

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION PENAL

MAGISTRADA PONENTE:

MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO

Aprobado Acta N° 263.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, catorce (14) de abril de dos mil once (2011)

Radicación	66001-31-09-003-2011-00018-01
Procedente	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira
Accionante	FERNANDO DE JESÚS FRANCO VELÁSQUEZ
Accionados	Vidriera de Caldas S.A., Nueva EPS S.A., Comfamiliar Risaralda e Instituto de Seguros Sociales
Decisión	Adiciona

1.- ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por la representante de la **Nueva EPS S.A.**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, que amparó los derechos fundamentales del ciudadano **FERNANDO DE JESÚS FRANCO VELÁSQUEZ**.

2.- FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN

2.1.- Precisó el actor que desde enero de 1981 ha sido empleado de la empresa **Vidriera de Caldas S.A.**, razón por la que realiza los aportes legales al sistema de seguridad social que se le descuentan mensualmente por la nominadora, como también la empresa debe realizarlos y efectuar el aporte por concepto de subsidio familiar.

2.2.- Que acudió a solicitar cita médica ante la **Nueva E.P.S. S.A.**, donde se encuentra afiliado para los servicios de salud y allí se le negó el servicio por falta de pago de los aportes, aunque refiere que a él de su salario se le realiza el descuento por parte de la empresa.

2.3.- Que acudió a la **Caja de Compensación Familiar 'Comfamiliar' Risaralda** y fue informado que tampoco se han realizado a esa entidad los pagos que corresponden al subsidio familiar, y situación idéntica se presentó ante el **Instituto de Seguros Sociales**, donde realiza el pago de aportes para pensión, sin que se hubiera cumplido con esta obligación patronal.

2.4. Pide en consecuencia a manera de pretensión que se ordene a la sociedad Vidriera de Caldas S.A., proceder a realizar de manera oportuna el pago de los aportes en salud, subsidio familiar y pensión a su favor, para que se le restablezcan los servicios a que tiene derecho.

3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

3.1. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, en fallo de 22 de febrero último luego de hacer un recuento de la doctrina, encontró que el no pago de los aportes al sistema de seguridad social para

proveer la asistencia del actor, como trabajador de la empresa **Vidriera de Caldas S.A.**, le genera vulneración de su derecho fundamental a la salud, por lo que ordenó a la Empresa Promotora de Salud **Nueva E.P.S. S.A.**, la continuidad en la prestación de servicio del afiliado **FERNANDO DE JESÚS FRANCO VELÁSQUEZ** y su grupo familiar.

3.2. Así mismo consideró que la omisión en los aportes a que está obligada el patrono en materia pensional, generan afectación al derecho a la seguridad social del trabajador, por lo que adoptó las medidas tendientes a superar aquella amenaza y desvinculó a la A.F.P. **Instituto de Seguros Sociales**, como también a la **Caja de Compensación Familiar de Risaralda 'Comfamiliar'**.

3.3. La representante de la **Nueva E.P.S. S.A.**, solicitó a la Juez a quo, adicionar su fallo y en su defecto, lo impugnó.

4.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1.- La acción prevista en el artículo 86 Constitucional, es un mecanismo de amparo de carácter residual y subsidiario, cuya finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando quiera que los mismos se vean amenazados o conculcados¹.

Lo anterior traduce que la acción de tutela sólo procede ante la inexistencia o la ineficacia de otros mecanismos judiciales frente a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas y que no puede convertirse en un instituto sustitutivo de competencias legales.

¹ Ver las Sent. T-965/04, T-408/02 T-432/02 y SU-646/99

4.2.- A través de la acción de tutela pretende el señor **FERNANDO DE JESÚS FRANCO VELÁSQUEZ** que se ordene a la empresa **Vidriera de Caldas S.A.**, para la cual labora, que pague los aportes correspondientes a salud, subsidio familiar y pensión a su favor, porque actualmente se le niega el servicio a la salud, toda vez que no está al día en los aportes.

4.3.- La decisión cuestionada concluye con el amparo de los derechos del accionante al considerar que la negativa por parte de empresa promotora de salud **Nueva E.P.S. S.A.**, de prestar asistencia médica del trabajador, afecta la continuidad del servicio en forma permanente e ininterrumpida y le vulnera sin justa causa los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida.

Por lo demás, ordenó a la empleadora **Vidriera de Caldas S.A.**, proceder al pago efectivo de los aportes pensionales ante el **Instituto de Seguros Sociales**, por cuanto se presenta una amenaza del derecho a un mínimo vital, como consecuencia de aquella omisión que atenta contra su derecho a obtener la pensión de jubilación o por invalidez en un momento dado.

4.4. Concita la atención de la Colegiatura la petición formulada por la Coordinadora Jurídica de la **Nueva E.P.S. S.A.**, en el sentido de adicionar el fallo de tutela, para que se ordene a la empresa **Vidriera de Caldas S.A.**, consignar la totalidad de los aportes correspondientes al servicio de salud que se le presta al trabajador, o que el patrono le preste el servicio de salud, mientras no realice los pagos.

Esta adición la propuso ante la Juez de primer grado, quien no accedió a efectuar aclaración de su propio fallo, por cuanto en su

entender, se refería mas a proponer una impugnación y su finalidad tiende a obtener la modificación o revocatoria de su propia decisión. Por consiguiente estimó que la competencia para discernir el asunto radica en esta Colegiatura.

4.5.- Es claro –porque así lo expresó la censora– que la petición ante el fallador de primer nivel, se dirigió a obtener una adición de la sentencia de tutela, sobre un punto concreto frente al que no se dijo nada en el fallo, cuál es, ordenar al patrono proceder al pago de los aportes del trabajador ante la empresa promotora de salud, conforme la obligación contenida la Ley 100 de 1993².

No encuentra reparo la Sala para que el fallador a quo, acudiendo por remisión e integración a las disposiciones del régimen procesal civil³, adicione mediante sentencia complementaria, la ya adoptada para entre otras razones, resolver los extremos de la litis, esto es, tanto lo indicado en la demanda como el planteamiento contenido en la contestación que hayan efectuado las partes convocadas, dado que la acción de tutela es también adversarial.

En efecto, ha de tenerse en cuenta la expresa manifestación efectuada por la representante de la **Nueva E.P.S. S.A.**, al momento de ser vinculada a la acción y contestar la demanda, cuando frente al tema de la mora advertida en el pago de los aportes, requirió del juez de tutela lo siguiente:

² “Art. 161. Como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en salud, los peleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán: c. Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo con la reglamentación que expida del Gobierno”.

³ Artículo 311. Adición. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquiera otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término. ...”.

“Por todo lo expuesto solicito comedidamente al señor Juez, requerir al accionante y/o la empresa Vidriera de Caldas con la finalidad de que se ponga al día en sus pagos de Seguridad Social en Salud dentro del Régimen Contributivo con la Nueva E.P.S. S.A.”.⁴

4.6. Sin embargo y encontrándose ya el asunto ante esta instancia y atendida la facultad reglada por el inciso 2º, artículo 311 del C. de P. Civil, la Sala aborda el tema referido al objeto de impugnación, bajo el siguiente argumento.

Tal como lo consideró la señora Juez en el fallo que amparó el derecho, la Sala conviene en que el no pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, atenta contra normas de orden legal, más no siempre contra derechos constitucionales, pues frente a ellos solo se alza como una amenaza que en un momento dado podría vulnerar los derechos a la salud y a la vida. Esto por cuanto si la persona afiliada no padece enfermedad alguna, se encuentra sano, no podría concluirse que está vulnerando la Carta Política, respecto de los derechos fundamentales de los asociados, más podría constituir sí una amenaza, que igual debe conjurarse.

Tal situación viene a colación porque el actor FRANCO VELÁSQUEZ, tan solo refirió que pidió una cita médica, pero no dijo padecer enfermedad alguna, o presentar algún cuadro endémico que ameritara la necesidad del servicio.

4.7.- Pero retomando el tema, vemos que en efecto, si se impone una carga a la Empresa Promotora del Servicio de Salud, debe igualmente ser equitativos y trasladar a su vez la obligación a cargo del patrono, como sería la de proceder al pago inmediato de los aportes.

⁴ Obra cita textual al folio 34.

Una decisión en tal sentido es de simple lógica y permite el equilibrio de las cargas que se imponen por vía de tutela, así como de proporcionalidad frente a los recursos del sistema financiero de este servicio.

4.8.- Sin embargo aprecia la Sala que la empresa **Vidriera de Caldas S.A.**, dentro del término de ejecutoria del fallo, procedió a efectuar los pagos a su cargo frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, concretamente a la **Nueva E.P.S. S.A.**, así como de los parafiscales, por lo que podría advenirse como un hecho superado.

Sin embargo, como lo enseña la doctrina, tal actividad del accionado se cumplió luego de la imposición judicial, por tanto, la orden de amparo constitucional debe mantenerse, aunque ya no resulta necesario adoptar la decisión por la cual se ha efectuado la censura, pues resulta un hecho totalmente superado.

4.9. Así las cosas, la decisión de primer grado fue acertada en cuanto a declarar la existencia de vulneración a los derechos constitucionales de primera generación que le asisten al demandante y respecto de los demás ordenamientos que en su momento adoptó, aunque con la falencia respecto de la adición, que ahora se presenta como hecho superado. Estas razones imponen ahora la ratificación del fallo objeto de la impugnación.

4.10.- Se notificará la decisión en los términos establecidos en el Decreto 2591 de 1991 y su reglamentario el 306 de 1992.

A mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, en Sala Dual de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por la autoridad que le otorga la Constitución Política,

RESUELVE

1º.- CONFIRMAR el fallo de tutela proferido por el **Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira** en cuanto fue materia de impugnación.

2º.- NOTIFICAR la sentencia en los términos descritos en el numeral 4.10 y enviar copia de la decisión al juzgado de instancia con el objeto de que se entere de lo resuelto y **REMITIR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO

MAGISTRADA

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MAGISTRADO