El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

**Providencia:** Sentencia - 2ª instancia - 20 de noviembre de 2017

**Proceso:** Acción de tutela – Confirma decisión del a quo que negó el amparo

**Radicación No.:**  66001-31-05-005-2017-00425-01

**Accionante:** Luz Elvira Román Carvajal

**Accionado:** ESE Hospital Universitario San Jorge y otras

**Magistrada Ponente:** Ana Lucia Caicedo Calderón

**Tema:**

 **Pago de aportes al sistema de seguridad social:** “El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno*”[[1]](#footnote-1)*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Noviembre 20 de 2017**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 3 de octubre de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Luz Elvira Román Carvajal**, en contra del **ESE Hospital Universitario San Jorge,** y la entidades vinculadas, **Misión Plus** y a la **Sociedad** **Resultados y Beneficios Temporales S.A.S**, a través de la cual pretende se le amparen los derechos fundamentales a la **dignidad humana, la seguridad social, la salud, la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso** y el **mínimo vital**.

#### La demanda

 Manifestó la accionante que se encuentra afiliada al régimen de prima media en seguridad social como empleada del Hospital Universitario San Jorge desde hace más de 10 años, donde cumple con labores de auxiliar de enfermería.

Indicó que en la actualidad tiene 45 años de edad, que el 14 de diciembre de 2014 sufrió ACV Isquémico en horas laborales por lo que fue hospitalizada hasta el 22 de diciembre, y desde ese momento inició toda clase de tratamientos para tratar el accidente, los cuales son: Neurología, Hematología, psicología, psiquiatría, neuropsicología, reumatología, medicina interna, clínica del dolor, medicina laboral entre otros.

 Refirió que desde el accidente ha estado incapacitada y recibiendo tratamiento médico farmacéutico.

Denunció que el Hospital Universitario San Jorge ha ejercido sus funciones de contratación de personal por medio de cooperativas y temporales, indicando que ella estuvo contratada hasta julio del presente año por Servitemporales, quien tenía contrato con el hospital, pero en julio del presente año terminó el contrato entre estas entidades, y el Hospital Universitario San Jorge inició otro contrato con la Cooperativa MISIÓN PLUS.

Reveló que desde la firma del contrato entre la Cooperativa Misión Plus y El Hospital Universitario San Jorge, le están vulnerado su derecho a la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la protección laboral reforzada, el debido proceso y el mínimo vital en conexidad con el derecho a la vida, porque desde ese momento no han cumplido con sus aportes a la seguridad social, a pesar de que se encuentra en estado activo como empleada incapacitada del empleador directo Hospital Universitario San Jorge.

Exhibió que el 17 de septiembre se acercó a la EPS Medimás para que le recetaran los medicamentos que son vitalicios para su tratamiento y para que le prorrogaran la incapacidad que se vencía ese día.

Expresó que acude a la acción de tutela, porque en su opinión, dieron un concepto sin tener en cuenta la integridad de su discapacidad, pues no tuvieron en cuenta el infarto cerebral (ACV Isquémico) que sufrió en diciembre de 2014, además, en el acápite probatorio de la calificación realizada por la Junta Nacional, no analizaron el diagnóstico de la secuela visual que sufre desde el accidente cerebral, por lo que la calificación no cumple con el principio de la integridad.

Conforme a los hechos narrados la actora solicitó que se amparen los derechos fundamentales a la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la estabilidad laboral reforzada el mínimo vital, el debido proceso en conexidad con el derecho a la vida, y en consecuencia, se ordene al Hospital Universitario San Jorge que en el término de 48 horas autorice y realice la activación y el pago de los aportes de seguridad social.

#### Contestación de la demanda

**Misión Plus S.A.S**

La representante legal de la Entidad indicó que para el mes de junio de 2017 les fue adjudicado, a través de proceso licitatorio, un contrato para el manejo de personal, que una vez otorgado, inició proceso de reclutamiento de personal, recibiendo hojas de vida de las personas que estuvieran prestando el servicio a la Entidad al igual que personas ajenas a esta, posteriormente realizó las pruebas y contrató a los que cumplieran con los requisitos, pero la accionante nunca hizo parte de este proceso de selección, enterándose hasta el día de hoy de su existencia.

 Advirtió que Misión Plus no es una cooperativa, que es una empresa de servicios temporales autorizada por el Ministerio del Trabajo, además que la empresa no está vulnerando los derechos de la accionante, toda vez que esta no tuvo ni tiene la calidad de trabajadora de la compañía y por ello no ha existido la obligación de realizar aportes a la seguridad social integral.

 Manifestó que se opone a todas las pretensiones formuladas, siempre y cuando afecten directa o indirectamente a Misión Plus.

**E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira**

 El Hospital Universitario San Jorge indicó que las empresas contratistas son los directos patronos de los trabajadores que vinculan, y aclaró que dicha entidad no podía contratar directamente porque se encontraba en un convenio con el Ministerio de Hacienda, Ministerio de Salud y Departamento de Risaralda por la crisis financiera del sector salud, donde se dispuso, entre otras, la imposibilidad de ampliación de la planta de personal asistencial.

Expresó que a través del Acuerdo 01 de 25 de febrero de 2015 se aprobó e implementó la planta de empleos de carácter temporal, y por medio de la Resolución N° 0795 de 26 de octubre de 2015 se establecieron los lineamientos que regularon los factores de selección para acceder a dichos empleos, que para el efecto se convocó a todas las personas interesadas en participar en la conformación de la planta de personal para que se inscribieran en el proceso de evaluación de mérito y competencias, que el 4 de abril de 2016 a través de la resolución 0223, convocaron nuevamente a todas las personas interesadas en participar, pero en ninguna de las convocatorias se evidenció la participación de la accionante.

Manifestó que la E.S.E Hospital Universitario San Jorge ha cubierto mediante vinculación laboral directa las vacantes de enfermera profesional, contratando con la empresa Resultados y Beneficios S.A.S y Misión Plus solo las novedades (vacaciones, incapacidades, licencias de maternidad). Por lo que la accionante sólo fue contratada por el término que se requería para cubrir la novedad.

Indicó que la Entidad no es la encargada de garantizar la seguridad social o reconocimiento de prestaciones o remuneraciones salariales de una trabajadora vinculada a otra empresa. Agregó que tampoco tenía por qué saber de las incapacidades de las trabajadoras de la empresa contratista, toda vez que la obligación de esta empresa es la de enviar el personal que reúna los requisitos para desarrollar las actividades que requiere el Hospital, es así que al presentarse la incapacidad de la tutelante la empresa contratista debía enviar un reemplazo para cubrir las obligaciones contractuales.

Solicitó que se desestimen en su integridad las pretensiones y se acojan todos los planteamientos, pruebas y razones de la defensa, por cuanto no le asiste ningún derecho a la demandante.

**Resultados y Beneficios Temporales S.A.S**

Mediante Auto del 2 de octubre de 2017, el Juzgado vinculó a la Sociedad Resultados y Beneficios Temporales S.A.S, sin embargo, conforme a las constancias secretariales (fl.81-83) le fue imposible la notificación del presente trámite a dicha Entidad, pese a que el Juzgado trató por todos los medios de lograr la comparecencia de esta.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado no tuteló los derechos fundamentales de la señora Luz Elvira Román Carvajal, al considerar que no es admisible predicar la responsabilidad de las entidades que comparecieron al trámite, debido a que presuntamente la accionante no es empleada de las personas convocadas a la Litis, dado que ya está desvinculada del servicio, y no es posible que las personas aquí demandadas asuman la responsabilidad de las cotizaciones para que se sigan prestando los servicios médicos que requiere la actora.

Resaltó que existe otro medio de defensa judicial idóneo (proceso ordinario laboral - contencioso administrativo), para pregonar la desnaturalización del trabajo en misión y opere la figura jurídica de la solidaridad, en este caso en cabeza de la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, trámites propios del proceso ordinario que escapan del resorte del Juez Constitucional y, que por claras razones no podrán ser expuestas en esta acción, dada entre otras, la falta de elementos de certeza que permitan predicar la aplicación de la figura en comento.

Instó a la señora Luz Elvira Román Carvajal para que se acerque a las dependencias competentes a tramitar su afiliación al Sistema de salud y de Seguridad Social en Pensiones bajo el régimen subsidiado, o como persona vinculada al sistema, con el propósito de que se continúe la prestación del servicio de salud requerido y no vea comprometidos sus derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana.

#### Impugnación

La señora Luz Elvira Román Carvajal impugnó la decisión indicando que la decisión no se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, que se fundó en consideraciones inexactas o erróneas, manifestó que la Jueza incurre en error esencial de derecho y que no examinó sus argumentos acerca de la conducta omisiva por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Manifestó que el Hospital Universitario San Jorge vinculando a Misión Plus y Servitemporales, aduce que no tiene ningún vínculo laboral con ella, por lo que aclaró que en ninguna ocasión recibió notificación de finalización del contrato, lo cual no sería legal por su deplorable estado de salud.

Informó que al igual que el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, ha intentado ubicar a la Sociedad Resultados y Beneficios Temporales S.A.S (Servitemporales) pero le ha sido imposible.

Por lo anterior, solicitó que se ordene a la E.P.S Medimás a que la atiendan, y continúen el tratamiento que viene realizando desde el año 2014, el cual necesita con urgencia por su deplorable estado de salud y que requiere de vital urgencia para no atentar con su vida, igualmente, que le formulen los medicamentos que le ordenaron, de manera indefinida, para el tratamiento con el fin de evitar un nuevo un infarto cerebral (ACV ISQUEMICO). Por otro lado, que se ordene al Hospital Universitario San Jorge el pago inmediato de los aportes a la seguridad social, pues tiene el derecho adquirido como empleada de esa Entidad, y se oficie a la Oficina de Trabajo para que dé información sobre la Sociedad Resultados y Beneficios Temporales S.A.S (Servitemporales).

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Se presenta en el caso objeto estudio, vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso y el mínimo vital de la señora Luz Elvira Román Carvajal, por parte del E.S.E Hospital Universitario San Jorge y las entidades vinculadas, Misión Plus y Servitemporales, al no realizar los aportes a seguridad social?

* 1. **Notificación de la demanda de tutela**

En cuanto a la notificación de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha considerado que si no se hace en debida forma, se está vulnerando el derecho al debido proceso de las partes que pueda afectar la decisión. Así lo expresó en el Auto 123 de 2009, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio:

*“1. La notificación de las providencias judiciales en materia de tutela.*

*La Corte ha señalado en varias oportunidades que la notificación es “el acto material de comunicación a través del cual se ponen en conocimiento de las partes y de los terceros interesados las decisiones proferidas por las autoridades públicas, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales” , con la finalidad de que éstas conozcan su contenido y puedan así atacarlas o controvertirlas en defensa de sus intereses, siendo uno de los actos procesales más importantes, pues en él se concretan los derechos fundamentales de defensa, contradicción y debido proceso de que trata el artículo 29 superior.*

*Ahora bien, son varias las disposiciones contenidas en los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 que regulan el procedimiento de notificación de la acción de tutela. Al respecto el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 dispone que:*

*“Las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz”.*

*Por su parte, el artículo 5º del Decreto 306 de 1992 indica:*

*“De conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, todas las providencias que se dicten en el trámite de una acción de tutela se deberán notificar a las partes o a los intervinientes. Para este efecto son partes la persona que ejerce la acción de tutela y el particular, la entidad o autoridad pública contra la cual se dirige la acción de tutela de conformidad con el artículo 13 del decreto 2591 de 1991. El juez velará porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación aseguren la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa”. (Subrayado fuera del texto original).”*

* 1. **Pago de aportes al Sistema de Seguridad Social**

La ley 100 de 1993 en su artículo 22 estableció la obligación del empleador a realizar el pago de los aportes en seguridad social.

*“ARTICULO. 22.-Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.*

*El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”*

* 1. **Caso en concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito que se protejan los derechos fundamentales a la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso y el mínimo vital de la señora Luz Elvira Román Carvajal, toda vez que los considera vulnerados por parte del E.S.E Hospital Universitario San Jorge al no realizar el pago de la seguridad social.

La Jueza de primera instancia no amparó los derechos de la accionante, al considerar que no es posible predicar la responsabilidad de las entidades que comparecieron al trámite, además, porque existe otro medio de defensa judicial idóneo para pregonar la desnaturalización del trabajo en misión y que opere la figura jurídica de la solidaridad.

La señora Luz Elvira Román Carvajal impugnó la decisión, argumentando que no se tuvo en cuenta los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, que en ninguna ocasión recibió notificación de finalización del contrato, indicando que no sería legal por su deplorable estado de salud. Solicitó que se ordene a la E.P.S Medimás que la atienda, y continúen el tratamiento que viene realizando desde el año 2014, el cual necesita con urgencia y que se ordene a ESE Hospital Universitario San Jorge realizar el pago de los aportes en seguridad social.

 Analizando las pruebas aportadas en la demanda, se puede inferir que la señora Luz Elvira Román Carvajal fue contratada por la Sociedad Resultados Beneficios Temporales S.AS, pues como se aprecia a folio 7- cuaderno de primera instancia, era dicha entidad la que realizaba el pago de la seguridad social, tal como lo establece la ley 100 de 1993 en su artículo 22, por lo que la decisión de la Jueza de primera instancia, de no dar la orden al Hospital Universitario San Jorge o a la Sociedad Misión Plus, como lo pretendía la accionante, se encuentra acertada, pues prima facie no existe prueba que permita concluir que estas eran las empleadoras.

Teniendo en cuenta lo anterior, de haber prosperado el amparo, la orden se debía dar a la Sociedad Resultados y Beneficios Temporales, lo que resulta improcedente, porque no fue posible notificar la demanda de tutela a esta entidad, como se evidencia a folios 80 a 83 – cuaderno de primera instancia, y al condenarla se vulneraría su derecho al debido proceso.

Respecto a la solicitud que presenta la accionada en la impugnación, de ordenarse a Medimás prestar el servicio y seguir con el tratamiento médico, encuentra la Sala que no es posible en esta instancia resolver dicha solicitud, ya que no fue realizada en la demanda de tutela.

Frente al hecho de que la accionante no fue notificada de la terminación del contrato, o de cuál es el empleador de esta, debe decir la Sala, que tal como lo indicó la Jueza de instancia, la accionante cuenta con otros medios idóneos para que se resuelva la controversia, pues no es el Juez Constitucional el indicado para hacerlo.

Finalmente, frente al argumento de la impugnante, de que la Jueza no examinó sus argumentos acerca de la conducta omisiva de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, debe decir el Despacho, que si bien en la demanda de tutela se hace referencia a este hecho, la accionante no indica cómo están siendo vulnerados sus derechos fundamentales con la presunta omisión, y tampoco se encuentra relación alguna con los demás hechos de la acción, tanto así, que en las pretensiones no realizó pronunciamiento alguno en contra de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, motivo por el cual la Jueza de instancia no vinculó a dicha Junta y no se pronunció sobre el tema.

Ahora, como quiera que para esta Sala tampoco queda claro cuáles son los reproches que se le hacen a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ni la relación de ello con lo pretendido en esta acción, se considera acertada la decisión de la Jueza de primer grado.

Por lo expuesto se confirmará la decisión de primera instancia.

Corolario de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 3 de octubre de 2017.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**

1. Ley 100 de 1993. [↑](#footnote-ref-1)