



Bogotá D. C., 27 de noviembre de 2020

REF.: Acción de Tutela N° 2020-00365 de HUGO ALBERTO PACHÓN QUEVEDO contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR.

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la Acción de Tutela promovida por Hugo Alberto Pachón Quevedo en contra de la Caja de Compensación Familiar Compensar por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y al mínimo vital.

ANTECEDENTES

1. Hechos de la Acción de Tutela

Señaló que es una persona de la tercera edad ya que tiene 61 años y por la crisis de la pandemia, perdió su empleo, por lo que se encuentra desempleado desde el 1° de abril de 2020; razón por la cual, a partir de esa fecha se ha postulado en diferentes vacantes como asistente administrativo sin obtener ningún resultado positivo en su búsqueda.

Manifestó que no posee ningún ingreso económico y requiere de las ayudas que ofrece el gobierno a través de las cajas de compensación familiar, por lo que el 29 de octubre del año en curso solicitó a la accionada que le otorgara el subsidio de desempleo que sugirió el gobierno, llenando los requisitos legales y formularios correspondientes.

Sostuvo que la encartada al responder la solicitud le informó que el subsidio de emergencia fue negado dado que reportó como activo en EPS como cotizante en el régimen contributivo, situación en la que no puede estar dado que cuenta con una enfermedad terminal y no puede suspender su tratamiento, por lo que un familiar es quien le ayuda con el pago de salud mensual.

2. Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo anterior, la accionante solicita que, a través de la presente acción, se proteja sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y al mínimo vital y, en consecuencia, se ordene a la Caja de Compensación Compensar entregar el subsidio de seguro de desempleo.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 13 de noviembre de 2020, por medio del cual se vinculó a la Superintendencia de Subsidio Familiar y a la Nueva EPS; asimismo, se ordenó librar comunicación a la accionada y a las vinculadas con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó la información pertinente.

Informes rendidos

La **Superintendencia de Subsidio Familiar** a través de su representante legal, según la delegación efectuada mediante Resolución 0079 del 1° de febrero de 2013 señaló que la competencia para la cual están investidos es de inspección, vigilancia y control sobre las Cajas de Compensación



Familiar velando que cumplan con la prestación de los servicios sociales a su cargo, con sujeción a los principios de eficiencia y de solidaridad y que además cumplan a cabalidad el ordenamiento legal.

Sostuvo que los aportes con destino al subsidio familiar son de naturaleza pública y le pertenecen al sistema de protección social, por lo que gozan de protección especial por parte del Estado y son las cajas las que deben adelantar las acciones de distribución y cobro pertinentes, sin importar el monto de dichas acciones.

Manifestó que la Ley 1636 de 2013 creó el mecanismo de protección al cesante, estableciendo que todos los trabajadores del sector público, privado dependientes o independientes y que realicen aportes a las Cajas de Compensación Familiar, por lo menos por un año continuo o discontinuo en los últimos 3 años si es dependiente y por lo menos 2 años continuos o discontinuos en los últimos 3 años si es independiente, accederán al Mecanismo de Protección al Cesante, sin importar la forma de su vinculación laboral, y de conformidad con lo establecido por la reglamentación que determine el Gobierno Nacional.

Reseñó que las condiciones y requisitos para acceder al mecanismo de protección al cesante, se encuentran regulados en el artículo 13 de la Ley 1636 el cual señala:

“1. Que su situación laboral haya terminado por cualquier causa o, en el caso de ser independiente su contrato haya cumplido con el plazo de duración pactado y no cuente con ningún otro, o no cuente con ninguna fuente de ingresos.

2. Que hayan realizado aportes un año continuo o discontinuo a una Caja de Compensación Familiar durante los últimos tres (3) años para dependientes y dos años continuos o discontinuos en los últimos tres (3) años para independientes.

3. Inscribirse en cualquiera de los servicios de empleo autorizados, pertenecientes a la Red de Servicios de Empleo y desarrollar la ruta hacia la búsqueda de empleo.

4. Estar inscrito en programas de capacitación en los términos dispuestos por la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

5. Adicionalmente, si ha realizado un ahorro al mecanismo de protección al cesante por un mínimo del 10% del promedio del salario mensual durante el último año para todos los trabajadores que devengan hasta dos (2) smmlv, y mínimo del 25% del promedio del salario mensual durante el último año, si el trabajador devenga más de 2 smmlv podrá acceder al beneficio monetario de que trata el artículo 12 de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. No podrán recibir beneficios con cargo al Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante los trabajadores cesantes que, habiendo terminado una relación laboral, mantengan otra(s) vigente(s) o haya(n) percibido beneficios del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante, durante seis (6) meses continuos o discontinuos en los últimos tres años.

PARÁGRAFO 2o. Quienes no cumplan con la totalidad de los requisitos, pero se encuentren afiliados al Mecanismo de Protección al Cesante siempre podrán acceder a la información de vacantes laborales suministrada por el servicio público de empleo. PARÁGRAFO 3o. El Ministerio del Trabajo reglamentará la forma como los independientes deben demostrar las condiciones del inciso 1º”

Indicó que el argumento de la accionada para negar el subsidio de emergencia se basa en que encontró en las bases de datos que el postulante había realizado unos pagos a seguridad social en salud como cotizante en el régimen contributivo y seguidamente reseñó que los requisitos para acceder a dicho beneficio y destacó inicialmente el “Estar cesante por lo que no debe estar activo en EPS y/o caja de compensación”. En relación con esa afirmación de la Caja, señaló que si bien, el principal requisito para acceder al mencionado beneficio es que el postulante se encuentre cesante, como lo señala el artículo 13 de la Ley 1636 de 2013 y el artículo 6 del Decreto 488 de



2020, este requisito implica que, el vínculo laboral haya terminado y en el caso de ser independiente que el contrato haya cumplido con el plazo de duración pactado o que no se cuente con una fuente de ingresos.

Así mismo, que teniendo en cuenta la normatividad referida, los hechos del caso y en atención a la pregunta que realizó esta sede judicial, indicó que el pago de la seguridad social en salud por parte del postulante NO es una razón válida y conforme a derecho para negar a este el acceso al Mecanismo de Protección al Cesante contemplado en la Ley 1636 de 2013 y en particular al beneficio económico adicional previsto en el Decreto Legislativo 488 de 2020, modificado parcialmente por el Decreto Legislativo 770 de 2020.

Reseñó que el negar el subsidio por estar cotizando en salud resulta desacertado en la medida que el simple pago por concepto de salud no implica contar con una fuente de ingresos, dado que, como es el caso del accionante, muchas personas que se encuentran cesante se han visto avocadas a continuar con el pago de su salud para poder continuar con sus tratamientos y seguir gozando de la prestación del servicio de salud y en especial en la actual pandemia. Razón por la cual, las razones de hecho por las cuales negó la Caja la solicitud del accionante, no solo no se encuentran ajustadas a la normatividad que regula el Mecanismo de Protección al Cesante, sino que además dejan en una situación gravosa al accionante que atenta contra sus derechos fundamentales, especialmente a la seguridad social y el mínimo vital.

Finalmente, sostuvo que no vulneró los derechos fundamentales del actor por lo que solicitó su desvinculación por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

La **Nueva EPS** a través de su apoderado especial manifestó que el accionante se encuentra vinculado en estado activo en el régimen contributivo y solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que el sujeto pasivo en la tutela es la Caja de Compensación Familiar-Compensar.

Reseñó que respecto a la historia clínica que le solicitó esta sede judicial, la misma no reposa en la base de datos de su representada, debido a que la custodia de la misma, se encuentra en cabeza de las IPS, las cuales prestan directamente sus servicios conforme lo señalado en el artículo 13 de la Resolución 1995 de 1999.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (C. C. T-471 de 2017).



A pesar de su carácter informal, la Corte ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental. Así, la sentencia T-702 de 2000 determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la sentencia T-131 de 2007, la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado.

Ahora, como el accionante solicita el amparo de los derechos como adulto mayor, sea lo primero señalar que de acuerdo con lo enseñado por la Corte Constitucional, como lo fue en la sentencia T-015 de 2019, El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009, disposición en la que se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. Bajo ese entendido, será adulto mayor “quien supere los 60 años o aquel que, sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”.

Así, la Corte constitucional se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre el derecho fundamental al mínimo vital del cual gozan los adultos mayores en relación con el reconocimiento y pago de subsidios¹. Así mismo sobre el principio de solidaridad y el respeto por el mínimo vital en sentencia T-025 de 2016 indicó:

101. (i) Si bien en primera medida son los miembros del grupo familiar quienes deben asumir la satisfacción del mínimo vital y necesidades básicas insatisfechas de los adultos mayores, en caso de estar imposibilitados para esto, la sociedad y el Estado deben concurrir en esta labor, en virtud del principio de solidaridad; (ii) el principio de solidaridad se concreta en un deber para todas las personas de contribuir con sus acciones y esfuerzos al beneficio de las demás personas que hacen parte del grupo social, en especial aquellas en situación de vulnerabilidad; (iii) en relación con los adultos mayores, el principio de solidaridad debe acatarse con el objetivo de llevar a la práctica los derechos individuales de estas personas, potenciar sus capacidades e independencia y proveerles condiciones de existencia dignas; (iv) el derecho al mínimo vital pretende garantizar el respeto por la dignidad humana, velar por la protección de grupos y personas en situación de debilidad manifiesta, y concretar el principio de igualdad material en una sociedad históricamente injusta.

En atención a lo anterior, es válido concluir que la protección del derecho fundamental al mínimo vital de los adultos mayores ha sido viable por vía de tutela. Al respecto el máximo órgano de cierre constitucional ha sentado un precedente sólido que evidencia que la inclusión o exclusión de las personas de la tercera edad de determinado programa de subsidios, debe estar soportada en una exhaustiva investigación concreta del caso, con el fin de verificar las condiciones reales de vulnerabilidad en las que se encuentra la persona para que esta pueda acceder al beneficio que contempla el programa y se garantice su permanencia en el mismo, antes de tomar cualquier decisión que pueda afectar la calidad de vida y la satisfacción de su congrua subsistencia (T-010 de 2017).



Caso concreto

En el presente asunto, el Despacho deberá resolver si en aras de proteger los derechos fundamentales del accionante, hay lugar a ordenar a la accionada entregar el subsidio de seguro de desempleo.

Para acreditar su pretensión, el accionante allegó copia en formato PDF el documento que envió a la accionada con fecha del 29 de octubre de 2020, a través de la cual manifestó bajo la gravedad de juramento que si es cierto que se encuentra vinculado en el régimen contributivo ante la Nueva EPS y que es un familiar quien realiza dicho aporte; así mismo, aportó copia de la petición del 10 de junio del año en curso dirigida a la accionada, mediante la cual señaló que no se encuentra trabajando y no posee ingresos económicos junto con el formulario de postulación¹.

De igual manera, aportó copia de la respuesta que le brindó la accionada el 3 de noviembre de 2020, mediante la cual le informó que la postulación del subsidio había sido negada, debido a que se encontraba en estado activo como cotizante ante la Nueva EPS².

Sea lo primero indicar que el mecanismo de protección al cesante ya existía como fuente de protección al desempleado, pero otorgaba únicamente el subsidio económico en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y en su concepción original el artículo 11 de la Ley 1636 de 2013, estableció:

“El cesante que cumpla con los requisitos, será incluido por el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante en el registro para pago de la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones y cuota monetaria de Subsidio Familiar, según corresponda, (...)”

Posteriormente y por virtud del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que atraviesa el mundo, el Gobierno Nacional expidió Decreto 488 de 2020 y en su artículo 6° amplió la protección que existía en la Ley 1636 de 2013 aumentando el valor del subsidio de uno a dos smlmv así:

*Beneficios relacionados con Mecanismo de Protección al Cesante. Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, y hasta donde permita la disponibilidad de recursos, los trabajadores o independientes cotizantes categoría A y B, cesantes, que hayan realizado aportes a una Caja de Compensación Familiar durante un (1) año, continuo o discontinuo, en el transcurso de los últimos cinco (5) años, recibirán, **además de los beneficios contemplados en el artículo 11 de la Ley 1636 de 2013**, una transferencia económica para cubrir los gastos, de acuerdo con las necesidades y prioridades de consumo de cada beneficiario, por un valor de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, divididos en tres (3) mensualidades iguales que se pagarán mientras dure la emergencia y, en todo caso, máximo por tres meses. **Parágrafo.** El aspirante a este beneficio deberá diligenciar ante la Caja de Compensación Familiar a la que se encuentre afiliado, la solicitud pertinente para poder aspirar a obtener el beneficio de que trata el presente artículo.” (negrilla, bastardilla y subrayado nuestro).*

Fue por ello que el Ministerio de Trabajo expidió la Resolución 853 del 30 de marzo de 2020 a través de la cual reglamentó la forma de acceder al referido beneficio y en su artículo 5° estableció los siguientes requisitos a acreditar:

Requisitos para acceder al beneficio económico. Los cesantes que se postulen para acceder al beneficio de que trata el artículo 6 del Decreto Legislativo 488 del 27 de marzo de 2020, deberán acreditar la siguiente documentación ante la última Caja de Compensación Familiar en la que estuvo

1 Ver archivo 1 folios 5 a 6 y 9 a 11.

2 Ver archivo 1 folios 7 a 8.



afiliado: 1. Certificación sobre terminación del contrato de trabajo en caso de trabajadores dependientes o cese de ingresos en caso de independientes en los términos de la Ley 1636 de 2013 y el artículo 2.2.6.1.3.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015. 2. Diligenciar de manera electrónica el Formulario Único de Postulación al Mecanismo de Protección al Cesante. Para aquellos beneficiarios que no puedan diligenciar el formulario de manera electrónica, lo podrán descargar en la página web de la respectiva Caja de Compensación para diligenciarlo, firmarlo y remitirlo a la Caja de Compensación Familiar respectiva, conforme se indica en el numeral 4.2 de la Circular Externa 2020-00005 de la Superintendencia de Subsidio Familiar.” (negrilla, bastardilla y subrayado nuestro).

Conforme a las normas indicadas, el Despacho encuentra que el registro de novedad de retiro en el sistema de aportes si resulta ser una prueba idónea contrario a lo manifestado por la Superintendencia de Subsidios ya que la misma sirve para acreditar la calidad del cesante, bien sea como trabajador dependiente o bien como independiente.

Ahora, si bien el accionante manifestó que él no es quien hace el aporte y que es un familiar ya que este se encuentra en un tratamiento por una enfermedad terminal, lo cierto es, que de ello no obra prueba dentro del plenario que permita inferir que, en efecto, está en un tratamiento médico por alguna enfermedad terminal y que sea otra la persona quien le paga los aportes en salud, para mantenerlo activo en la EPS.

En este punto, conviene precisar que el mismo accionante aportó copia de las planillas de pago, en donde además se evidencia que no solo cotiza a salud, sino a pensión también, teniendo en cuenta el salario básico de \$877.803³, por lo que la respuesta que le brindó la accionada mediante la cual negó la solicitud de postulación si tiene un sustento que no vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al mínimo vital, ya que el beneficio principal de ese mecanismo de protección, es que la Caja sufrague el pago de los aportes a seguridad social en salud y pensiones y de paso reconozca el auxilio monetario establecido en la norma.

Así las cosas, la pretensión de otorgar el subsidio de desempleo resulta inviable puesto que no acreditó con alguna prueba que se encuentra en un tratamiento medico que permita concluir que efectivamente el señor Pachón Quevedo padezca la enfermedad terminal que indica en su escrito y, en gracia de discusión se aceptara su existencia, tampoco se estableció qué clase de tratamiento sigue contra la enfermedad, si tiene citas pendientes que impidan la desafiliación del sistema de salud o el grado de gravedad y evolución de la enfermedad; en conclusión, la parte actora no logró comprobar cómo tal exigencia de desafiliación al sistema de salud afecta los derechos fundamentales del accionante que eventualmente y ante un perjuicio irremediable justificaran la intervención del juez constitucional..

Finalmente, surge como inflexión axiomática que el requisito tendiente a que el afiliado al sistema de salud se desafilie del mismo como requisito para ser tenido en cuenta como beneficiario de los mecanismos de protección al cesante, deviene en proporcionado dado que el beneficio en sí mismo, trae envuelto el pago del aporte, pero es más, si por algún motivo la Caja de Compensación no accediera a otorgar el beneficio, el solicitante podría en materia de salud, afiliarse al Sistema subsidiado sin que se vulneraran sus derechos fundamentales.

En consecuencia y por estas razones, este Despacho se abstendrá de impartir orden a la accionada, en tanto no logró demostrar la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, conforme lo manifestado.

3 Ver archivo 1 folios 13 a 24.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela instaurada por **Hugo Alberto Pachón Quevedo** en contra de la **Caja de Compensación Familiar Compensar** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación y de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión.

QUINTO: ORDENAR que por secretaría se realice la comunicación por estado electrónico, el cual deberá ser publicado en la página de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-03-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota/2020n1>.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Comunicar por ESTADO N° 108 de diciembre de 2020. Fijar virtualmente

Firmado Por:

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 3Ero MPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTA

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

Código de verificación:

ad4c1ac27491924ff58de016ac4f118cf5bba04bc1f338a3b19e4896d1be037a

Documento generado en 30/11/2020 11:23:33 a.m.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>