estabilidad laboral reforzada, este trámite se convierte, transitoria o definitivamente, en el mecanismo más adecuado de protección del derecho. Al adquirir dicha connotación, remplace los mecanismos ordinarios permitiendo solicitar el reintegro de las personas que se enmarcan en tales condiciones”⁵.

2. Emanan del artículo 53 de la Constitución Política que uno de los principios que debe orientar las relaciones laborales, es la estabilidad en el empleo.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-041 de 2014.

2.1. En punto a la estabilidad laboral reforzada la sentencia T-0048 de 2018 proferida por la Corte Constitucional estableció que “(...) el derecho a la estabilidad laboral reforzada se presenta cuando (i) el demandante puede considerarse una persona discapacitada o en estado de debilidad manifiesta; (ii) el empleador conoce esta situación; (iii) existe un nexo causal entre el despido y el estado de salud; y (iv) ausencia de autorización del Ministerio de Trabajo”.

Por tanto, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, puede decirse que la condición de sujeto de especial protección por enfermedad o discapacidad se dirige hacia la conserve del empleo y la prevención de discriminación por razones médicas o de salud.

2.2. Y es que conceptualmente, la estabilidad laboral reforzada como principio y como derecho, desde su perspectiva deóntica, “supone que el trabajo esté dotado de una vocación de permanencia o continuidad mientras no varíe el objeto de la relación, sobrevenga una circunstancia que haga nugatorias las obligaciones reconocidas a los sujetos de la relación o aparezca una justa causa de despido” lo que “se manifiesta en la posibilidad de exigir la ejecución de conductas que permitan el acceso y la preservación del empleo o la omisión de las que obstaculicen tales objetivos so pretexto de razones injustas, supuestos que corresponden a los conceptos de protección laboral positiva y protección laboral negativa, respectivamente”⁶.

3. Por su parte, el derecho fundamental a la salud⁷ ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”⁸. Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que “responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que

6 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 449 de 2010.

7 En sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional subrayó el carácter de fundamental de este derecho a pesar de tener una faceta prestacional. Esta posición fue retirada en la sentencia T-235 de 2011.

8 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-597 DE 1993; t-454 DE 2008; t566 de 2010.

la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales”⁹.

El núcleo esencial del derecho a la salud obliga a resguardar la existencia física del ser humano y se extiende a los ámbitos psíquicos y afectivos de la persona.

3.1. El derecho a la salud fue desarrollado por la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en cuyo artículo 2º se determinó su naturaleza y contenido, definiéndolo como una garantía de carácter “(...) autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con la calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”, a lo que agregó: “El estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las apersonas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su presentación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

Desde ese panorama, el derecho a la salud tiene carácter de fundamental en sí mismo, esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas, y por ello torna procedente la acción de tutela ante circunstancias graves y eventos que puedan ser de menor gravedad, pero que perturban su núcleo esencial y generan la posibilidad de desmejorar la calidad de vida de las personas.

4. Respecto al mínimo vital, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que es un derecho fundamental, el cual se encuentra relacionado estrechamente con la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento jurídico.

Este, no se agota con suplir las necesidades mínimas de una persona o de su grupo familiar, que simplemente le procure la mera subsistencia, sino que

⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-481 de 2011, y T-842 de 2011.

tiene un contenido mucho más amplio, en cuanto comprende tanto lo correspondiente a la satisfacción de los requerimientos básicos de las personas para su supervivencia, como lo necesario para procurarle una vida en condiciones dignas.

Así, pues su consagración implica alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda recreación y medio ambiente, que consideradas todas en su conjunto, constituyen los presupuestos para la construcción de una calidad de vida aceptable.

4.1. Tratándose de las incapacidades laborales, ha señalado la Corte Constitucional que:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia. Y es que el trabajador tiene derecho a que se le retribuyan sus servicios pero también a que se le otorgue justo trato durante el tiempo en que permanece involuntariamente inactivo por causa de perturbaciones en su salud. Así, el llamado "subsido por incapacidad" surge como cláusula implícita del contrato y obligatoria por ministerio de la ley, en guarda de los derechos mínimos de todo trabajador” (Sentencia T-311 de 1996,¹⁰ reiterada entre otras en la sentencia T-723 de 2014).

¹⁰ MP José Gregorio Hernández Galindo.

DEL CASO CONCRETO

5. El problema jurídico que le compete dirimir al Despacho, se contrae a determinar si las accionadas y/o vinculadas transgredieron las garantías constitucionales a la seguridad social, mínimo vital, vida en condiciones dignas, salud, y a la estabilidad laboral reforzada de la señora Luz Miriam Bello Rincón.

5.1. De los elementos de prueba que obra en el expediente, se desgaja que la accionante, contrario a lo afirmado por la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque “Asofet”, celebró contrato individual de trabajo a termino definido, siendo fecha de inicio de tal relación el 1º de abril de 2020 y finalización el 30 de noviembre de ese mismo año.

5.1. Se arriba a esa conclusión, por cuanto se aportó el respectivo contrato laboral con la firma de aceptación por parte de la trabajadora, como también obra confesión y prueba documental en torno a la afiliación de esta al régimen general de seguridad social, lo que deja al descubierto la celebración de dicho vínculo convencional; pues no tendría sentido proceder con el cumplimiento de obligaciones patronales antes de llegar a confeccionarse del respectivo acuerdo de voluntades.

5.2. Sumado a lo anterior, sobre la señora Bello Rincón se estructuraban patologías dictaminadas al menos desde el 10 de diciembre de 2016, que impedían terminar su relación laboral en virtud de la estabilidad laboral reforzada, al margen de las rotaciones en el contrato sostenido entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las Entidades Administradoras del Servicio, para suministrar el “Aporte Para la Atención a la Primera Infancia en Hogares Comunitarios De Bienestar y HCB Hogares Comunitarios de Bienestar Agrupados”, ya que en el numeral 2.6.4. del contrato citado, eran obligaciones del componente talento humano a cargo de la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque “Asofet”, **“asegurar la incorporación y estabilidad laboral durante el plazo de ejecución del presente contrato de aporte, de las madres y padres comunitarios requeridos para el cumplimiento del objeto de este contrato y que se encontraban vinculados a 31 de marzo de 2020,** en el marco de los

lineamientos establecidos, siempre que a la fecha indicada no habían incurrido en el incumplimiento al contrato laboral, reglamento interno de trabajo de las entidades administradoras de servicios o los lineamientos del programa de HCB” (Subrayado y negrita del despacho), entre los que se encontraba el Hogar Angelitos de la Guarda, con “código cuénteme 1100100028492”, en el que figuraba Luz Miriam Bello Rincón como madre comunitaria.

5.3. Si no fuera suficiente lo anterior, las incapacidades de la tutelante si eran conocidas por Asofet, pues del derecho de petición de 21 de mayo de 2020, remitido a esta se aduce entre otras cosas que “**la entidad necesita tener conocimiento de los hechos por los cuales usted se encuentra incapacitada** para hacer las gestiones pertinentes para la garantía de sus Derechos ante el Sistema de seguridad Social. Los trabajadores que firman su contrato Laboral en una Empresa son los que se hacen acreedores de la garantía de sus Derechos de conformidad con el código sustantivo del trabajo y el Sistema de seguridad Social. Cuando una Madre Comunitaria está incapacitada tenemos conocimiento de los hechos, es nuestra obligación gestionar la apertura del hogar hasta cuando la Madre pueda retomar sus labores bajo las directrices del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (..)”;

lo que refuerza la tesis del juzgado no solo frente al estar informadas sobre las incapacidades, sino de la existencia de la relación laboral negada.

5.4. Igual desenlace merecen la exposición de motivos del acta 022020 de 11 de junio del corriente año, cuando la Junta Directiva de la nombrada asociación puntualiza que “La Madre Comunitaria LUZ MIRIAM BELLO identificada con cedula de ciudadanía número 51.663.149 a cargo de esta unidad al iniciar la contratación se encontraba presuntamente Incapacitada (...)”;

de ahí que su desvinculación laboral como madre comunitaria debiera ser objeto de autorización por parte del Ministerio del Trabajo, el cual no fue aportado.

5.5. En relación con ese tópico, ha de memorarse que “los trabajadores que están afectados en su salud tienen derecho al reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada sin importar el vínculo laboral adoptado por las partes, mientras el inspector o autoridad competente no autorice su

desvinculación. En virtud de ello tiene ‘el derecho a permanecer en su cargo hasta tanto se configure una causal objetiva que extinga la relación laboral, circunstancia que de todas formas debe ser verificada y autorizada por el inspector del trabajo’¹¹.

5.6. No existía justificación alguna para soslayar la obligación de acudir al Ministerio para obtener la autorización, si era pretendido despedir a la señora Luz Miriam Bello Rincón, procedimiento que ultima mas bien un acto discriminatorio en razón a las condiciones de salud de la accionante.

6. Como consecuencia, se ordenará a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque “Asofet”, reintegren a la señora Luz Miriam Bello Rincón (si este así lo desea), sin solución de continuidad a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía desempeñando, en el cual se deberá garantizar que las condiciones laborales sean acordes con sus condiciones de salud, así como que reciba la capacitación correspondiente para desempeñar el mismo.

Asimismo, se dispondrá que dicha entidad deberá, de ser el caso, cancelar los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y de los aportes al Sistema General de Seguridad Social desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro.

7. Ahora, frente a las incapacidades médicas se tiene que a la accionante le han prescrito incapacidades continuadas desde el 10 de diciembre de 2016 al 14 de marzo del presente año y desde el 3 de junio, al 9 de agosto de 2020, constatándose que le fueron cancelados los primeros 180 días por la EPS Famisanar, esto es, hasta el 15 de junio de 2017.

7.1. Ahora bien, en materia de incapacidades del artículo 206 de la ley 100 de 1993 establece: “Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

11 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-663, T-132 de 2011 y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

7.2. La condición de incapacidad es certificada por el médico tratante, quien emite un concepto en el que da cuenta de la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, siendo tal profesional el que define el número de días de incapacidad necesarios para salvaguardar los derechos del paciente, particularmente a la salud y demás conexos al mismo.

7.3. En cuanto al responsable en el pago de tales incapacidades los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, establece:

“(…)Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad

temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”

Sobre este particular, la Corte Constitucional puntualizó que las incapacidades de origen común que superan los 180 días y hasta el día 540, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador¹².

7.4. Debe advertirse que para aquellos afiliados que se encontraban con un dictamen de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, a los cuales se les seguían generando certificados de incapacidad médica más allá de los 540 días, existía un vacío legal sobre el organismo encargado de su cubrimiento, el cual fue suplido con la expedición de la Ley 1753 de 9 de junio de 2015, creando en su artículo 66 la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual hace parte del SGSSS y está adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, cuyo objeto es “...administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad. ...”

7.5. En el artículo 67 de la Ley precitada, se determinó que tales recursos estarán destinados:

“(...)

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de

12 Ver entre otras sentencias T-097 de 2015; T-698 de 2014; T-333 de 2013 y T-485 de 2010.

incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades”.

Desde esta perspectiva, viable es señalar que el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del SGSSS, conforme lo prescribe la norma precitada.

7.6. En torno a los alcances de la nueva disposición antes transcrita, en reciente pronunciamiento la Corte Constitucional precisó:

“Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley – 9 de junio de 2015¹³–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores **a los 540 días a las EPS**, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015” (Sentencia T-144 de 2016).

De manera que, como en este caso se encuentra acreditado, con los certificados de incapacidad allegados, que a la accionante le han sido expedidas incapacidades por más de 541 días, recibiendo el pago por parte de la EPS accionada hasta el día 180 y teniendo en cuenta que la accionada no acreditó el pago de las incapacidades a partir del día 541, dado que la tutelante manifiesta que no cuenta con otros ingresos para cubrir sus gastos de manutención, toda vez que de éstos depende, sin que exista en el expediente

13 L. 1753/2015. **ARTÍCULO 267. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS.** *La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de **9 de junio de 2015.**

prueba alguna que desvirtúe tal afirmación, se considera que la EPS Famisanar, con su conducta, está vulnerando el derecho al mínimo vital de la accionante, al ser la prestación económica derivada de la incapacidad, única fuente de ingreso para la atención de sus necesidades, por tanto, se concederá el amparo constitucional deprecado.

7.7. Igualmente se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones proceda al pago de las incapacidades No. 7110569, 6207681, 6214689, 6285769, 6285778, 6348697, 6380539, 6411087, 6457035, 6755888, 6866004, pues arribadas con el escrito precursor y sobre las cuales no obra medio de prueba que permita inferir que las mismas fueron canceladas por dicha entidad, es indiscutible que corresponden a las prescritas entre los 180 y 540 días. Por ende, deberá dar curso a las actuaciones administrativas respectivas, sin poner obstáculos a la señora Luz Miriam Bello Rincón, dado que de esos recursos depende su mínimo vital.

8. Por lo expuesto el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: Tutelar los derechos a la seguridad social, mínimo vital, vida en condiciones dignas, salud, y a la estabilidad laboral reforzada de la señora Luz Miriam Bello Rincón frente a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque (ASOFER), Famisanar E.P.S. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque “Asofet” que de manera **INMEDIATA** o dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la esta providencia, reintegren a la señora Luz Miriam Bello Rincón (si este así lo desea), sin solución de continuidad a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía desempeñando -Madre Comunitaria en el Centro Zonal Usme-, en el cual se deberá garantizar que las condiciones laborales sean acordes con sus

condiciones de salud, así como que reciba la capacitación correspondiente para desempeñar el mismo. Asimismo, se dispondrá que en el mismo término, la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar La Flora Esperanza y Tiguaque “Asofet” deberá, de ser el caso, cancelar los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y los aportes al Sistema General de Seguridad Social, desde cuando se produjo la terminación del contrato, hasta que se haga efectivo el reintegro.

TERCERO: ORDENAR a la EPS Famisanar, a través de su representante legal o quien haga sus veces que de manera **INMEDIATA** o dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la esta providencia, realice el pago de las incapacidades ininterrumpidas emitidas a favor de la señora Luz Miriam Bello Rincón, desde el día 541 en adelante, hasta cuando se levanten las incapacidades. Para efecto de la prórroga debe tenerse en cuenta que comprenden las incapacidades que se expiden con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario, conforme lo determinó la jurisprudencia citada en esta providencia de la Corte Constitucional.

CUARTO: ORDENAR la Administradora Colombina de Pensiones Colpensiones, a través de su representante legal o quien haga sus veces que de manera **INMEDIATA** o dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la esta providencia, proceda al pago de las incapacidades No. 7110569, 6207681, 6214689, 6285769, 6285778, 6348697, 6380539, 6411087, 6457035, 6755888, 6866004, que corresponden a las prescritas entre los 180 y 540 días, para lo cual deberá dar curso a las actuaciones administrativas pertinentes, sin poner obstáculos a la señora Luz Miriam Bello Rincón, dado que de esos recursos depende su mínimo vital.

QUINTO: Desvincular del presente trámite al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, Fundación Tejiendo Futuro Social y la Junta Regional de Invalidez.

SEXTO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito a las partes. Déjese la constancia de rigor.

SÉPTIMO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnada. Déjense las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza

Mo.