

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO UNICO PROMISCOU MUNICIPAL

Asunto: Acción de tutela
Accionante: Adriana Fernanda Cuenca Medina
Accionado: Consorcio Huila 2017
Radicación: 2021-00089-00

Acevedo, Huila, quince de abril de dos mil veintiuno.

Provee el despacho con relación a la viabilidad del amparo constitucional que de los derechos fundamentales a la salud, igualdad, trabajo, seguridad social, estabilidad laboral reforzada en conexidad con el derecho a la vida, invoca la señora ADRIANA FERNANDA CUENCA MEDINA, cuya vulneración atribuye al CONSORCIO HUILA 2017 Y TODOS SUS INTEGRANTES.

ANTECEDENTES

1. La solicitud de amparo constitucional.

Pretende la accionante que se tutelen los derechos fundamentales antes relacionados y, en consecuencia, se ordene a la accionada realizar el pago de la planilla donde se comunica su novedad de retiro y aclarar las inconsistencias por la mora injustificada; también que le paguen los salarios y prestaciones sociales adeudados.

2. Hechos relevantes.

Refiere la accionante como sustento de la petición de tutela que entre el 7 de enero y el 7 de febrero de 2021 estuvo vinculada laboralmente con la firma Consorcio Huila 2017, en el proyecto Urbanización Villa Catalina de Acevedo, habiéndose pactado como salario la suma de \$1.100.000.

La relación laboral fue acordada con el señor Víctor Hugo Zapata García, miembro de la sociedad Construcciones Camacho Caleño S.A.S., quien para eso momento conoció su condición de salud relacionada con el diagnóstico "lupus erimatoso con compromiso de órganos o sistema, deficiencia de vitamina d, no especificada, síndrome nefrótico no especificado", las cuales afectan gravemente su condición de vida.

A la fecha y pese a las reiteradas reclamaciones, el consorcio accionado no ha reportado la novedad de retiro en el sistema de seguridad social en salud por falta de pago del empleador y tampoco le han cancelado sus salarios ni prestaciones sociales.

Debido a lo anterior, los controles que se adelantan en la Nueva EPS para el seguimiento de su enfermedad se han visto interrumpidos por falta de pago, circunstancia que igualmente ha imposibilitado su nueva afiliación hasta tanto no se genere la novedad de retiro.

ACTUACION PROCESAL

1. El trámite.

Presentada la acción de tutela a esta agencia judicial, la cual la admitió, ordenando dar trámite a la misma y disponiendo el traslado de la demanda a la accionada para que si era su voluntad se pronunciara sobre su fundamento fáctico. Posteriormente, mediante proveído del pasado nueve de los corrientes, el juzgado dispuso vincular a este trámite constitucional a la sociedad Construcciones Camacho Caleño S.A.S., Nueva EPS y Emcosalud EPS.

2. Respuesta de los accionados y de las entidades vinculadas.

2.1. Por conducto de representante judicial, la sociedad Consorcio Huila 2017 dio respuesta al amparo impetrado en su contra, haciendo pronunciamiento expreso frente a los hechos y pretensiones de la demanda. En primer lugar, refiere que entre el consorcio que representa y la señora Adriana Fernanda Cuenca Medina no ha existido ningún tipo de relación laboral ni tampoco de prestación de servicios y, verificados los procesos de contratación, advierte que la accionante era trabajadora de la empresa Construcciones Camacho Caleño S.A.S., circunstancia que expresamente reconoce la actora en el hecho segundo de la demanda.

En razón a lo expuesto, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la accionante y como medios de defensa, propone las excepciones que denominó: 1) falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que al no ser el consorcio empleador de Adriana Fernanda Cuenca Medina, no le asiste la obligación de cancelar aportes a seguridad social respecto de ella; 2) indebida designación del demandado, motivo por el cual deberá vincularse a Construcciones Camacho Caleño S.A.S. por estar legitimado en la causa por pasiva; 3) improcedencia de la tutela por inexistencia de hecho generador, en la medida que la sociedad no ha realizado acción u omisión alguna que haya causado la afectación de derechos fundamentales de la accionante y, 4) buena fe del accionado, por cuanto la sociedad no ha causado ningún tipo de afectación de derechos fundamentales.

2.2. La Nueva EPS intervino a través de apoderado especial, quien adujo que la accionante figura en sus bases de datos como afiliada, en estado activo y en calidad de cotizante dependiente de la firma Construcciones Camacho Caleño S.A.S., sin aportes desde la fecha de afiliación.

Como las pretensiones de la accionante están encaminadas a que se realice la novedad de retiro y no la prestación de servicios de salud, la entidad que se encuentra legitimada por pasiva es la sociedad Construcciones Camacho Caleño S.A.S., quien como empleador debe realizar la novedad y cancelar los aportes al sistema general de seguridad social. Por esa razón, solicita desvincular del presente trámite a la Nueva EPS.

2.3. La Sociedad Clínica Emcosalud S.A. refiere que la prestación de servicios de sus afiliados se encuentra a cargo de la Unión Temporal Tolihuila, con quien suscribió el contrato número 12076-012-2017, suscrito entre la Fiduprevisora, que obra como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y aquella. Por esa razón, Emcosalud no es el extremo pasivo de la acción de tutela, al no estar incurso en la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante. En consecuencia, solicita igualmente desvincularla de este trámite constitucional.

2.4. Sin que fuera vinculada por el juzgado, la Unión Temporal Tolihuila compareció a la presente actuación, la que por conducto de su representante legal suplente, en primer lugar adujo que en efecto a ellos corresponde la prestación de servicios de salud a los afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio, para luego, dar respuesta a cada uno de los interrogantes ordenados por este despacho mediante auto del pasado 9 de los corrientes. Respecto a la primera pregunta, refiere que la señora Adriana Fernanda Cuenca Medina desde el 7 de enero de 2021 figura como retirada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por solicitud del cotizante Jorge Ernesto Cuenca Betancourt, padre de la accionante, y a la fecha tampoco han solicitado su reintegro; por lo tanto, no recibe servicios de salud a través de la Unión Temporal Tolihuila; frente al segundo interrogante, dado el estado de retiro en que se encuentra la accionante, no es posible autorizar o prestar los servicios de salud que ella requiere, aclarando que mientras estuvo afiliada se le ofrecieron todos los servicios necesarios; por último, señala que la Nueva EPS es en la actualidad la entidad obligada a suministrar los servicios de salud que requiere la accionante, hasta tanto no realice los trámites de retiro y proceda a solicitar el reintegro con la presentación de los documentos exigidos por la ley.

En atención a lo señalado, estima que su representada no es el extremo pasivo de la presente acción, al no podersele imputar vulneración de derechos fundamentales de la actora. En consecuencia, debe desvincularse del trámite constitucional, solicitando al juzgado vincular a la Fiduprevisora como encargada de las afiliaciones del FOMAG.

2.5. La firma Construcciones Camacho Caleño S.A.S. guardó silencio frente a la acción de tutela que nos ocupa, pese a la debida notificación realizada al correo electrónico que figura en las diferentes actuaciones allegadas al expediente digital.

Para resolver la solicitud de tutela, se tienen en cuenta las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Requisitos generales de forma.

No existe reparo alguno con relación a la competencia dentro del asunto a estudio debido a que este despacho es idóneo para conocer en primera instancia de las acciones de tutela relacionadas con hechos cuya violación o amenaza de los derechos fundamentales que motivaren la presentación de la solicitud, hayan tenido ocurrencia en esta jurisdicción (art. 37 Decreto 2591 de 1991). Como el amparo puede ser ejercido por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales (art. 10 *ibídem*), el interés de la accionante está presente y la solicitud de tutela se adecua a las exigencias mínimas que se establecen para ejercer la acción (artículo 14 del citado decreto).

2. La acción.

El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Fundamental, expresa que procede la acción de tutela contra toda acción u omisión de la autoridad pública, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 6º *ibídem* contempla las causales de improcedencia de dicha acción, que es nugatoria cuando existan otros medios o recursos de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. El caso.

La señora Adriana Fernanda Cuenca Medina solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a la salud, igualdad, trabajo, seguridad social, estabilidad laboral reforzada en conexidad con el derecho a la vida, como quiera que no ha podido continuar con los controles que exige su patología debido a la imposibilidad de afiliarse o trasladarse a otra EPS.

Lo anterior en razón de que su antiguo empleador no reportó la novedad de su retiro, habiendo acaecido la terminación de la vinculación laboral.

Igualmente, porque no le han pagado lo concerniente a salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo.

Refiriéndonos primeramente al reclamo de acreencias laborales y prestaciones sociales, el juzgado debe indicar que si bien se cumple con el requisito de inmediatez, ya que el tiempo que ha transcurrido entre el momento de la desvinculación y la presentación de la acción de tutela es relativamente corto, no encontramos acreditado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, por regla general la acción de tutela no procede para el reconocimiento y pago de acreencias laborales, al existir mecanismos judiciales ordinarios con los que pueden debatirse los asuntos derivados del contrato de trabajo, y en el presente caso no se configura alguna de las excepciones establecidas frente a dicha regla, las cuales fueron determinadas en la sentencia T-1496 de 2000 proferida por la Corte Constitucional.

Al analizar las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela relacionada con la reclamación de acreencias laborales, el despacho concluye lo siguiente:

i) El problema que se debate no es de naturaleza constitucional, pues se trata de una controversia sobre el cumplimiento de las obligaciones que como empleador le asisten a Consorcio Huila 2017 o a quien corresponda, y por ende, su conocimiento le corresponde exclusivamente al juez laboral.

ii) El reclamo de la accionante se funda en derechos inciertos y discutibles, y en esa medida, al requerirse un amplio y detallado análisis probatorio sobre las acreencias laborales presuntamente adeudadas, impide al juez constitucional adoptar medidas tendientes a conjurar en forma inmediata la presunta transgresión del derecho fundamental invocado.

iii) En este caso no se alegó y menos se demostró que el proceso ordinario laboral fuera insuficiente para proteger íntegramente los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, ni tampoco que no resultara adecuado para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En conclusión, la falta de certeza y carácter indiscutible de las acreencias laborales cuyo reconocimiento se pretende por esta vía, así como la ausencia de pruebas que acrediten la urgencia de adoptar medidas para la protección inmediata de las garantías fundamentales invocadas, son circunstancias que demuestran que en este caso no se acreditan los presupuestos de urgencia, inminencia, gravedad e impostergabilidad fijados por la jurisprudencia constitucional para que exista un perjuicio irremediable.

Ocupémonos ahora del tema relacionado con el derecho a la salud, seguridad social y vida digna.

El artículo 86 Superior y el decreto 2591 de 1991 establecen que la acción de tutela procede para la salvaguarda de derechos fundamentales, salvo que el ordenamiento tenga previsto un procedimiento de comprobada eficacia para el efecto, por ello la Corte Constitucional ha previsto que la acción de amparo procede siempre que la negativa en el cumplimiento de una prestación vulnere el derecho a la salud, en conexidad con la dignidad humana del afectado. El Alto Tribunal ha dicho que:

"Esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela procede de manera excepcional para la protección de los derechos de carácter prestacional, como la salud y la seguridad social, cuando de su amenaza o afectación se deriva un peligro o vulneración de otros derechos que sí son de índole fundamental, tales como los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad.

Cuando el desconocimiento injustificado de las prestaciones económicas y asistenciales consagradas en el Sistema de Seguridad Social Integral repercute directamente en la afectación de derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida o la dignidad humana, procede la acción de tutela para reclamar el pago de mesadas pensionales, licencias de maternidad o la prestación de servicios médicos"

Quiere decir, entonces, que el juez de tutela es competente para resolver sobre la vulneración del derecho a la seguridad social, cuando su desconocimiento afecta el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas y justas.

Por su parte, el artículo 48 de la Constitución Política define la seguridad social como *"un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)"*.

En desarrollo del precepto constitucional referido, el legislador reglamentó el sistema de seguridad social emitiendo la ley 100 de 1993 *"por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, con el fin de configurar entre otros Sistemas el General de Seguridad Social en Salud, desarrollar sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal, basada en dos regímenes -contributivo y subsidiado- bajo la dirección general del Estado.

La jurisprudencia en la materia también ha puntualizado el alcance del derecho a la salud y a la seguridad social como derechos fundamentales, siempre que su desconocimiento amenace o vulnere derechos tales

como la vida en condiciones dignas o la integridad personal (Sentencia SU-039 de 1998).

Sobre el carácter fundamental del derecho a la salud, ha dicho el Alto Tribunal:

*"(i) La figura de la **conexidad**, en virtud de la cual si bien el derecho a la salud no fue nominado como derecho fundamental en el texto constitucional, puede llegar a ser protegido por vía de tutela, cuando para evitar el quebrantamiento de un derecho fundamental como la vida o cualquier otro, sea necesario preservar el derecho a la salud. La Corte ha definido reglas precisas en las cuales este criterio puede ser aplicado para la protección de una vida digna.*

*(ii) La **fundamentabilidad autónoma en relación con el contenido esencial del derecho**. En efecto, esta Corte ha precisado que de manera autónoma, el derecho a recibir la atención en salud en el Plan Básico de Salud o el Plan Obligatorio de Salud (POS) y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S), adquiere naturaleza de derecho fundamental. Esto implica que tratándose de la negación de un servicio médico o de un procedimiento establecido en el POS, se está ante la violación de un derecho fundamental. Por ello "No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela (sic): violación o amenaza a un derecho fundamental".*

*(iii) En el mismo sentido, en tratándose de determinados grupos poblacionales, esta Corte ha sostenido en su jurisprudencia que el derecho a la salud debe considerarse **fundamental autónomo cuando se está frente a sujetos de especial protección** a los cuales la Carta Política brinda este status, en razón a sus condiciones de vulnerabilidad".*

En razón de lo anterior y dada la necesidad de garantizar el derecho a la salud, la Corte Constitucional ha sostenido que el acceso al Sistema General de Seguridad Social en la materia no es lo único, en la medida en que además del ingreso se hace imprescindible la prestación del servicio, por ello, es clara la obligación del Estado de crear políticas tendientes a lograr una cobertura plena en prestación de servicios de salud y velar porque éstos se presten efectivamente, para lo cual se requiere el concurso de los empleadores cuando de afiliados al régimen contributivo se trata (Sentencia T-295 de 1997).

En relación con el incumplimiento del pago de las cotizaciones patronales para la prestación del servicio de salud se ha sostenido que

cuando dichos aportes *"no se efectúan o cuando lo descontado al trabajador no se traslada de inmediato a la entidad de seguridad social, el patrono asume en forma directa e íntegra los costos de la atención de salud que demanden sus empleados, y las familias de éstos (...)* en todo caso, *están obligados a asumir en forma directa los costos de la atención de salud que requieran sus trabajadores"* (Sentencia T-1583 de 2000).

Lo anterior, sin perjuicio del deber de la entidad Prestadora o Administradora de no poner en riesgo la integridad física y mental del trabajador, al punto que la mora del empleador no puede ser óbice para que los trabajadores accedan a los servicios, sin perjuicio de la facultad que tiene el deudor de cobrar lo adeudado (Sentencia T-374 de 2006).

En el caso *sub examine* se encuentra acreditado, que a la señora Adriana Fernanda Cuenca Medina la aqueja una patología crónica y de alto riesgo - *"lupus eritematoso sistémico con compromiso de órganos o sistemas"*- de manera que la acción interpuesta es procedente, en razón del carácter fundamental de la pretensión.

Aquí es importante dejar en claro que si bien en las pretensiones la accionante aspira que el empleador realice las gestiones de retiro y pague los aportes en mora, lo que realmente urge es la prestación de los servicios de salud que se han visto interrumpidos a raíz de la situación de incertidumbre con ocasión de su desvinculación laboral de Adriana Fernanda Cuenca Medina con Construcciones Camacho Caleño S.A.S.

Además, al parecer la accionante realizó lo que estaba a su alcance para que su antiguo empleador cumpliera con la obligación de diligenciar la novedad de retiro ante la Nueva EPS y adelantó las diligencias necesarias para ingresar a una nueva entidad promotora de salud.

Siendo así la acción que se estudia habrá de concederse, porque los derechos de la actora no pueden verse conculcados por la desidia o descuido patronal. De manera que corresponde a la Nueva EPS, entidad en la que actualmente figura como afiliada Adriana Fernanda Cuenca Medina, disponer lo conducente para la atención médica inmediata de la actora, sin perjuicio del derecho de la Nueva E.P.S. de adelantar el procedimiento establecido por la reglamentación vigente, para sancionar al antiguo empleador de la señora Cuenca Medina, es decir a la firma Construcciones Camacho Caleño S.A.S., de ser esto preciso.

Por último, en lo relacionado con el traslado de EPS, la accionante deberá tener en cuenta lo regulado en la legislación vigente, en particular en los artículos 49 y siguientes del decreto 2353 de 2015, por el cual se actualizan y modifican las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y otros aspectos y, las normas que lo deroguen o modifiquen.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Acevedo, Huila, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER, de manera parcial, el amparo de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social, en conexidad con el derecho a la vida que invoca la señora ADRIANA FERNANDA CUENCA MEDINA.

SEGUNDO.- Para el cumplimiento de la tutela que se concede, **ORDENAR** a la NUEVA EPS que disponga lo necesario para que la señora ADRIANA FERNANDA CUENCA MEDINA acceda efectiva e inmediatamente a la atención en salud que requiere para el tratamiento de su patología.

TERCERO.- NEGAR la solicitud relacionada con el pago de acreencias laborales, en atención a lo antes dicho.

CUARTO.- DESVINCULAR de este trámite al CONSORCIO HUILA 2017 y a la SOCIEDAD CLINICA EMCOSALUD S.A.

QUINTO.- NOTIFICAR a las partes esta sentencia por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO.- En el evento de no ser impugnada esta providencia, **ENVIAR** al día siguiente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE

JUAN CARLOS ANGEL PEÑA

Juez

Firmado Por:

JUAN CARLOS ANGEL PEÑA

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE ACEVEDO

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:

7e67ecd83ff6f17e487d547e7e3ef16333a9be5ee2a7c46ed1265846f12d8d9c

Documento generado en 15/04/2021 02:57:02 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>