JUZGADO SÉPTIMO CIVIL MUNICIPAL CARTAGENA

ACCIÓN DE TUTELA
EXPEDIENTE No. 13001-40-03-007-2021-00012-00
ACCIONANTE: YOJANIS MARIA DE LA ROSA MERCADO
ACCIONADO: RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO.

Cartagena de Indias, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021). —

OBJETO DE DECISIÓN

Procede este Despacho judicial a resolver la acción de tutela de la referencia por la presunta violación a los derechos fundamentales a la SALUD, SEGURIDAD SOCIAL Y BUENA FE de *YOJANIS MARIA DE LA ROSA MERCADO*, contra la *RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO*.

ANTECEDENTES

Narra la accionante que desde el año 2011, se encontraba vinculada laboralmente al establecimiento de comercio denominado RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO, teniendo como jefe directo al señor HECTOR LUIS ANILLO PEREIRA.

Que con ocasión de la medida de aislamiento obligatorio decretada por el gobierno nacional en el marco de la emergencia sanitaria producida por le COVID-19, el día 30 de abril de 2020, de mutuo acuerdo con el accionado decidieron dar por terminada la regulación laboral.

Que el día 11 de diciembre de 2020, retomó labores en el establecimiento de comercio accionado hasta el día 14 de diciembre de 2020, oportunidad en la que presentó malestares generales como fiebre y congestión nasal, situación que según su dicho fue puesta en conocimiento del señor HECTOR LUIS ANILLO PEREIRA, quien le manifestó que debía hacerse la prueba de diagnóstico de COVID – 19, y que un vez obtuviera el resultado le informara.

Sostiene que una vez dio aviso a la EPS a la cual se encontraba afiliada, observó la novedad de retiro y que su vinculación a la EPS era en calidad beneficiaria de su esposo y no de cotizante como empleada del RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO. Agrega que en vista de lo anterior el día 14 de diciembre de 2020, acudió a los servicios médicos particulares, obteniendo una incapacidad de tres días.

Mantiene que informado el señor HECTOR LUIS ANILLO PEREIRA, de la anterior situación, le solicitó copia de su documento de identidad para adelantar el respectivo tramite y que el día 21 de diciembre de 2020, este mismo le llamo para que se reintegrara a sus labores habituales con turnos de noche, lo cual en efecto hizo, laborando los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2020, por cuanto el último de los días mencionados volvió a presentar síntomas del COVID-19, razón por la cual fue enviada nuevamente a su casa con orden de que se realizada la prueba para determinar si tenía o no el mentado virus.

Arguye que adelanto los tramites pertinente ante la EPS COOSALUD, para la realización de la prueba de diagnóstico COVID-19, en atención a que en la actualidad no se encuentra vinculada al sistema de seguridad social y a la fecha de presentación de la acción constitucional no le han llegado los resultados, ni le están haciendo seguimiento médicos, y sus malestares están empeorando.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos anteriormente anotados, el extremo accionante solicita tutelar sus derechos fundamentales deprecados y se ordene a la parte accionada cancele los aportes adeudados al sistema de seguridad social en salud.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de auto de fecha 14 de enero de 2021, esta Judicatura admitió la acción tutelar, ordenando requerir al extremo accionado para que, en el término de dos días, contados a partir de la notificación de ese auto, rindieran informe pormenorizado sobre los hechos del amparo deprecado, el cual hasta la fecha de esta sentencia de tutela no fue rendido.

PRUEBAS

Parte accionante:

- Copia acta de terminación de mutuo acuerdo de contrato de trabajo y transacción laboral celebrada entre RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO y YOJANIS MARIA DE LA ROSA MERCADO.
- Copia liquidación prestaciones sociales.
- copia incapacidad medica de fecha 14 de diciembre de 2020, consultorio médico SALUD Y ESPERANZA.
- Copia formula medica de fecha 14 de diciembre de 2020, consultorio médico SALUD Y ESPERANZA.
- Informe de afiliaciones de la accionante de fecha13 de enero de 2021.
- Copia historia laboral de la accionante emitida por el fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN.
- Copia cedula de ciudadanía YOJANIS MARIA DE LA ROSA MERCADO.
- Copia Matricula mercantil de RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Nacional dispone que "*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la omisión de cualquier autoridad pública.*"

PROBLEMA JURÍDICO

Esta judicatura debe determinar si el *RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO*, vulneró los derechos fundamentales SALUD, SEGURIDAD SOCIAL Y BUENA FE de *YOJANIS MARIA DE LA ROSA MERCADO,* al no cancelar los aportes a seguridad social durante la relación laboral, teniendo en cuenta que la misma presentaba síntomas de COVID -19.

El carácter fundamental del derecho a la seguridad social y la obligación correlativa de afiliación al sistema general de seguridad social.

3.1. Reconocimiento jurisprudencial del carácter iusfundamental del derecho a la seguridad social.

3.1.1. La Constitución, en el artículo 48, define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas, representada en la cobertura de (i) pensiones, (ii) salud, (iii) riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley. Ello, a través de la afiliación al sistema general de seguridad social que se refleja necesariamente en el pago de prestaciones sociales estatuidas[52].

3.1.2. En un principio este derecho era apreciado por su carácter prestacional, pero la Corte vislumbró su relación con otros derechos de rango iusfundamental. En ese sentido, en la sentencia C-453 de 2002, la Corte estableció que la afiliación de los trabajadores al sistema de seguridad social "no solo constituye un desarrollo de la garantía de condiciones dignas y justas, se trata de una garantía destinada a la protección de varios derechos también de orden constitucional: la vida, la salud y la seguridad social en sí misma".

Con base en lo anterior la Corte permitió la procedencia de la acción de tutela en dos eventos excepcionales: i) cuando la vulneración del derecho a la seguridad social conllevaba la violación de derechos fundamentales autónomos (argumento de la conexidad[53]) y, ii) cuando el peticionario era un sujeto de especial protección constitucional[54].

El reconocimiento como derecho iusfundamental devino posteriormente en aplicación de la tesis de transmutación de los derechos sociales, "en virtud de la cual, cuando su contenido era desarrollado a nivel legal o reglamentario, tales derechos superaban su calidad de indeterminación y se convertían en verdaderos derechos fundamentales autónomos capaces de ser protegidos por vía de acción de tutela"[55].

Esto se evidenció en la sentencia T-468 de 2007 en la cual la Corte afirmó que: "[U]na vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados – prestaciones y autoridades responsables -; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela".

De igual modo, este viraje se consolidó en sentencia T-742 de 2008, en la cual se 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 esta misma orientación, con ocasión del estudio de constitucionalidad de una norma que establecía el derecho a recibir una indemnización en caso de incapacidad permanente parcial (sentencia C-1141 de 2008), la Sala Plena manifestó lo siguiente: "el derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero

derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos"[56]. (…)

3.2. Garantía del derecho a la seguridad social a través de la afiliación al sistema general de seguridad social.

En consonancia con lo expuesto, en aras de garantizar la cobertura propia de la seguridad social, la regulación colombiana impone la obligación de vinculación obligatoria de los trabajadores al sistema de seguridad social a cargo de los empleadores[58]. Este deber legal de los empleadores se materializa en el deber de afiliar a salud (EPS), riesgos laborales (ARL) y pensiones (fondo de pensiones), a todos aquellos con quien tengan un vínculo laboral, verbal o escrito, temporal o permanente, así como pagar oportunamente los aportes que corresponden so pena de incurrir sanciones[59].

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en forjar la obligación del empleador de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, salud y riesgos profesionales y pagar las respectivas cotizaciones a cada uno de dichos regímenes.

Así, ha fijado que los empleadores que incumplen con su obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones vulneran el derecho a la seguridad social de sus trabajadores y deben responder por las prestaciones laborales legales y pensiones a las que tendrían derecho los trabajadores de haber sido afiliados al Sistema General de Pensiones[60], con el fin de materializar el fin de la regulación de las relaciones laborales, esto es, "lograr la justicia en las relaciones que surjan entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social"[61].

En este sentido, la Corte sostuvo en sentencia T-295 de 1997 que "la Ley 100 de 1993 consagra la obligación de todos los empleadores, del sector público o privado, de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social, y establece sanciones para quienes no cumplan con este deber. Ellos, en todo caso, están obligados a asumir en forma directa los costos de la atención de salud que requieran sus trabajadores, si no los han incorporado al sistema institucional de protección. Esta Corporación ha señalado que el derecho a la seguridad social es fundamental cuando está íntimamente relacionado con un derecho como la vida y ha sido enfática en exigir a los empleadores el cumplimiento de su obligación de afiliar a sus trabajadores y pagar oportunamente los aportes que les corresponda."

Dicha tesis fue reiterada en la sentencia T-558 de 1998, en la cual se argumentó que "siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez".

En sentencia C-506 de 2001, la Corte sostuvo la consagración de la obligación del contratante de pagar los aportes a seguridad social de sus empleados pretendió remediar las falencias del sistema, que no tenía previstas contingencias que pudieran afectar al trabajador, argumentado que "la ley 100 de 1993 estableció esta nueva obligación, en atención precisamente a la situación preexistente, con el propósito de comenzar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades y de incongruencias".

Luego en la sentencia C-1089 de 2003[62], se clarificó que la afiliación al sistema de seguridad social también se debe consolidar en los casos de los trabajadores independientes. En esa decisión se señaló que el artículo 3 (parcial) de la Ley 797 de 2003 no solo no contradice los mandatos constitucionales sino que los desarrolla, toda vez que la obligatoriedad e irrenunciabilidad del derecho fundamental a la seguridad social, no dejan al libre albedrío el cumplimiento de los deberes sociales del ciudadano en esta materia.

La posición de la Corte ha permanecido invariable frente a la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Riegos Laborales, por lo que en la sentencia T-782 de 2014 reiteró que "a cargo del empleador recae la responsabilidad de cancelar los aportes a su cargo, y los de sus trabajadores. Esta obligación solo finaliza cuando el trabajador: (i) cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) cuando en razón de la pérdida de capacidad laboral obtenga pensión de invalidez, o (iii) cuando obtenga la pensión de forma anticipada. Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas. Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador."

De manera más reciente, en sentencia T-648 de 2015, la Corte hizo un cotejo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, concluyendo que "en principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, tanto a salud como a pensiones, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia. No obstante, como lo ha resaltado la Corte y ha sido replicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicha obligación resulta imperiosa siempre y cuando el trabajador independiente cuente con los recursos suficientes para cumplir con ellos, pues, de carecer en forma absoluta de los mismos o no contar con los necesarios para efectuar cotizaciones a ambos sistemas aquella no se hace exigible."

En este mismo orden de ideas, determinó "los empleadores serán responsables del pago del aporte de los trabajadores a su servicio a cualquiera de los regímenes de seguridad social en pensión existentes, ya sea el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con el salario o ingresos percibidos"[63].

A manera de conclusión, se evidenció que la Corte ha sostenido de manera uniforme que, referente a la obligación de afiliación a cargo del empleador, la omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de pensiones no es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el pleno reconocimiento de sus derechos laborales.

CASO CONCRETO

Del estudio realizado al sub-exámine, se observa que YOJANIS MARIA DE LA ROSA MERCADO, cimenta la vulneración de sus derechos fundamentales SALUD, SEGURIDAD SOCIAL Y BUENA FE en la presunta omisión por parte del restaurante LA CASA DE SOCORRO, en efectuar los aportes obligatorio al sistema de seguridad social en salud, ello en virtud de la relación laborar existente entre las partes y que fuera retomada en el mes de diciembre del año 2020.

Ahora bien del estudio realizado al sub-judice se tiene que efectivamente entre la accionante y el restaurante LA CASA DE SOCORRO, existió vinculación laboral hasta el día 27 de abril de 2020, fecha en que las partes de común acuerdo dieron por terminado el vínculo laboral con ocasiona la emergencia sanitaria por la que atraviesa en país.

Así mismo se observa que de acuerdo con el reporte emanado de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES – el último periodo cotizado por la accionante fue en el mes de octubre de 2020, y que de acuerdo con esta misma base de datos en la actualidad la accionante se encuentra vinculada al sistema en calidad de beneficiaria en estado "ACTIVO POR EMERGENCIA", estado en la que se encuentran aquellas personas que están afiliados al Régimen Contributivo de Salud y que perdieron su empleo o dejaron de percibir ingresos a causa de la pandemia por el COVID-19[1].

En punto a la prueba de la existencia o inexistencia del vínculo laboral entre la accionante y restaurante LA CASA DE SOCORRO, en el mes de diciembre de 2020, así como la obligación por parte del empleador de efectuar dichos aportes a la fecha, se observa que, *RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO* no rindió el informe requerido por este despacho judicial, muy a pesar de haber sido notificada en debida forma, por lo que, resulta pertinente citar lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que "*si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrarán a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación*."

Por lo anterior, el hecho alegado por la parte accionante y que fundamenta la presente acción, es la omisión en el pago de la aportes a la seguridad social, tales expresiones constituyen una negación indefinida que como tal no requiere acreditación por disposición del artículo 167 del Código General del Proceso, en tal sentido, la carga de la prueba se traslada a la parte contraria quien tiene la obligación de demostrar la existencia de hechos positivos que controviertan aquella negación, pruebas que no fueron debatidas dado que no hubo contestación rendida por la parte accionada.

Así las cosas, al no militar en el sub-examine prueba alguna desplegada por *RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO* tendiente a desvirtuar la existencia de relación laboral y el pago de los aportes a seguridad social, considera el despacho que se encuentra vulnerados los fundamentales a la SALUD, SEGURIDAD SOCIAL Y BUENA FE, de la accionante.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

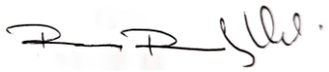
PRIMERO: TUTELAR el derecho de petición de *SALUD, SEGURIDAD SOCIAL Y BUENA FE*, vulnerado por *RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO*, por las razones a que hace referencia este proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, ordénese a *RESTAURANTE LA CASA DE SOCORRO*, que, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si no lo ha hecho adelante las diligencias que sean del caso para cancelar los aportes correspondientes al sistema de seguridad social *YOJANIS MARIA DE LA ROSA MERCADO y* que se encuentran en mora.

[1] circular No. 23 del 05 de julio de 2020.

TERCERO: Notifíquese este proveído a las partes por el medio más expedito. Si este fallo no fuere impugnado dentro del término de ley, remítase a la Corte Constitucional para su eventual Revisión, en todo caso la sentencia deberá ser cumplida, aunque haya sido impugnada.

NOTIFÍQUESE



ROCÍO RODRÍGUEZ URIBE
JUEZ

YF