



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
Pitalito Huila, veinte (20) de mayo de 2021

Ref.: Impugnación de tutela de la señora, ADRIANA FERNANDA CUENCA MEDINA, en contra del CONSORCIO HUILA 2017 Y TODOS SUS INTEGRANTES, vinculadas, la Nueva EPS, La Sociedad Clínica Emcosalud S.A. y La firma Construcciones Camacho Caleño S.A.S.

Rad: 4100640890012021 00089 01.

ASUNTO:

Se procede a resolver la impugnación presentada por la señora ADRIANA FERNANDA CUENCA MEDINA, en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Acevedo Huila, el quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021).

HECHOS.

Manifiesta la accionante haber estado vinculada laboralmente entre el 7 de enero y el 7 de febrero de 2021 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.

PETICIONES.

En virtud a lo anterior solicita tutelar sus derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, salud en conexidad con el derecho a la vida y seguridad social, en consecuencia.



Se ordene al CONSORCIO HUILA 2017, realizar el pago de la planilla donde se marca la novedad de su retiro y aclarar las inconsistencias por la mora injustificada en el trabajo.

Se ordene al CONSORCIO HUILA 2017 y a todos sus integrantes, el pago de salarios y prestaciones sociales.

PRUEBAS.

1°. Historia clínica de médico tratante con el diagnóstico.

2°. Estado de cuenta individual, donde consta el atraso en el pago de la seguridad social.

REPUESTA DE LA NUEVA EPS.

La Nueva EPS allego respuesta en la cual 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.

RESPUESTA CONSORCIO HUILA 2017.

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.



LA SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A.

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 aquélla. 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.

LA UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA.

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.

LA FIRMA CONSTRUCCIONES CAMACHO CALEÑO S.A.S.

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.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

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.

LA IMPUGNACION:

La accionante señora ADRIANA FERNANDA CUENCA MEDINA, haciendo uso al recurso de impugnación presenta escrito en el cual argumenta que no se encuentra de acuerdo con la decisión tomada por el A quo, puesto que no se tuvo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en el que se encuentra al padecer una enfermedad catastrófica, por lo que se debe conceder la tutela al no contar con otro ingreso que le permita subsistir, por lo que solicita ordenar para que se realice la planilla de retiro de la seguridad social y pagarla para reportar novedades en segundo lugar pagar prestaciones sociales y salarios en su favor.

CONSIDERACIONES EN ESTA INSTANCIA.

El artículo 49 de la Constitución Política dispone que.

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (...)

A partir del texto del artículo 49, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa y reiterada jurisprudencia en la cual ha protegido el derecho a la salud, así: “(i) En un período inicial, fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente



contemplados en la Constitución, igualando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) En otro, señalando la naturaleza fundamental del derecho en Situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, como niños, discapacitados, ancianos, entre otros; (iii) En la actualidad, arguyendo la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los postulados contemplados por la Constitución vigente, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, todo con el fin de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiere.

Según el precitado artículo, la salud tiene una doble connotación: derecho constitucional fundamental y servicio público. En tal sentido todos los ciudadanos deben tener acceso al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación. Dicha facultad constitucional otorgada a los entes estatales y a los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud está estrechamente relacionada con los fines mismos del Estado Social de Derecho.

En razón a lo anterior se precisa que es deber del estado garantizar la prestación de los Servicios Públicos esenciales como sucede en el caso estudiado en donde uno de los derechos vulnerados es el de la salud, el Juez constitucional en uso de sus funciones ordenará la protección de dicha garantía, ordenando a LA NUEVA EPS, disponer 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.

De esta manera el A quo, protegió los derechos fundamentales de la accionante, sin embargo, la parte actora interpone recurso de impugnación basado en que no se tuvo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en el que se encuentra al padecer una enfermedad catastrófica, por lo que se debe conceder la tutela al no contar con otro ingreso que le permita subsistir, por lo que ordenar para que se realice la planilla de retiro de la seguridad social y pagarla para reportar novedades en segundo lugar pagar prestaciones sociales y salarios en su favor.

En cuanto a la inconformidad presentada por la parte actora, es preciso mencionar que el derecho a la seguridad social es un derecho autónomo, más aun cuando por negligencia del empleador quien por omisión de realizar dichos aportes pone en riesgo no solo la salud si no la vida de la aquí accionante, pues a pesar de que la relación laboral ya no se encuentra vigente si persiste la obligación del empleador a realizar los correspondientes aportes a la seguridad social y realizar la correspondiente retiro a la misma una vez finalizado el vínculo laboral entre empleado y empleador.



La sentencia T-742 de 2008.

Señaló que por su relación intrínseca con la dignidad humana, “la seguridad social es un verdadero derecho fundamental autónomo –calificado como “derecho irrenunciable” según el inciso 2° del artículo 48 constitucional; consagrado como “derecho de toda persona” de acuerdo al artículo 9° del PIDESC, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad; y, finalmente, definido como “derecho humano” por parte del CDESC en la observación general número 19-. Por tal razón, si bien hasta ahora la Corte ha empleado la figura de la conexidad al momento de resolver este tipo de controversias, la Sala estima que la acreditación de este vínculo con otro derecho fundamental resulta redundante y, en consecuencia, innecesario toda vez que el derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente, razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de tutela”.

En virtud a lo anteriormente expuesto se hace claridad sobre la obligación que recae sobre el empleador de realizar los aportes correspondientes a la seguridad social de sus empleados y de la misma manera realizar la gestión correspondiente al retiro de la seguridad social como aportante, cuando termine el vínculo laboral entre las partes.

Así las cosas y en aras de brindar garantía a la atención en salud de la parte actora resulta procedente ordenar a CONSTRUCCIONES CAMACHO CALEÑO S.A.S., para que realice lo concerniente a los aportes de seguridad social e la accionante, de igual manera para que gestione la planilla de retiro de la seguridad social de la actora.

En cuanto a la solicitud de ordenamiento de pago de acreencias laborales, correspondiente a salarios devengados por la parte actora, es necesario analizar la procedencia d la acción tutelar frente a dicha pretensión.

Sentencia T 375 de 2018.

Subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.



En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

13. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, se aclara que al tratarse de derechos inciertos y discutibles, no es posible realizar ordenamiento alguno, adicionalmente la accionante no 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. por ende dicha controversia debe ser dirimida por el Juez Laboral.

Así las cosas este despacho procederá a confirmar el fallo de tutela de fecha 15 de abril de 2021, emitido por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Acevedo Huila, conforme a las consideraciones brevemente expuestas

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pitalito, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR en su totalidad el fallo de fecha quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021) proferido por el JUZGADO UNICO PROMISCOU MUNICIPAL DE ACEVEDO HUILA, con fundamento en las consideraciones brevemente expuestas, en la parte motiva de esta decisión.

2.-ADICIONAR en el sentido de EXHORTAR a CONSTRUCCIONES CAMACHO CALEÑO SAS, para que por conducto de su representante, realice los aportes de



seguridad social de la señora ADRIANA FEDA CUENCA MEDINA y de igual manera para que gestione la planilla de retiro de la seguridad social de la actora.

3.- COMUNICAR esta decisión a las partes implicadas por el medio más expedito posible.

4.- REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE;

HECTOR FELIX CAMPOS RODRIGUEZ
Juez