**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE TENERIFE**

**TENERIFE, NUEVE (9) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTUNO (2021)**

**REF: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA**

**ACCIONANTE: EDINSON DE JESÚS LEDESMA MARENCO y MILAGROS DE LA ROSA OSPINO**

**ACCIONADO: ALCALDÍA DE TENERIFE, MADALENA**

**RAD: 2021-00022-00**

**ACTA DE SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA No: 006**

**II TRIMESTRE 2021**

**ASUNTO:**

Procede el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenerife, Magdalena, a resolver en sede de primera instancia la acción de tutela presentada por los concejales señores: EDINSON DE JESÚS LEDESMA MARENCO y MILAGROS DE LA ROSA OSPINO en contra de la Alcaldía Municipal de Tenerife, Magdalena, por el incumplimiento en el pago de la seguridad social a que tienen derecho por disposición legal de la Ley 2579 de 2021, vulnerándoles sus derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna.

1. **ANTECEDENTES:**

**HECHOS:**

Los accionantes en calidad de concejales narran en su escrito de tutela los siguientes hechos:

1. Desde el día 01 de enero de 2020, los accionantes ostentan la calidad de Concejales por el partido de la Unidad Nacional la “U”, del Municipio de Tenerife Magdalena. Conforme a ello, alegan que debido a la ausencia de una norma taxativa que impusiera al ente territorial la carga presupuestal de los recursos de seguridad social de los concejales, durante la vigencia del año 2020, no gozan de su derecho fundamental a la Seguridad Social y a la Salud.
2. Señalan que el día 08 de Enero del año 2021 fue expedida la Ley 2075, cuyo objeto es modificar el régimen vigente para la liquidación de honorarios de los concejos de los Municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría. De conformidad a la norma referida, los accionantes en calidad de concejales de un Municipio de 6 categorías, tenemos derecho a cotizar al sistema de seguridad social, pensión, salud, ARL y caja de compensación familiar a cargo del presupuesto de la Administración Municipal, en el caso concreto, de la Alcaldía de Tenerife Magdalena.
3. Afirman que a través de la Secretaría del Concejo Municipal de Tenerife, remitieron al ente territorial los requerimientos a través de los cuales, se solicita dar cumplimiento a la Ley 2075 de 2021, y proceder de manera inmediata a cotizar la seguridad social de los cabildantes. Sin embargo, alegan que, el Alcalde Encargado RICHARD BARROS PEREA, omitió el cumplimiento de la normatividad vigente, puesto que sin justificación alguna a los concejales del Municipio de Tenerife, no se ha realizado los respectivos aportes para la seguridad social.
4. Finalmente señalan que, la accionante MILAGRO DE LA ROSA OSPINO, se encuentra afiliada régimen contributivo a la EPS MUTUAL SER, sin embargo, y como puede ser corroborado por la entidad de salud, la Administración Municipal no ha realizado ningún aporte, aun cuando fue allegada la certificación de afiliación. En cuanto, al concejal, señor EDISON LEDESMA MARENCO, se encuentra afiliado al régimen subsidiado a la EPS COOSALUD.

**PRETENSIONES:**

Los accionantes solicitan como pretensiones principales de la tutela lo siguiente:

* **PRIMERA:** Se tutelen nuestros derechos fundamentales a la Salud y a la Seguridad Social de MILAGRO DE LA ROSA OSPINO y EDINSON LEDESMA MARENCO,
* **SEGUNDO:** Y en consecuencia lo anterior, se ORDENE a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE TENERIFE, que de manera inmediata a la notificación del fallo, proceda a realizar los respetivos aportes de SALUD, PENSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL, ARL y CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR a los Concejales accionantes y de los concejales que se vinculen al presente trámite tutelar.
* **TERCERO:** Compulsar copia a los entes de control vinculados, para que inicien el respectivo tramite de su competencia.
1. **TRAMITACION:**

Mediante auto de fecha 19 de marzo de 2021, el despacho admitió el trámite constitucional en contra de la Alcaldía de Tenerife, Magdalena, ordenando la vinculación de: a) Contraloría Departamental; b) Procuraduría General de la Nación; c) Concejo de Tenerife, Magdalena, representado por su Presidente; d) la E.P.S. MUTUAL SER y d) la E.P.S. COOSALUD, notificándolos personalmente mediante los oficios Nos: 208 al 215 de la misma fecha.

Posteriormente, se profirió el auto de fecha 25 de marzo de 2021, a través del cual se vinculo: a) El Presidente del Concejo; b) la Mesa Directiva Técnica del Concejo; c) los miembros del concejo y d) al Tesorero Municipal de Tenerife, Magdalena, notificándolos personalmente mediante los oficios Nos: 233 al 247 de la misma fecha.

1. **CONTESTACION:**

**La Alcaldía de Tenerife, Magdalena:**

Alega que, debido a los traumatismos administrativos en que se encontraba la Alcaldía, tras la muerte del Alcalde electo y la nueva designación del Alcalde encargado, han debido realizar ciertos cambios, aunado a ello, la mayoría de los concejales no se encontraban en el régimen contributivo de salud sino en el subsidiado, lo que ha generado mayor demora, mientras que se hace visible el traslado del régimen subsidiado al contributivo.

Igualmente resalta que, la el articulo 23 de la Ley 1551 de 2012, modificada por la Ley 2075 de 2021, en donde determina que los concejales no son empleados de la Alcaldía Municipal y éstos deben realizar su pago a la seguridad social con cargo del presupuesto de la Alcaldía.

Finalmente, exaltan que el señor Edinson Ledesma, en la actualidad se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud cuando debe estar en el régimen contributivo, pese a que recibe su honorarios, por ello no se puede determinar vulneración de sus derechos.

Respuesta del requerimiento: Alegan que no existe una petición elevada por los concejales sino un oficio de fecha 12 de enero de 2021, remitido por el secretario del concejo, relacionando el régimen a la seguridad social a la cual pertenecían cada uno de los concejales.

**La Contraloría Departamental:**

Alego que, la Contraloría General del Departamento del Magdalena, es un ente de control, el cual efectúa control y vigilancia de la gestión fiscal y sus resultados de forma posterior y selectiva, lo cual no implica la coadministración con los sujetos de control. Para precisar en lo solicitado por el despacho, “*vincular al tramite tutelar a la entidad con el fin que coadyuve a la solución del problema jurídico presentado*” y de acuerdo a lo puntualizado por este ente de control, no es competencia de este pronunciarse acerca del mismo, ya que no podemos entrar a ser coadministradores de un sujeto de control como lo es el municipio de Tenerife.

**Procuraduría General de la Nación:**

Guardo silencio.

**Presidente del Concejo de Tenerife, Magdalena:**

Guardo silencio.

**Mesa Directiva Técnica del Concejo:**

Guardo Silencio.

**Miembros del concejo:**

Guardo silencio

**Tesorero Municipal**

El Tesorero Municipal contesta la acción de tutela certificando lo siguiente:

****

**E.P.S. MUTUAL SER**

Por su parte la entidad Mutual Ser, alegó que carece de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que lo pretendido por los accionantes, es que la alcaldía de Tenerife – Magdalena realice los aportes a seguridad social de los concejales EDINSON DE JESÚS LEDESMA MARENCO y MILAGROS DE LA ROSA OSPINO, es de resaltar que el señor Edinson Ledesma no pertenece a dicha EPS (se anexa búsqueda en Adres donde consta que pertenece a otra EPS), mientras que Milagros De la Rosa Ospino se encuentra afiliada a Mutual ser Eps y su estado actual al sistema de salud es ACTIVO con IPS de atención FUNDACIÓN PRO-MAGDALENA.

**APORETES EN LINEA:**

Respecto del caso materia de estudio, informan que, una vez surtida la validación, identificaron un registro en calidad de Empresa de la ALCALDIA MUNICIPAL DE TENERIFE MAGDALENA. Pero, a favor de los accionantes no se identifican periodos pagados en nuestra plataforma, toda vez que a la fecha, el accionado, valga decir la ALCALDIA MUNICIPAL DE TENERIFE MAGDALENA no ha constatado pagos a través de nuestro sistema y tampoco cuenta con empleados registrados, motivo por el cual, actualmente no les es posible expedir el certificado de los aportes a la seguridad social que se le han realizado a los señores Milagro de la Rosa Ospino identificada con cédula de ciudadanía número 1.083.021.964 y el señor Edinson Ledesma identificado con cédula de ciudadanía número 7.642.814.

Igualmente, exaltan que, existen otros Operadores de Información autorizados por el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de los cuales las personas obligadas a realizar aportes al Sistema de Seguridad Social pueden acceder para efectuar los aportes y ellos son: 1. SOI 2. Mi planilla 3. Asopagos 4. Fedecajas 5. Simple 6. ARUS.

**E.P.S. COOSALUD**

**Por su parte alegó que l**a entidad transgresora del derecho fundamental es LA ALCALDIA DE TENERIFE como se corrobora en los acápites de la acción constitucional.

Señalan que el señor Edinson, se encuentra afiliado a Coosalud regimén subsidiado, y la señora Milagros a Mutualser, régimen contributivo. Por ende, solicitan la desvinculación de esta acción de tutela, por encontrarse frente a la figura jurídica FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, puesto que, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.

1. **PRUEBAS:**
2. **PRUEBAS DE LA PARTE ACCIONANTE:**
3. FOTOCOPIA DE LA CREDENCIAL DE CONCEJAL DE MILAGRO DE LA ROSA OSPINO.
4. FOTOCOPIA DE LA CREDENCIAL DE CONCEJAL DE EDISON LEDESMA MARENCO.
5. CONSTANCIA DE ADRES CON LOS DATOS DE MILAGRO DE LA ROSA OSPINO.
6. CONSTANCIA DE ADRES CON LOS DATOS DE EDINSON LEDESMA MARENCO.

**PRUEBAS DE LA TESORERIA :**

1.CERTIFICADO DE TRASLADO PRESUPUESTAL AÑO 2020 Y 2021.

 **PRUEBAS DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL**

1. CERTIFICADO DEL REQUERIMIENTO DONDE CONSTA NO EXKISTIR DERECHO DE PETICION EN CONTRA DE LA ALCALDÍA
2. CERTIFICADO DE TRASLADO PRESUPUESTAL AÑO 2020 Y 2021

**PRUEBAS DE LAS EPS:**

1. CERTIFICADO DE AFILIACION DE AMBAS PARTES PROCESALES
2. **CONSIDERACIONES:**

La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política que consagra la acción de tutela como un mecanismo de naturaleza *subsidiaria* para la protección de los derechos fundamentales que *sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.*[[1]](#footnote-1) De lo anterior se colige, que no es la finalidad de esta acción ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro sin ninguna distinción, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias.

Sin embargo, la existencia de otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, pues deben tenerse en cuenta dos circunstancias especiales a saber; primero, que los medios alternos con que cuenta el interesado deben ser *idóneos*, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso[[2]](#footnote-2) y; segundo, que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando *se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*.

**Competencia**

Con fundamento en lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, este despacho es competente para conocer acerca de la acción de tutela de primera instancia.

**Legitimación por activa**

Con fundamento en los artículos 86 de la Constitución Política y 10° del Decreto 2591 de 1991, manifiesta que se encuentra legitimado para presentar la acción de tutela:

 ***“i) el titular de los derechos fundamentales, caso en el cual no se exige de mayores formalidades, pues bastará demostrar que es la persona directamente afectada por la vulneración o amenaza de tales prerrogativas. Simultáneamente, se ha sostenido que podrá formular la acción de amparo una tercera persona, quien actuará a nombre del titular, siempre que se acredite alguna de las siguientes calidades: (…); iv) en su papel de apoderado judicial, caso en cual deberá ostentar la calidad de abogado titulado y anexar a la demanda el poder para actuar en la causa (…)”***

En el presente caso, los accionantes actúan en calidad de concejales electos del Municipio de Tenerife, Magdalena, para ello aportan las constancias del E-27, en donde se certifica su elección, por lo que, el despacho no advierte problemas de legitimación frente a los accionantes.

**Legitimación por pasiva**

El artículo 86 Superior y 42 del Decreto 2591 de 1991, determina que la acción de tutela puede interponerse contra cualquier autoridad pública que amenace o vulnere la satisfacción de los derechos fundamentales, tanto por acción como por su omisión.

En esta ocasión, la legitimidad de la entidad Alcaldía Municipal de Tenerife, Magdalena, no genera mayor dificultad, pues conforme al escrito de tutela ésta es la entidad que presuntamente no ha cumplido en el aseguramiento de los derechos fundamentales del actora. Por ello, no cabe duda de que, en razón de sus funciones, constituye la parte pasiva de la presente causa.

**PRINCIPIO DE INMEDIATEZ:**

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución Política consagra 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 misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales…”*** (Negrilla fuera de texto).

La Sentencia **SU-961 de 1999**[[3]](#footnote-3) dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo:

**“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable.  La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto.  De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.**

**Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción (…)**

**Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda”.**

A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez. En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto[[4]](#footnote-4). Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

Empero, la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes,por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual[[5]](#footnote-5). (subrayas del despacho).

En el caso en estudio, se analiza que la situación de la afiliación en la seguridad social de los accionantes conforme a lo ordenado en la Ley 2075 de 2021, publicada el 8 de enero de 2021, es un asunto el cual debió ser debatido por la ésta vía posterior a su expedición y mas aun cuando los traslados presupuestales los remitió el Municipio al Concejo y fueron devueltos. Sin embargo, circunstancias de fuerza mayor como lo fue la muerte del Alcalde electo, señor Fredy Ramos Hernández (Q.E.P.D) y el nombramiento por encargo de los alcaldes que ostentarían el cargo, han propendido por extender el tiempo para la presentación de la tutela, encontrándose hoy en día de manera perenne y actual la presunta violación de los derechos fundamentales a la seguridad social de los accionantes.

Por ende, se encuentra superado el requisito de inmediatez de la acción de tutela tornándose procedente su estudio acerca del problema jurídico a debatir, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las interpretaciones garantistas efectuadas sobre este principio, que arriba se mencionaron.

**PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD:**

El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política establece expresamente **“[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.**

Con base en esta disposición, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios de defensa, ni mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa.

Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

Conforme a lo anterior, la acción de tutela es le mecanismo idóneo con que cuentan los accionantes para resolver la controversia y requerir con urgencia sus afiliaciones al régimen contributivo de la salud previo pago de las cotizaciones, tornando el derecho a la seguridad social en irrenunciable e imprescriptible de los sujetos legitimados por activa.

Por lo tanto, se encuentra superado positivamente el examen de subsidiariedad conforme acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las interpretaciones garantistas efectuadas sobre este principio, que arriba se mencionaron.

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL:**

Por otra parte el estudio jurisprudencial del derecho fundamental presuntamente vulnerado por la accionada, será analizado a través de la sentencia T- 192 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, quien expuso el tema de la
protección del derecho a la seguridad social por medio de la afiliación, asi:

*“ (…) 10. El artículo 48 de la Constitución Política establece el derecho a la seguridad social en una doble dimensión. Por un lado, lo contempla como un servicio público de carácter obligatorio que se presta 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.*

*Por otro lado, lo consagra como una garantía de carácter irrenunciable e imprescriptible 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. Lo anterior, a través de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social que se refleja necesariamente en el pago de las prestaciones sociales estatuidas.*

*Inicialmente, este derecho fue considerado por esta Corporación como de carácter meramente prestacional y solo fue entendido como un derecho fundamental en la medida en que se concretara en una garantía de aplicación inmediata, como cuando, en aplicación de la tesis de la conexidad, se evidenciaba que su vulneración se materializaba en una afrenta contra el derecho a la vida o a la integridad personal[[6]](#footnote-6).*

*En este sentido, la* ***Sentencia C-453 de 2002*** *reconoció esta relación del derecho a la seguridad social y, en particular, del derecho a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social con otros derechos de rango iusfundamental y estableció que la afiliación a este “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”.*

*Esto se entendió así porque, tradicionalmente, en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos –derechos fundamentales– y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional –derechos de segunda generación– para cuyo cumplimiento se requiere de una acción legislativa o administrativa. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa, “mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho de segunda generación, conllevaba a su vez el desconocimiento de uno fundamental”[[7]](#footnote-7).*

*Posteriormente, la jurisprudencia constitucional replanteó las reglas mencionadas y precisó el contenido y alcance de los derechos económicos, sociales y culturales. A partir de la relación íntima que guardan estos derechos con el principio de dignidad humana, la Corte sostuvo que sería ‘fundamental’ todo derecho constitucional que funcionalmente estuviera dirigido a la realización de la dignidad humana y fuera traducible en un derecho subjetivo. Para ello, sostuvo que dicho concepto de dignidad humana habría de ser apreciado en cada caso concreto, según el contexto en el que se encontrara cada persona, ya que son “las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental”[[8]](#footnote-8).*

*Por esta razón, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, son fundamentales (i) todos aquellos derechos respecto de los cuales hay consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todos los derechos constitucionales que funcionalmente se dirijan a lograr la dignidad humana y sean traducibles en derechos subjetivos.*

*Sobre el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, la Corte señaló en la* ***Sentencia T-468 de 2007[[9]](#footnote-9)*** *que* ***una vez provista la estructura básica del Sistema General de Seguridad Social, las prestaciones que lo componen y las autoridades responsables de brindarlas, y además, una vez establecida 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”. (Negrillas del despacho).***

**PROBLEMA JURÍDICO:**

¿La Alcaldía Municipal de Tenerife, Magdalena, en atención a la Ley 2075 de 2021 Art. 3, se encuentra en el deber de pagar la seguridad social de los concejales con cargo al presupuesto del Municipio? En caso afirmativo, la Alcaldía Municipal incumplió con el pago de dichos conceptos? y 3. ¿el no pago de los aportes a la seguridad social en salud de los accionantes -concejales de dicho municipio- vulnera su derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social?

1. **RESOLUCION PROBLEMA JURIDICO:**

***¿ la Alcaldía Municipal de Tenerife, Magdalena, en atención a la Ley 2075 de 2021 Art. 3, se encuentra en el deber de pagar la seguridad social de los concejales con cargo al presupuesto del Municipio?***

Para poder responder a dicho interrogante deberá analizarse el desarrollo legal del régimen especial de seguridad social de los concejales, asi:

El acceso a los servicios de salud de los concejales del país no es un tema nuevo, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema General de Seguridad Social en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, para todos los colombianos, prevé el numeral 1 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, que aquellas personas que mediante cotización se encuentren vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago deberán estar afiliadas al régimen contributivo.

Mientras que del segundo, las personas más pobres y vulnerables en las áreas rurales y urbanas, incluyendo a los miembros de su respectivo grupo familiar, siempre y cuando no tengan capacidad de cotizar o esta sea limitada, para lo cual el valor de la cotización es asumido total o parcialmente con recursos de carácter fiscal o con fondos destinados a la solidaridad, como lo dispone el numeral 2 del artículo 157 así como los artículos 211y 212 de la norma ejusdem.

La garantía constitucional para que los concejales gocen de manera efectiva del derecho a la salud a través del SGSSS, fue reafirmada por el artículo 23 de la Ley 1551 del 6 de julio de 2012, al señalar:

***“ARTÍCULO 23. Los Concejales tendrán derecho a seguridad social, pensión, salud y ARP, sin que esto implique vinculación laboral con la entidad territorio. Para tal efecto, los concejales deberán cotizar para la respectiva pensión.***

***Los concejales de los municipios de 4a a 6a categoría que no demuestren otra fuente de ingreso adicional, recibirán un subsidio a la cotización a la pensión del 75% con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional. [...]***

***Tales disposiciones no son aplicables a los concejales del Distrito Capital de Bogotá, quienes tienen su propio régimen por virtud de lo dispuesto por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política, el cual fue regulado por el Decreto Ley”.***

Posteriormente, el articulo 3 de la Ley 2075 de 2021, modificó el artículo de la Ley 1551 de 2021, asi:

***“ARTÍCULO 23. Los concejales tendrán derecho a la cotización al Sistema de Seguridad Social; Pensión, Salud, ARL y cajas de compensación familiar, la cual se hará con cargo al presupuesto de la administración municipal, sin que esto implique vínculo laboral con la entidad territorial. PARÁGRAFO. Para financiar los costos en seguridad social de los concejales, de municipios que reciban ingresos corrientes de libre destinación, inferiores a 4.000 SMLMV, se destinara el 0,6% del sistema general de participaciones de propósito general, contemplado en el artículo 2 de la ley 1176 de 2007”.***

Lo anterior, denota claramente que las entidades territoriales de orden distrital y municipal deben incluir en su presupuesto las partidas necesarias para que los concejales sean vinculados una póliza de seguro de salud o para realizar su afiliación al régimen contributivo de salud.

 Al respecto, resalta el despacho que, la inclusión de las partidas presupuestales representa un mecanismo efectivo que le permite a los municipios y distritos cumplir su obligación de garantizar: (i) el goce efectivo del derecho a la salud de los concejales, mediante su afiliación al Régimen Contributivo, y (ii) la contratación del beneficio adicional que representa el seguro de vida y de asistencia médica.

En conclusión efectivamente por disposición legal arriba mencionada la afiliación y el pago de los aportes a este régimen, incluido pensión, ARL y caja de compensación familiar debe ser asumida por el municipio, el cual tiene dos opciones para hacerlo, mediante una póliza de seguro de salud o realizando su afiliación al régimen contributivo en salud. Puesto que, los concejales gozan en materia de salud de los mismos beneficios consagrados para los afiliados al régimen contributivo en salud, incluida la cobertura familiar.

1. **RESOLUCION PROBLEMA JURIDICO:**

¿La Alcaldía Municipal incumplió con el pago de dichos conceptos?

En el caso de marras los accionantes se quejan de que la Alcaldía Municipal de Tenerife, Magdalena, que el Municipio no ha cumplido con la obligación legal de pagar los gastos de seguridad social conforme a la afiliación al régimen contributivo. Sobre el particular, se encuentra en el expediente conforme a orden judicial emanada de este despacho mediante auto de fecha 25 de marzo de 2021, se le solicitó al Tesorero Municipal, que remitiera extracto, certificado y /o cualquier medio idóneo que permitiera determinar que la Alcaldía ha realizado los pagos de los aportes a la salud de los concejales durante el primer trimestre del año 2021, ante lo cual remitió la presente constancia, asi:



Conforme a lo anterior, se resalta de bulto que se realizó por parte del Municipio la transferencia de los honorarios y los aportes a la seguridad social, pero los mismos fueron devueltos por la corporación, sin motivar ni justificar el motivo. Situación ante la cual la Presidencia del Concejo, al interior del trámite tutelar guardo silencio y el municipio no implemento ningún mecanismo para materializar el giro, pese al desacuerdo.

Es contradictorio para este despacho como el Presidente del Concejo y su mesa directiva técnica, devuelven la partida de seguridad social sin importarles que sus miembros queden desprovistos de protección social y seguro medico. Mas aún, cuando son ellos mismos a quienes el ente territorial le presenta al Concejo Municipal el proyecto de acuerdo de presupuesto, y es esta corporación quien finalmente adopta el mismo, razón por la cual se debió prever el gasto correspondiente.

Ahora, el ente municipal no puede quedarse maniatados frente a la decisión por parte del Concejo, de no recibir la partida, pues éste tiene dos opciones legales frente a la afiliación y el pago de los aportes son: una póliza de seguro de salud o realizando su afiliación al régimen contributivo en salud, sin que pueda coexistir la póliza de seguro de salud, con la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Pero, no puede quedarse el municipio quieto frente a una situación que deja en hombros del afiliado la responsabilidad cuando no la debe de soportar.

Por ende, debe estipularse que efectivamente la Alcaldía Municipal de Tenerife, Magdalena, omitió la obligación de buscar un mecanismo alterno, efectivo, legal y preventivo que no desencadenara esta situación administrativa en la cual, el concejo hizo incurrir al Municipio, al realizar la devolución de los pagos por concepto de transferencia en salud sin motivación alguna; mas no en realizar los giros presupuestales en salud y en honorarios.

1. **¿El no pago de los aportes a la seguridad social en salud de los accionantes -concejales de dicho municipio- vulnera su derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social?**

En el caso en concreto tenemos que respecto a la accionante Milagros de la Rosa Ospino, ésta se encuentra afiliada al régimen contributivo de la EPS Mutual ser, desde el año 2020:



Por su parte, el accionante señor Edinson Ledesma, la entidad Coosalud, certificó que se encuentra afiliada a la EPS, en el régimen subsidiado desde el año 2013,asi:



Conforme a lo anterior, se evidencia respecto al señor Edinson Ledesma, una desobediencia en acatar el deber constitucional dispuesto en el numeral 1 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, que radica en: las personas que mediante cotización se encuentren vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago deberán estar afiliadas al régimen contributivo. (subrayas del despacho). Lo cual, no lo ha realizado como los demás concejales.

Máxime que no puede alegar que, se debe a que no le pagó dicha afiliación el municipio, porque dicha situación se vislumbra solo es en el primer trimestre del año 2021 y éste se encuentra afiliado en el régimen subsidiado desde el año 2013. Entonces, es ilógico que requiera el accionante que, se imparta legalidad a su situación cuando no propicia las condiciones legales y constitucionales necesarias para ello.

El municipio como se dijo en líneas anteriores está en el deber de pagar la afiliación pero ello radica en la obligación correlativa del afiliado de encontrarse en el régimen contributivo de cotización a salud.

Por otra parte, con los certificados de afiliaciones se observa claramente que ambos accionantes, tienen el servicio de salud y prestaciones médicas activas, sin que el problema del pago de afiliación por parte del Municipio llegara a afectarles su derecho al acceso efectivo a la salud. Por ende, mas que un problema de carácter constitucional se evidencia a la vez que, es un problema de carácter administrativo que afecta los derechos fundamentales a la salud de sus miembros y establecer una inseguridad jurídica.

En consecuencia, se ordenará al Municipio de Tenerife, Magdalena, representado por el doctor Richard Barros Perea, en calidad de Alcalde encargado, para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta providencia, de común acuerdo con la Mesa Directiva del Concejo Municipal, proceda a definir el mecanismo de afiliación y pago al sistema de seguridad social con cargo al presupuesto del Municipio, que incluye: régimen contributivo de salud, pensión, ARL y caja de compensación familiar de los señores Edinson Ledesma, Milagros de la Rosa Ospino y de los demás integrantes del Concejo, (o) Que el Municipio adquiera póliza de salud con cargo al presupuesto del Municipio y los señores Edinson Ledesma, Milagros de la Rosa Ospino y los demás integrantes del concejo, con sus propios recursos se afilien al régimen contributivo de salud, de conformidad con la Ley 2075 de 2021, artículo 3, que modificó el artículo 23 de la ley 1551 de 2012. Dicha orden se cumplirá sin que ello se determine como vínculo laboral con la Alcaldía de Tenerife, Magdalena

Finalmente se reconocerá personería jurídica a la abogada señora Seleth Rocio Muñoz Romero, identificada con la C.C. No: 32.896.251 y T.P No: 213405 del C.S.J, para los fines expresos en el poder al interior de la acción de tutela de la referencia.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenerife, Magdalena, administrando justicia y por autoridad de la ley,

1. **RESUELVE:**
2. **DECLARAR** que existe vulneración al derechofundamental a la seguridad social de la señora Milagros de la Rosa Ospino, por las razones previamente expuestas.
3. **DECLARAR** que no existe violación al derecho a la seguridad social del señor Edinson Ledesma, por las razones alegadas por el accionante sino por los motivos argumentados por el despacho.
4. **ORDENAR** al Municipio de Tenerife, Magdalena, representado por el doctor Richard Barros Perea, en calidad de Alcalde encargado, para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta providencia, de común acuerdo con la Mesa Directiva del Concejo Municipal, proceda a definir el mecanismo de afiliación y pago al sistema de seguridad social con cargo al presupuesto del Municipio, que incluye: régimen contributivo de salud, pensión, ARL y caja de compensación familiar de los señores Edinson Ledesma, Milagros de la Rosa Ospino y de los demás integrantes del Concejo, (o) Que el Municipio adquiera póliza de salud con cargo al presupuesto del Municipio y los señores Edinson Ledesma, Milagros de la Rosa Ospino y los demás integrantes del concejo, con sus propios recursos se afilien al régimen contributivo de salud, de conformidad con la Ley 2075 de 2021, artículo 3, que modificó el artículo 23 de la ley 1551 de 2012. Dicha orden se cumplirá sin que ello se determine como vínculo laboral con la Alcaldía de Tenerife, Magdalena
5. **RECONOCER PERSONERIA JURIDICA** a la abogada señora Seleth Rocio Muñoz Romero, identificada con la C.C. No: 32.896.251 y T.P No: 213405 del C.S.J, para los fines expresos en el poder al interior de la acción de tutela de la referencia.
6. **NOTIFICAR,** personalmente a las partes a través de su correo electrónico

**NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.**

**HERMES DE JESUS HERNANDEZ VIVES**

**JUEZ**

1. En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 del 1 de agosto de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1198 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1157 del 1 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-321 del 21 de marzo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-384 del 30 de julio de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-3)
4. En la Sentencia SU-189 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte señaló: *“Dicho requisito de oportunidad ha sido denominado Principio de la Inmediatez, el cual, lejos de ser una exigencia desproporcionada que se le impone al interesado, reclama el deber general de actuar con el esmero y cuidado propio de la vida en sociedad.  Se trata de acudir a la jurisdicción constitucional en un lapso prudencial, que refleje una necesidad imperiosa de protección de los derechos fundamentales (…)* ***El cumplimiento del requisito de la inmediatez le corresponde verificarlo al juez de tutela en cada caso concreto. Dicho operador jurídico debe tomar en cuenta las condiciones del accionante, así como las circunstancias que rodean los hechos para determinar lo que debería considerarse como plazo razonable****. Para ello, debe valorar las pruebas aportadas de acuerdo a los principios de la sana crítica, con el fin de determinar si hay una causal que justifique la inactividad del accionante”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver sentencias T-1229 de 2000, T-684 de 2003, T-016 de 2006 y T-1044 de 2007, T- 1110 de 2005, T-158 de 2006, T-166 de 2010, T-502 de 2010, T-574 de 2010, T-576 de 2010. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-790 de 2002, M.P. Alexei Julio Estrada. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-760 de 2008, MP: Manuel José Cepeda, en referencia a la Sentencia T-859 de 2003. [↑](#footnote-ref-8)
9. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-9)