

SU562-99

Sentencia SU-562/99

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

La doctrina ha considerado que en principio, el derecho a la salud no es un derecho fundamental. La jurisprudencia colombiana, sigue esta orientación, de ahí que la protección tutelar a la salud opera en conexión con el derecho a la vida, luego si hay peligro de que ésta sea afectada cabe la acción de tutela. Con este punto de apoyo garantista la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege muchos casos en relación a la prestación del servicio de salud.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Ausencia de cotización/EMPLEADOR-Responsabilidad por no descuento y giro de aportes en salud

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contenido constitucionalmente protegido

TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Incumplimiento en pago de aportes en salud

TRABAJADOR DEPENDIENTE-Incumplimiento en pago de aportes en salud por empleador

EMPLEADOR-Mora de aportes en salud

TRABAJADOR DEPENDIENTE-Suspensión de afiliación resulta desproporcionada debido al no pago de aportes en salud por empleador

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Sujeción a principios

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Carácter mixto para trabajadores asalariados o beneficiarios

SALUD-Servicio público esencial

El principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la "garantía de la seguridad social" establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P. que, para efectos de los contratos suspendidos de trabajo tiene un argumento adicional en la ley 222 de 1995.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD POR EMPLEADOR EN CONCORDATO-No suspensión/PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD POR EMPLEADOR EN LIQUIDACION-No suspensión

En la legislación colombiana, aunque el empleador se halle en proceso de concordato no podrá suspenderse la seguridad social en salud a los trabajadores. Aunque no se mencionen en el artículo los casos de liquidación obligatoria esto no borra los principios de los servicios

públicos, uno de ellos muy importante: la continuidad, ni menos el principio de garantizar la seguridad social establecido en el artículo 53 de la C.P. Por supuesto que, emanando la prestación del servicio de la relación laboral, lo correspondiente a dicho servicio es crédito privilegiado.

SUSPENSION DE CONTRATO DE TRABAJO-Se mantiene prestación de seguridad social

SUSPENSION DE CONTRATO DE TRABAJO-Se mantiene atención en salud de trabajadores

SUSPENSION DE CONTRATO DE TRABAJO-Asunción servicio de salud por empleador por mora en aportes

SUSPENSION DE CONTRATO DE TRABAJO-Ante incumplimiento del empleador en prestación del servicio de salud procede la tutela contra la EPS

SUSPENSION CONTRATO DE TRABAJO-Empleador debe cubrir totalidad de cotización a EPS

En cuanto al monto de la cotización a la EPS, el empleador debe cubrirla en su totalidad, porque sería injusto que el trabajador pagara un porcentaje, sin recibir salario, y, jurídicamente el empleador asume la totalidad del monto a cubrir porque no de otra manera se puede entender lo establecido en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 53 de la Constitución.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliación es al sistema y no a la EPS

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Sanciones por no pago de aportes

EMPLEADOR-Sanciones por no pago de aportes en seguridad social

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Obligación de cobrar aportes al empleador

Referencia: Expedientes T-192384 y T-193556 (acumulados).

Solicitantes: Robeiro Montoya y otros y Oscar Quintero

Procedencia: Tribunal Superior de Medellín y Juzgado 2° Laboral de Cali

Temas:

La continuidad en el servicio público de salud en el caso de los trabajadores con contrato suspendido

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Eduardo Cifuentes Muñoz, quien la preside, Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón

Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alvaro Tafur Galvis en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Se trata de los casos contenidos en los expedientes T-192384 y T-193556, ambos contra el Instituto de Seguros Sociales. Por decisión de la correspondiente Sala de Selección fueron acumulados y por determinación de la Sala Plena deben ser fallados por la Corporación en pleno. Igualmente por decisión de la Sala Plena los términos se suspendieron desde el 21 de junio hasta el 2 de julio del presente año.

1. SOLICITUDES:

1. 1.1. La solicitud que dio origen a la T-192384 fue presentada en Medellín el 29 de septiembre de 1998. Firman la petición trabajadores de Quintex S. A., en la localidad de Sabaneta, empresa ocupada por los trabajadores desde cuando ocurrió la liquidación de aquella. Los peticionarios son: Robeiro Montoya, quien expresa hablar a nombre de él y del sindicato, y además: David Alvarez, John Jairo Alzate, Héctor Calle, Guillermo Cañas, José Santos Castillo, Alonso Córdoba, Hugo Alberto Díaz, Guillermo Durango, Oscar Espinoza, Pedro Luis Garcia, Jesús Maria Gil, Rodrigo Hernández, Armando Herrera, Gabriel Hurtado, Antonio Jaramillo, Rodrigo Jaramillo, Bernardo Jurado, Argemiro López, Luz Helena Martínez, Luis Fernando Mejía, Mario Montoya, Maria Mora, Medardo Múnera, William Ospina, Benjamin Ospina, Orlando Palacio, Norberto Patiño, Martiniano Rendón, Carlos Restrepo Montoya, Carlos Restrepo Ramírez, John Jairo Restrepo, Dario Robledo, Luis Fernando Rojas, Juan Román, Jairo Sánchez, Juan Serna, Guillermo Tamayo, Ricardo Torres, Julio César Tobón, Arcadio Uribe, Jairo Uribe, Pedro Valcárcel, Carlos Velilla, Jaime Zuluaga y Juan Taborda. (Otras personas aparecen en el escrito de tutela pero no firmaron la solicitud). Se dice, en el expediente que antes de presentarse la actual tutela ya se había formulado la acción contra Quintex S.A., pero que no prosperó la tutela contra la empresa, porque según los jueces de instancia la acción debería instaurarse contra el ISS, de ahí que es contra esta última institución que se presenta la tutela materia de la revisión.

1. Solicitan quienes instauran la tutela que se ampare “el derecho fundamental a la seguridad social y la salud” porque no se les presta atención médica ni hospitalaria por cuenta del ISS, ya que éste aduce que la empresa Quintex S. A. está en mora de pagar las cotizaciones correspondientes. En sentir de los peticionarios, se les han violado los derechos consagrados en los artículos 1 y 48 de la C. P. y en el artículo 104 de la ley 222 de 1993.

1. En oficio dirigido al juez de primera instancia, el ISS afirma que “Desde el año 1995 la empresa Quintex se encuentra en mora en el pago de los aportes en salud, operando la desafiliación de los trabajadores de esa empresa con la EPS-ISS como lo dispone el artículo 58 literal a) del decreto 806 de 1998”. Expresa el ISS que quien está amenazando el derecho a la seguridad social en el presente caso es el empleador. Cita en su favor los siguientes artículos: 104 y 147 de la ley 222 de 1995, 160, 162, 177 y 209 de la ley 100 de 1993, inciso 1° del artículo 7°, 8°, 75 y 76 del decreto 806 de 1998, 42 del decreto 326 de 1996, 3° del decreto 1156 de 1996, 29 del decreto 1818 de 1996, 2° del decreto 183 de 1997, entre otras disposiciones.

1.2.1. La otra tutela que se acumula (T-193556) fue presentada por el trabajador de Quintex S.A., Oscar Quintero, él la instauró contra el Instituto de Seguros Sociales el 6 de noviembre de 1998. Dicho trabajador laboraba en Quintex, en Yumbo, donde también trabajaban anteriormente 664 personas; actualmente solo hay 17 personas laborando en servicios administrativos, vigilancia y mantenimiento. Afirma Quintero que se le violaron los derechos a la seguridad social y al estado social de derecho y pide en consecuencia que se le ordene al ISS que “preste los servicios no solo a mi, sino también a los beneficiarios, quienes pueden requerir eventualmente de la prestación de estos mismos servicios médicos”.

1.2.2. Según el ISS, no era procedente la tutela del señor Quintero y, además, alegó que según los artículos 57 y 58 del decreto 806 de 1998, se pueden suspender y desafiliar aquellas personas cuyo empleador no cancele los aportes por salud a la EPS, en cuyo caso la responsabilidad de la prestación del servicio de atención médica corre por cuenta del empleador.

Las sentencias que son materia de revisión son las proferidas dentro de los dos expedientes antes indicados:

2.1. En el expediente T-192384, el fallo de primera instancia lo dictó el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el 13 de octubre de 1998. No accedió a las peticiones porque no se acreditó, en principio, que alguno o algunos de los solicitantes requiriera del servicio de salud.

En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el 20 de noviembre de 1998, confirmó la sentencia que había sido impugnada, agregando el ad-quem que los trabajadores pueden acudir a la vía judicial ordinaria si consideran incumplida la obligación de la asistencia médica y cita al efecto el artículo 1° de la ley 362 de 1997 en cuanto dice: “La jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente, ...de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuye la legislación sobre el Instituto de los Seguros Sociales; y de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de seguridad social integral y sus afiliados”.

2.2. En el expediente T- 193556, la sentencia fue proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Cali, el 20 de noviembre de 1998. Se denegó la petición porque no se señaló ni demostró la urgencia y necesidad de los servicios médicos por parte del solicitante o de

alguno de sus beneficiarios.

3. ANTECEDENTES PARA LOS DOS CASOS ACUMULADOS

3.1. La empresa Quintex S. A (antes Celanese) operó en varios municipios del país, entre ellos Sabaneta y Yumbo. Actualmente está en proceso de liquidación obligatoria ante la Superintendencia de Sociedades (auto de 3 de septiembre de 1996). Se designó como liquidador al señor Carlos Torres Hurtado, quien el 25 de octubre de 1996 les informó a los trabajadores de la empresa Quintex que a partir del 31 de dicho mes y año quedaban suspendidos los contratos de trabajo en forma indefinida por la causal 1ª del artículo 51 del C.S. del T., “esto es, por existir una situación de fuerza mayor que impide la ejecución de los contratos”. El sindicato protestó por la medida, por cuanto, en su sentir, era indispensable la autorización previa de las autoridades administrativas laborales y porque la liquidación obligatoria no configura caso de fuerza mayor. Según Quintex, el 31 de octubre de 1996 se comunicó al Ministerio del Trabajo sobre la suspensión de los contratos de trabajo.

El Ministerio del Trabajo, mediante Resoluciones 1214 de 1996 y 0651 de 1997 resolvió investigar administrativamente a la empresa Quintex S. A. por presuntas irregularidades en cuanto a la suspensión de actividades, pero el 31 de enero de 1997 determinó que para poder calificar si la declaración de liquidación obligatoria de la compañía Quintex constituye un caso de fuerza mayor que autorice la suspensión de los contratos de trabajo, se necesita que este aspecto lo defina la justicia laboral. Sin embargo, hubo otras Resoluciones aparentemente contrarias: la Resolución 371 de 24 de febrero de 1997 del inspector del Trabajo en Bogotá, y la 2035 de 1998 que la confirmó, las cuales declararon no probada la fuerza mayor o caso fortuito en el caso de Quintex; es decir, no hay suficiente claridad y coherencia en los distintos pronunciamientos del Ministerio del Trabajo. Quintex S.A. demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca las Resoluciones 371 de 1997, 1324 y 2035 de 1998.

3.2. Consta que Quintex incurrió en mora respecto a las cotizaciones al ISS, entidad en la cual están afiliados los trabajadores de dicha empresa. Para unos pocos de ellos (al parecer quienes están en labores de mantenimiento de la maquinaria) sí había habido pagos de tales cotizaciones, aunque intermitentes o parciales. El 20 de octubre de 1997 el ISS le solicitó a Quintex el pago de los aportes debidos con posterioridad a la fecha de iniciación de la liquidación. El 12 de marzo de 1999, en comunicación interna, el Departamento Nacional de Cobranzas le dice a la Seccional del Valle del ISS, que “en la actualidad la empresa (Quintex) es responsable por los servicios de salud de los trabajadores, conforme a lo señalado en los artículos 8 y 57 del decreto 806 de 1998. Es decir, que si el ISS le presta servicios a los trabajadores (de Quintex) esos servicios deben ser facturados y cobrados por intermedio de la seccional del ISS en el Valle, directamente a Quintex”; en el mismo comunicado se indica que a los trabajadores de Quintex se les suspenden los servicios asistencias (queda aclarado que no se les canceló el servicio). A su vez, el propio liquidador de Quintex S. A. le solicitó a la Presidencia del ISS que se preste atención médico-asistencial a los trabajadores de la empresa, aún en caso de mora, y ofreció algunas formas de pago que inicialmente el ISS no aceptó. Y a su vez la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 0376 de 9 de marzo de 1999 sancionó a Quintex con multa de 30 salarios mínimos legales mensuales por violar el numeral 2º del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, advirtiéndole que el pago de la

multa no la exime de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud y a la aplicación del artículo 230 de la citada ley.

3.3. Estando en trámite en la Corte Constitucional la presente acción de tutela, llegó a la Corporación, tanto de parte de Quintex como de parte del ISS, copia de un convenio suscrito entre dichas entidades según el cual se ha solucionado el problema de la mora porque se han pagado los aportes hasta el mes de marzo de 1999, inclusive, así como el recibo de pago de los aportes del mes de abril de este año, para, en palabras del representante de Quintex, "De esta manera, entonces, cesan las posibles amenazas de los derechos fundamentales de los solicitantes". Ese acuerdo, firmado por Jaime Arias, Presidente del ISS y Carlos Torres, representante legal de la sociedad deudora (en su calidad de liquidador) en cuanto a las fechas y cantidades de pagos por deuda e intereses, que aún se deben pero que el convenio señala cómo se cubrirán, es del siguiente tenor:

CUOTA

Nº

FECHA

PAGO

SALDO

INICIAL

ABONO A

DEUDA

INTERESES

DE FINANC.

1

DIC. 01 1999

\$460.356.371

63.135.973

83.345.948

2

MAR.01 2000

397.220.398

68.034.782

30.820.884

3

JUN.01 2000

329.185.616

73.313.695

25.541.971

SEP. 01 2000

255.871.921

79.002.207

19.853.459

5

DIC. 01 2000

176.869.715

85.132.098

13.723.568

6

MAR. 01 2001

91.737.617

91.737.616

7.118.049

TOTAL

460.356.371

180.403.879

4. LA TUTELA DE MEDELLIN

4.1. Inicialmente no se precisó cuál era la atención médica que requerían los solicitantes de la tutela. Posteriormente, hubo prueba solo respecto de tres de ellos: en el caso de Natalia Gutiérrez, en su condición de esposa del trabajador Juan Román, se dice que ella necesita cirugía urgente en el oído izquierdo; también está el caso de Pedro Valcárcel por su deficiencia visual; y el caso de Hugo Diaz respecto de quien se probó afección coronaria, hay certificaciones del ISS sobre afiliación del señor Hugo Diaz Valencia de acuerdo con el archivo provisional de vinculaciones actualizado a 14 de julio de 1998. En el caso del señor Pedro Gustavo Valcárcel Ramos, él aparece en el listado de los afiliados de Quintex al Seguro Social en certificación expedida el 11 de marzo de 1999 y que según el ISS es un listado que reposa en el archivo provisional de vinculaciones actualizado según ya se dijo a 14 de julio de 1998; (sin embargo, hay que aclarar que el Tribunal Superior de Medellín, el 30 de octubre de 1998, otorgó permiso para despedir al trabajador aforado Pedro Gustavo Valcárcel). Y respecto del afiliado Juan Román la prueba indica que no aparece como beneficiaria de él la señora Natalia Gutiérrez, y por eso no existe historia clínica de ella en el ISS.

4.2. Posteriormente se relacionaron como personas también afectadas en su salud (diferentes a los casos antes indicados), las siguientes: Pedro Luis García, en cuanto su beneficiaria Rosa Zapata según la historia clínica requiere tratamiento para enfermedad coronaria, coleristectomía, amigdalectomía e histeroectomía. Jesús María Gil quien requiere tratamiento por hipertensión y por hipercolestomía; hay que agregar que respecto del mencionado señor Gil, el 21 de marzo de 1999 hay sugerencia escrita de la necesidad de servicios de salud. Otro caso es el de Carlos Velilla quien sufre de hipertensión y está en permanente consulta en el ISS desde 1987 y se le suspendió el tratamiento el 10 de octubre de 1997, y el propio gerente del ISS certifica en 1999 que requiere medicamentos permanentes. En el caso de Elena Montoya hay prueba de que requiere biopsia de mama izquierda, con orden médica del ISS de ser operada en la clínica Las Américas (orden que se dio el 10 de febrero de 1998 y no se ha cumplido). Y, por último, la situación del hijo del trabajador Arcadio Uribe, el joven Daniel Arcadio Uribe, quien requiere que le hagan cirugía de tabique.

5. HECHOS EN LA TUTELA DE CALI:

5.1. Conforme ya se indicó, el solicitante Oscar Quintero pide atención para él y sus beneficiarios. En los registros del ISS, Quintero no solo aparece como trabajador de Quintex, sino también figura como trabajador de la empresa "Cooperativa de trabajo asociado de Colombia". Sus beneficiarios no están en los listados del ISS. Es más, en el caso concreto de Cali, el ISS ordenó atender a los trabajadores de Quintex, favorecidos por numerosos fallos de tutela, con la advertencia de que se levantaría factura especial para el recobro a la empresa y Quintero no figura dentro de los favorecidos.

5.2. Tampoco hay prueba alguna de que requieran atención médica ni el solicitante ni los presuntos beneficiarios. Por el contrario, en el expediente sí hay referencia de no atención a otras personas que no son beneficiarios de Oscar Quintero, (Ayda Arango, Luz Stella Mejía, Blanca Castaneda, Mariela Delgado) pero respecto de ellas no se instauró la tutela.

5.3. Se agrega que contra ISS se propusieron en Cali muchas tutelas, prosperando casi todas. Una de ellas, fallada el 27 de agosto de 1998 por el Juzgado Segundo Laboral de esa

ciudad, favoreció a decenas de trabajadores de Quintex, pero no a Quintero. De ahí que el ISS les ha venido prestando el servicio médico a quienes han obtenido sentencia de tutela favorable.

6. PRUEBAS PRACTICADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Se pidió prueba documental y se practicaron diligencias de inspección judicial en las dependencias de Quintex en Cali y Medellín y en las oficinas del ISS en Santafé de Bogotá, Medellín y Cali. Los elementos de juicio que surgen de tales pruebas son los siguientes:

6.1. El Instituto de Seguro Social, en abril del año pasado, mediante la circular 171 estableció los períodos mínimos de cotización para las enfermedades de alto costo. Esto concuerda con el hecho de que el 30 de abril de 1998 se expidió por el gobierno nacional el decreto 806, en donde igualmente señala los períodos mínimos de cotización. Se informó en la inspección judicial, que cuando los usuarios no cumplían con las semanas cotizadas y pretendían acceder al servicio de salud, el Seguro le informaba al usuario cuál era el porcentaje que debía pagar. En ocasiones había usuarios que no pagaban nada¹ y reclamaba el servicio.

6.2. Para el ISS las enfermedades de alto costo afectan su presupuesto. Se dice que por el tratamiento a un enfermo afectado por VIH genera un valor mes por paciente de \$1.000.000 y se afirma que hay aproximadamente 9.000 pacientes VIH adscritos al programa a nivel nacional. Esto incide en el problema presupuestal que se viene presentando al interior del Seguro Social, porque muchas veces no se cumple con el deber del Fondo de Solidaridad y Garantía de reintegrar oportunamente al ISS el valor de medicamentos entregados al paciente y que no figuran en el listado oficial y que por sentencias de tutela se ha ordenado que tales medicamentos sean dados.

6.3. Por otro aspecto, la demora, en cuanto a organización administrativa, en la atención a los pacientes y que es el principal motivo para que se instauren tutelas, también tiene como causa el retardo en los traslados presupuestales desde la capital de la República. Es así como el presupuesto de la seccional Antioquia, al igual que los de todas las seccionales, son asignados mediante Resoluciones proferidas en Bogotá, las cuales no tienen una secuencia ordenada, pues dependen de las disponibilidades presupuestales que desde Bogotá se determinen. De todas maneras el presupuesto que envía Bogotá nunca es suficiente para cubrir las necesidades en salud de los usuarios en provincia. Por eso, en las seccionales se atienden primero los servicios urgentes y lo determinado en las órdenes de tutelas. Pero, de todas maneras, este trato preferencial no desdibuja las dificultades de la irrigación presupuestal.

6.4. En el tema de la distribución presupuestal, se tiene por ejemplo que en el presente año, en lo que concierne a Antioquia, hubo traslados de la apropiación del presupuesto de gastos de la unidad estratégica de negocios de salud EPS del ISS a nivel nacional para la vigencia fiscal de 1999, mediante los siguientes traslados específicos: por medio de la Resolución 0057 de 1999 se trasladó para servicios de alto costo \$1.110.583.000,00; mediante Resolución 0299 de 15 de enero de 1999 se destinaron para compra de servicios de salud \$ 120.446.000,00; mediante Resolución 326 de 19 de enero de 1999 se trasladó para el reconocimiento de algunas cuentas a clínicas privadas \$2.551.000.000,00; mediante Resolución 0338 de 19 de enero de 1999 se trasladaron para los servicios de alto costo: \$

1.110.583.000,00 y para atención de usuarios de otras seccionales \$ 200.000.000,00; con base en la Resolución 0388 de 27 de enero de 1999 se trasladaron \$1.289.586.000,00 para pagarle al Hospital Roldán Betancur y al Hospital San Rafael de Girardota; mediante Resolución 0459 de 2 de febrero de 1999 se giraron para cuentas por pagar correspondientes a 1998, la cantidad de \$4.003.580.096,00; mediante Resolución 0464 de 2 de febrero de 1999 se destinaron \$2.230.000.000,00 para compra de servicios de salud y \$ 100.000.000,00 para atención de otras seccionales; mediante Resolución 0597 de 12 de febrero de 1999, se destinaron para compra de servicios de salud: \$1.104.693.000,00; el 15 de febrero de 1999 (Resolución 0610) se trasladaron para pagar lo debido en el Instituto de cancerología, en el hospital San Vicente y en otras clínicas: \$5.233.337.000,00; se asignó el 17 de febrero de 1999, la suma de 50 millones para atención de pacientes de otras seccionales (Resolución 0627); luego el 25 de febrero de 1999 (Resolución 0721) se destinó la cantidad de 300 millones de pesos para cumplir órdenes dadas en acciones de tutela; y, posteriormente se hizo otro traslado, para el período marzo-diciembre, por la cantidad de \$14.977.350.000,00, en el rubro contratación de servicios de salud, (Resolución 0744 de 1° de marzo de 1999). Suma en total: \$34.771.158.096,00 lo entregado para este año a la seccional Antioquia. Como se aprecia, para el pago específico de órdenes de tutela los trescientos millones no alcanzan ni a ser el 1% de los treinta y cuatro mil setecientos setenta y un millones de pesos girados a la seccional de Antioquia en este año. Luego no se puede señalar a la tutela como factor determinante en la llamada crisis del ISS.

En el caso del Valle del Cauca, el ISS debe 5.400 millones de pesos a las empresas que proveen los medicamentos, también se les debe una gran cantidad a las IPS; la seccional ha tenido que hacerse parte en 59 concordatos, en 9 liquidaciones obligatorias y en 4 liquidaciones administrativas forzosas.

6.6. Igualmente se afecta, así sea en mínima parte, el presupuesto del ISS porque los trabajadores independientes, aproximadamente un 2% (pasan de 30.000 en un universo de 1.800.000 aproximadamente, de afiliados en el departamento de Antioquia) pagan en forma intermitente, lo que quiere decir que generalmente lo hacen cuanto requieren la atención y el resto de tiempo no pagan.

6.7. Otra situación, esta sí muy determinante, que influye en los problemas del ISS, es lo que ocurre en las empresas que están en liquidación obligatoria o en concordato, que generalmente no pagan los aportes y en ocasiones no tienen bienes a través de los cuales el ISS pueda garantizar deudas. Hay ofrecimientos de pago con bienes muebles e inmuebles, daciones en pago que no compensan la deuda que tienen como el Seguro, ni siquiera en un 20%. Lo concreto es que al ISS le ha tocado hacerse parte solo en Bogotá en 217 procesos liquidatorios reclamando una deuda de mas de veintiséis mil setecientos cincuenta millones de pesos (\$26.750.322.924,00) y en 232 procesos concordatorios reclamando mas de veintiún mil quinientos millones de pesos (\$21.585.173.607,00).

6.8. La mayor parte de esas reclamaciones por deudas grandes al ISS se llevan en Bogotá. En el caso de QUINTEX, el ISS se hizo presente con el crédito en el trámite concordatario y posteriormente con el requerimiento, en la Superintendencia de Sociedades en Bogotá. En la Junta Asesora de la Liquidación actúa, a nombre del ISS, el doctor Norman Cañaveral Ospina. El 9 de marzo de 1999, en la reunión de la mencionada Junta se indagó sobre el convenio de

pago de las cotizaciones de Quintex y quedó consignado en el acta: “Con el Seguro Social se iniciaron las conversaciones y pese a que ellos exigían el pago del 12% y no del 8% como prevé la ley, la administración accedió a ese requerimiento. Sin embargo el convenio no pudo ser suscrito, porque el seguro exigía como requisito indispensable, un plazo cierto para el pago del pagaré, y sobre todo, un cumplimiento riguroso del pago mensual de la cotizaciones”. Ocurre que, como ya se dijo anteriormente, el convenio se protocolizó semanas mas tarde y en la actualidad el problema ha sido superado.

6.9. Ante esta situación de morosidad de muchas empresas, de evasión en el pago de aportes, de incumplimiento del propio Estado y de falta de fluidez en el envío de dinero a las seccionales, surge, como es obvio, dificultad en la prestación del servicio de salud, de ahí que el usuario acuda a la tutela. Siguiendo con el ejemplo de Antioquia, en el organigrama del ISS el grupo de tutelas se fortalece a raíz de tantas acciones. Es así como este grupo está integrado hoy en Medellín hoy por 16 médicos dedicados a atender médicamente a los pacientes que instauran las acciones de tutela. Esos médicos antes cumplían funciones administrativas. Igualmente, del personal administrativo se destinó para apoyo al rededor de otras 16 personas, aunque hay un solo abogado por el momento. Ese grupo depende directamente de la gerencia de la EPS y la abogada de la Dirección jurídica seccional. El grupo de tutelas desarrolla sus actividades desde el mismo momento en que a la seccional le es notificada la admisión de la demanda de acción de tutela. Hay que agregar que una vez que se presenta la acción de tutela se inicia un trámite especial para que los servicios se presten rápidamente al peticionario, por lo que en la mayoría de los casos se presta el servicio con la sola notificación de la iniciación de la tutela. En ocasiones, cuando hay problemas graves de disponibilidad presupuestal se espera el fallo de tutela para ordenar luego la prestación del servicio médico.

6.10. Dentro del ISS está reglamentado que hay servicios urgentes, prioritarios y electivos; y dependiendo de la categoría que tenga el procedimiento se establece en el tiempo y en el espacio el trámite a seguir. Lo anterior quiere decir que normalmente, cuando no se instaura tutela, la oportunidad de la atención depende de la prioridad del procedimiento. Eso lo determinan los médicos evaluadores de la central de información salvo que haya una orden de tutela. Los procedimientos urgentes se autorizan inmediatamente con la limitación de que a veces no existe la disponibilidad presupuestal, cuando esto sucede es necesario conseguirla a como de lugar, dependiendo de la actividad del gerente. Claro que las hemodiálisis y diálisis de los pacientes con insuficiencia renal crónica no se han dejado de autorizar. Una vez evacuados los procedimientos urgentes se le da trámite a los procedimientos prioritarios que son aquellos que por su patología ameritan una atención preferencial pero que en el momento no ponen en peligro la vida del paciente. Queda un grupo de procedimientos electivos para los cuales la central de autorizaciones debe contar con la asignación presupuestal para la realización. La oportunidad de la atención está de acuerdo con el tipo de patología en su clasificación. Pero lo más complejo es la disponibilidad presupuestal y la aceptación del contratista (IPS) para la recepción del paciente. Esos tratamientos electivos son demorados porque aunque le causen malestar al paciente el ISS cree que definitivamente no ponen en peligro su vida, por ejemplo juanetes, lipomas, quistes (que no tengan sospecha de cáncer), artrocopias, manoplastias, ascensos ginecológicos, luego estos procesos se demoran más o menos de tres a doce meses dependiendo de los factores anotados. Para los tratamientos prioritarios la demora es de un mes

aproximadamente mientras que si existe acción de tutela, los tratamientos se programan en los términos señalados por el fallo.

6.11. Como se aprecia, por la limitación en la asignación presupuestal, en seccionales como la de Antioquia, los pacientes, ante la falta de oportuna atención, buscan una alternativa diferente que les permitan dar salida a sus problemas, de ahí que estén utilizando el mecanismo de las tutelas; esta situación ha determinado que sean los jueces en últimas quienes también inciden en la atención del paciente y esto limita el campo de acción de los médicos auditores, quienes técnicamente deberían priorizar las atenciones de los pacientes.

La rapidez de la tutela, explica que en las semanas anteriores al 27 de abril de 1999, en solo Bogotá se instauraron contra el Presidente del ISS 389 tutelas; en Cali hubo 377 tutelas contra el ISS en febrero de 1999 y 350 en marzo; y en Medellín en el mes de febrero de 1999 se presentaron 1706 tutelas contra el ISS habiendo prosperado casi el 90%. Esta realidad se aprecia también en las Salas de Selección de la Corte Constitucional, donde se constata que casi el 25% de la totalidad de las tutelas que llegan de todo el país son tutelas contra el ISS.

6.12. Otro problema que afecta la correcta prestación de los servicios por parte del ISS es la falta de personal destinado para adelantar ejecuciones fiscales y recuperar así los aportes demorados. En efecto, la tramitación es esta: la oficina de recaudo y cartera establece el monto de la deuda y luego se dirige a la oficina jurídica. En la primera oficina se hacen los cobros persuasivos y acuerdos de pago, siempre y cuando el empleador manifieste el deseo de pagar y cumpla con los requisitos estipulados para el acuerdo de pago. A la oficina de la dirección jurídica llegan solicitudes de cobro coactivo por deuda de aportes obrero patronales de la coordinación de recaudo y cartera o del departamento financiero. Antes se tramitaban los procesos ejecutivos ante la jurisdicción ordinaria, a través de los abogados externos que tenía la coordinación de recaudo y cartera. A partir de marzo de 1998 ya se han iniciado ejecuciones fiscales y son estas las directrices a nivel nacional: debía presentarse demanda de cobro coactivo ante la jurisdicción coactiva o funcionario ejecutor, que en este caso es el director de la dirección jurídica, luego se desplazaba un abogado externo del nivel nacional del ISS y presentaba las demandas de acuerdo con los documentos que la misma dirección jurídica le entregaba. Pero, en septiembre de 1998 mediante una circular se indicó que debía declararse la nulidad de todos los procesos por cuanto debían ceñirse al procedimiento establecido en el estatuto tributario que no exige presentación de demanda. Los procesos adelantados tuvieron que anularse, hoy se tramitan nuevamente. Actualmente por ejemplo en Medellín cursan solo 18 procesos por mora en el pago de cuotas obrero patronales. Ninguno ha ordenado medidas cautelares, como quiera que no se tienen los recursos necesarios para pagar certificados de libertad en la oficina de registro. Igualmente, el ISS no tiene abogados ni personal suficiente ni recursos humanos ni presupuestales para lo referente a jurisdicción coactiva. Toda la dirección seccional de Antioquia cuenta con solo dos abogados de planta y uno de contratación, como quiera que los contratos son autorizados por el nivel nacional. Precisamente esa es la principal causa para que los procesos de jurisdicción coactiva no funcionen, pues hay muy poco personal, obstáculos de organización y dificultades en la oficina de registro para obtener datos de los bienes a embargar. Además, se calcula que, de no haber obstáculo, el cobro coactivo demoraría aproximadamente un año y medio. Otro ejemplo: En Cali, hay 17 procesos de jurisdicción coactiva que representan

cerca de 1.350 millones de pesos sin que haya sido posible recuperar centavo alguno. En conclusión: la cartera por cobrar es altísima, no hay medios adecuados para cobrar y en muchas ocasiones el empleador está en quiebra o está inmerso en la “cultura del no pago”; y, no se aprecia una seria campaña contra la evasión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A.- COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Plena de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución en armonía con los artículos 33, 35, y 42 del Decreto No. 2591 de 1991. Además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación y de la orden de ser fallados los casos por la Corte en pleno.

1. El derecho a la salud para la generalidad de las personas y para los trabajadores dependientes en particular

La doctrina ha considerado que en principio, el derecho a la salud no es un derecho fundamental³. La jurisprudencia colombiana, sigue esta orientación, de ahí que la protección tutelar a la salud opera en conexión con el derecho a la vida, luego si hay peligro de que ésta sea afectada entonces cabe la acción de tutela. Con este punto de apoyo garantista la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege muchos casos en relación a la prestación del servicio de salud. (P.ej. SU-480/97, T-489/98, T-669/97, T-287/95, T-385/98, T-018/99, entre otras).

No obstante lo anterior, en el presente fallo hay que analizar uno de los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política: la “garantía a la seguridad social”. Significa lo anterior que específicamente los trabajadores dependientes tienen derecho a la seguridad social en salud y por consiguiente gozan de la protección tutelar con características inconfundibles. Este tema ya había sido analizado por la Corporación al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 209 de la ley 100 de 1993 en la Sentencia C-177/98, (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Dijo la Corte:

“El artículo 209 de la Ley 100 de 1993 acusado dispone que, en el sistema contributivo, la ausencia de cotización es causal de suspensión de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud. Por ende, la norma autoriza que cuando se presenta incumplimiento del pago de la cotización no se suministre el servicio de salud. Sin embargo, conviene aclarar que en caso de trabajadores asalariados, el empleador está obligado tanto a descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, como a girar los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud (inciso 2º del art. 161 de la Ley 100 de 1993). Por tal razón, incluso en el caso en que no se hubiere realizado la deducción obligatoria, el empleador es responsable por la totalidad del aporte (art. 22 en consonancia con el 161 de la Ley 100 de 1993). Por consiguiente, el momento jurídico del pago de la cotización coincide con el descuento de la cuota correspondiente, sólo en el caso de los trabajadores dependientes. Por el contrario, para los otros afiliados

obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, esto es para pensionados y trabajadores independientes con capacidad económica, el pago de la cotización debe ser directo.

Hecha la anterior precisión, la Corte agrega:

“En síntesis, las relaciones jurídicas que surgen entre el empleador y la entidad de seguridad social son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y los entes que administran los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, puesto que aun en caso en que se imponga una sanción por omisión y que se logre el pago de la cotización, el derecho del trabajador no se agota sino que es indispensable que se garantice la efectividad del mismo (C.P. artículo 2º). En este orden de ideas, la pregunta obvia que surge es la siguiente: ¿el incumplimiento del deber de cotizar justifica constitucionalmente la interrupción de los servicios de salud al empleado por parte de la EPS e incluso la suspensión de la afiliación al sistema, tal y como lo establece la norma acusada? Para responder a ese interrogante, la Corte procederá a determinar cuál es el alcance constitucionalmente protegido al derecho a la seguridad social en materia de salud, para luego establecer si la aparente restricción consagrada por la disposición impugnada es legítima.

Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud.

La jurisprudencia de la Corte distingue entre la salud como un servicio público capaz de generar derechos prestacionales y como servicio del cual derivan derechos fundamentales⁴. Así, la prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad⁵ con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. En ese orden de ideas, parece claro que la Constitución no consagra para todas las personas un derecho judicialmente exigible a acceder en forma inmediata a cualquier prestación sanitaria ligada con la seguridad social. Sin embargo, ello no significa que no exista un derecho constitucionalmente protegido en este campo, pues la Carta garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (CP arts 48 y 49). Una pregunta obvia surge entonces: ¿cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud en materia de seguridad social?

“Una vez definido el alcance o contenido constitucionalmente protegido del derecho a la seguridad social en materia de salud, entra la Corte a estudiar la legitimidad de la regulación impugnada, para lo cual es indispensable distinguir, de un lado, la no cotización al sistema contributivo de trabajadores dependientes y, de otro lado, el incumplimiento en el pago del aporte de pensionados, jubilados y personas que no tienen relación laboral. Así, en el segundo caso, las personas realizan directamente los aportes, por lo cual la relación con la

entidad promotora de salud es lineal y como tal genera derechos y deberes recíprocos directos. Por consiguiente, la suspensión del servicio de salud por falta de cotización no transgrede la buena fe, pues el principio general del derecho impone que nadie puede alegar su propia culpa. Además, en este caso no existe en sentido estricto una restricción al derecho constitucional del trabajador independiente ya que, como se vio, la persona adquiere el derecho a la prestación en salud en la medida en que ha cumplido con las obligaciones establecidas por la ley, como es efectuar la correspondiente cotización. Por ende, la aplicación de la norma en este caso es perfectamente legítima.

Por el contrario, en el caso de los trabajadores dependientes, la situación es más compleja ya que la disposición parece limitar el derecho a la salud, puesto que un asalariado a quien le han retenido sus cuotas puede sin embargo ver suspendida la atención prevista por la ley, en caso de que el patrono no haya efectuado su aporte o no haya trasladado la totalidad de la cotización a la correspondiente EPS. El interrogante es entonces si esa aparente restricción es conforme a la Carta, esto es, si es válido que el incumplimiento del patrono de cotizar la parte que le corresponde y efectuar los traslados a la EPS de las sumas retenidas al trabajador puede implicar la interrupción de los servicios de salud por parte de la EPS, e incluso la suspensión de la afiliación al sistema, tal y como lo establece la disposición impugnada.”

“El caso de los trabajadores asalariados.

Para responder al anterior interrogante es necesario tener en cuenta que la disposición acusada busca hacer efectivo el derecho a la seguridad social (CP art. 49) de quienes oportuna y cumplidamente cotizan con las entidades administradoras de salud, con lo cual se pretende, además, proteger los recursos parafiscales⁶ de la seguridad social y exigir un grado importante de eficiencia en el pago y las transferencias de las cotizaciones, las cuales, en virtud del principio de solidaridad, revierten en beneficio no sólo del asalariado y su familia sino también de otras personas, en virtud de la existencia del régimen subsidiado de salud. Se trata pues de finalidades que no sólo son jurídicamente legítimas sino que tienen gran importancia, conforme a los valores constitucionales, puesto que la Carta establece que la eficiencia y la solidaridad son principios que orientan el sistema de seguridad social en salud (CP arts 48 y 49), por lo cual se deben proteger los recursos económicos que financian el sistema.

La norma acusada es igualmente útil y apropiada para favorecer los fines perseguidos. En efecto, en la medida en que las EPS quedan relevadas del deber de atender las prestaciones de salud cuando el patrono no ha transferido las cotizaciones, entonces se protegen los recursos parafiscales de la seguridad social y se estimula la eficiencia del sistema, por cuanto la suspensión de la afiliación por el no pago de la cotización implica que el patrono queda obligado a asumir las prestaciones de salud. En ese orden de ideas, la norma acusada estimula a los patronos a que cumplan con su deber de cotizar y transferir los dineros a la respectiva EPS. Además, es una norma compatible con la lógica general de funcionamiento del sistema de salud diseñado por la Ley 100 de 1993. En efecto, debe recordarse que las EPS prestan los servicios con base en sus recursos, los cuales provienen en lo esencial de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del sistema por cada afiliado. Por tal razón, es deber de la EPS remitir la cotización recibida al fondo de solidaridad para tener

derecho a la correspondiente UPC; por ende, si el empleador no paga, entonces la EPS no recauda la cotización, y no puede compensar con el fondo de garantía, por lo cual podría resultar injusto exigir a la EPS que atienda al trabajador, cuando no ha recibido los dineros -la correspondiente UPC- necesarios para realizar la respectiva prestación sanitaria.

Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte considera que es necesario distinguir las dos consecuencias previstas por la norma, ya que ésta establece no sólo la interrupción de la prestación del servicio sino incluso la suspensión de la afiliación,

Así, la Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. En efecto, conforme al artículo 164 de la Ley 100 de 1993, el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo “podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año.” Por ende, la Corte considera que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.”

2. Principios de la seguridad social en salud y especialmente del principio de continuidad

El artículo 48 de la C. P. indica que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Por consiguiente, se constitucionalizó la seguridad social con un fuerte contenido de política social.⁷

En la jurisprudencia constitucional, a nivel general y para todas las personas, se tiene como eje la idea de que la realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos 48, 49, 11, 366 de la Constitución, sino también por el conjunto de reglas contenidas en leyes, decretos y acuerdos, en cuanto no sean contrarios a la Carta. Todas esas normas constituyen un derecho prestacional, eso significa que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y en la cláusula del Estado Social de Derecho.

En ese contexto el sistema de seguridad social en Colombia es mixto, pues puede ser prestado por el Estado o por los particulares, mediante delegación de aquél. Por esa delegación estatal las EPS prestan el plan obligatorio de salud (POS) que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica (art. 11 decreto 1938 de 1994).

Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema, luego opera el llamado equilibrio financiero.

A nivel particular, tratándose de trabajadores dependientes (o sus beneficiarios) el sistema

de seguridad social también se sujeta al sistema mixto antes indicado, sin perder la perspectiva de que el artículo 53 de la C.P. le da una connotación adicional (ser la seguridad social inherente a la relación laboral) y ello fortalece el carácter de servicio público esencial (ya señalado en los artículos 2 y 4 de la ley 100 de 1993).

Por lo tanto, la jurisprudencia de la C-177 de 1998 antes transcrita, que moduló el artículo 209 de la ley 100 de 1993, se integra con los artículos 103, 104 y 105 de la ley 222 de 1995 y con proposiciones normativas constitucionales contenidas en los artículos 365, 53 y 2° de la C. P. dentro de la siguiente argumentación:

El artículo 365 de la C.P. leído conjuntamente con la jurisprudencia transcrita permite concluir que tratándose de trabajadores dependientes puede haber consecuencias adicionales al tema de la salud en general.

Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2°.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna”⁸. Y, a renglón seguido repite: “.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad”⁹. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: “... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”.¹⁰ Jean Rivero¹¹ reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado “garantizar la efectividad de los principios”. Luego, el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la “garantía de la seguridad social” establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P. que, para efectos de los contratos suspendidos de trabajo tiene un argumento adicional en la ley 222 de 1995.

El artículo 104 de la ley 222 de 1995 (que modifica el Libro II del Código del Comercio) establece:

“ARTICULO 104. Prestación de Servicios Públicos. Las personas o sociedades que presten servicios públicos domiciliarios o industriales al deudor, admitido o convocado a concordato, no podrán suspender la prestación de aquéllos por causa de tener créditos insolutos a su favor. Si la prestación estuviere suspendida, estarán obligadas a restablecerla, so pena de responder por los perjuicios que se ocasionen. El valor de los nuevos servicios que se presten a partir de la apertura del concordato, se pagarán como obligaciones posconcordatorias.

Parágrafo. Igual regulación se aplicará a las entidades de previsión social en relación con las obligaciones que tengan con trabajadores del deudor.”

Como se aprecia, en el primer inciso se consagra la continuidad en la prestación de los servicios públicos en los casos en que el empleador está en concordato y se halla en mora con la entidad prestadora del servicio. Con igual o superior razón el trabajador a quien se le presta los servicios públicos de seguridad social, con fundamento en relación laboral vigente, queda amparado con dicho principio de continuidad.

O sea que en la legislación colombiana, aunque el empleador se halle en proceso de concordato no podrá suspenderse la seguridad social en salud a los trabajadores. Aunque no se mencionen en el artículo los casos de liquidación obligatoria esto no borra los principios de los servicios públicos, uno de ellos muy importante: la continuidad, ni menos el principio de garantizar la seguridad social establecido en el artículo 53 de la C.P. Por supuesto que, emanando la prestación del servicio de la relación laboral, lo correspondiente a dicho servicio es crédito privilegiado.

3. El caso excepcional de la suspensión de los contratos de trabajo

Ocurre que en circunstancias excepcionales, dentro de la relación laboral, pueden darse algunas de las causales que el C. S. del T. indica como justificantes de la suspensión del contrato de trabajo.

La ley 50 de 1990, artículo 4° dice cuándo se suspende el contrato de trabajo. Interesa para efectos de esta tutela conocer la primera causal:

“1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.....”

El artículo 53 del C. S. del T. dice que los efectos de la suspensión son los siguientes:

“Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 (hoy artículo 4º de la Ley 50 de 1990) se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el patrono la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del patrono, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le corresponden por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones”.

La lectura textual indica que lo único que se interrumpe es la obligación de prestar el servicio y el pago del salario, luego, se mantiene la prestación de la seguridad social, es decir que durante la suspensión hay que responder por la atención a la salud de los trabajadores. Con mayor razón después de la Constitución de 1991, que señaló a la seguridad social como

principio del trabajo en el artículo 53, luego la garantía de la seguridad social en salud, en estos casos de protección de trabajadores, entre ellos los trabajadores con contrato suspendido, está respaldada constitucional y legalmente.

Quién debe prestar el servicio de salud en estos eventos?

En todo caso de suspensión del contrato laboral, es el empleador quien asume la obligación, salvo que esté cotizando oportunamente a la EPS, en cuyo caso ésta atiende la salud del trabajador por permitirlo así el sistema establecido en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Pero, si hay mora, en principio, el empleador queda obligado a la prestación del servicio porque no cotiza a la EPS, eso ya lo ha dicho reiteradamente la Corte Constitucional. Pero hay que agregar que la situación obliga a otras consideraciones cuando hay suspensión del contrato laboral.

Esta suspensión es propia del derecho del trabajo y tiende a evitar la extinción de la relación laboral, lo cual en cierta forma le impide en la práctica al trabajador la obtención de otra ocupación.

En rigor no debiera hablarse de suspensión del contrato de trabajo, sino más bien de que el deber de prestación del trabajador queda limitado a poner a disposición del patrono su fuerza de trabajo, y correlativamente eso significa un intervalo de no exigibilidad de algunas condiciones. Pero una obligación que siempre será exigible es la de la seguridad social, entre otras razones por el carácter constitucional que ahora tiene en el artículo 53 de la Constitución, esto significa que hay deberes de prestación que subsisten en su totalidad, y son deberes inherentes a la dignidad del trabajo y a la equidad porque se está ante la situación especialísima de un trabajador que no recibe salario, y por otro aspecto, de manera genérica, la seguridad social en salud es un derecho prestacional que conlleva la universalidad en la cobertura y un servicio público que obliga a la continuidad. En otras palabras, para el caso que se examina hay una doble protección luego no puede haber liberación del deber de dar seguridad social en salud porque esto afectaría los derechos que surgen del trabajo y de la salud.

En cuanto a la órbita laboral y en el tema de la suspensión del contrato de trabajo, aparecen consecuencias jurídicas ligadas a la teoría del riesgo; riesgo originado por causas diversas (imputables al empleador o al trabajador o a casos fortuitos). Por ser una teoría que emana de un riesgo laboral, este aspecto no puede ser solucionado por los medios tradicionales de la dogmática del derecho civil y por consiguiente no puede decirse, por ejemplo, que la fuerza mayor o el caso fortuito, como real o presunta causa de la suspensión de un contrato de trabajo, tendrá como marco el diseñado en el Código Civil (artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil: “se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imposible a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”), sino que cuando “los acontecimientos se producen en la esfera del empleador, éste debería asumir la totalidad del riesgo (aún de las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor)”¹². Esto ha sido analizado por la dogmática jurídica en la teoría llamada “de las esferas” que apareció jurisprudencialmente en Alemania el 6 de marzo de 1923, recién expedida la Constitución de

Weimar y después de una fuerte pugna de opiniones sobre las incidencias jurídicas de circunstancias anómalas de épocas de guerra, de post-guerra y de conmociones económicas. En tal fallo el Tribunal del Reich reconoció que en estas situaciones, las soluciones satisfactorias no se podían hallar en la teoría de las obligaciones y del contrato de prestación de servicios en general, sino en la base psicológica del contrato de trabajo industrial puesto que la relación de trabajo de los asalariados quedó integrada en la comunidad de trabajo y de industria, en la cual el patrono y el empleado ya no son tanto contrapartes de una relación singular sino representantes de dos grupos sociales (lo cual precisamente justifica el derecho colectivo del trabajo), y por lo tanto debe averiguarse en cual esfera se ha producido la dificultad de la continuidad de la relación y que origina la suspensión. Si la suspensión no es la esfera del trabajador, no tiene éste por qué sufrir todas las consecuencias¹³, sino que algunos aspectos como en el de la salud se torna en obligación patronal.

Pero así como el empleador responde por la prestación de la seguridad social, en los eventos en que haya mora, también la EPS no se puede desligar de la obligación.

Aunque aparece una laguna normativa sobre el acceso y prestación del servicio de salud por parte de las EPS a las personas y beneficiarios de los trabajadores cuyo contrato laboral está suspendido, de todas maneras para dilucidar esta inquietud habrá que acudir a los parámetros que la propia Corte Constitucional ha fijado. Esto significa que para la solución del problema se apelará a la jurisprudencia sobre temas de salud y de protección al trabajador en condiciones especiales en que no hay norma concreta para el caso controvertido, teniendo en cuenta las peculiaridades que tiene la situación de la suspensión del contrato y el hecho de que aunque está obligado el empleador a cumplir con la prestación del servicio de salud puede ocurrir que el empleador no solamente incumpla al deber de consignar los aportes a la EPS, sea oficial o particular; sino también al de prestar el servicio y por lo tanto quede desprotegido el trabajador enfermo, pese a que teóricamente estaría doblemente protegido. Por consiguiente, para evitar la desprotección, cabe también la tutela contra la EPS para proteger los derechos fundamentales del trabajador dependiente.

En las circunstancias anotadas, la EPS no se puede desligar de la prestación del servicio de salud. Tan así que, en el propio ISS no se saca del sistema al trabajador con contrato suspendido y con mora patronal, sino que se le suspende la atención.

Pero, si el empleador está en mora, la EPS debe, en primer lugar, exigir el pago de la cuota, pero también puede repetir lo gastado contra el empleador moroso, quien en principio es quien ha debido prestar la atención por ser proyección ésta del contrato laboral suspendido.

La Corte ha dicho que el trabajador no tiene por qué quedar afectado por la culpa del empleador que no cotiza oportunamente. Ante esta circunstancia ha surgido en la jurisprudencia una doble solución: responde el empleador y por lo tanto se torna responsable de la prestación del servicio médico y de la entrega de medicamentos; o, el trabajador, si el empleador no responde le puede exigir a la EPS que lo atienda debidamente en razón de la voluntad del servicio público; pudiendo la EPS cobrarle al empleador o en algunos casos repetir contra el Fondo de Solidaridad.

En la Sentencia C-177/9814 se fijó el alcance de la jurisprudencia constitucional sobre la mora patronal en el pago de los aportes de salud. Allí se dijo:

“... la Corte Constitucional ha esbozado dos tesis en sus decisiones de tutela. La primera puede analizarse en las sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-154A de 1995 y T-158 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-072 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-202 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz, en donde se dispone que, con base en los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. Por el contrario, la segunda tesis considera que si por descuido o dolo del empleador aquel no realiza los correspondientes traslados, él debe prestar directamente los servicios médicos. (Sentencias T-330 de 1994 y T-01 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-341 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-571 de 1994 y T-131 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía, T-005 de 1995 y T-287 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Estas divergencias se explican, en muchos casos, por la diversidad de las situaciones concretas, propias de las decisiones de tutelas. Además, como se ha señalado, si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes. En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad.”

Por otro aspecto, en cuanto al monto de la cotización a la EPS, el empleador debe cubrirla en su totalidad, porque como se anotó anteriormente sería injusto que el trabajador pagara un porcentaje, sin recibir salario, y, jurídicamente el empleador asume la totalidad del monto a cubrir porque no de otra manera se puede entender lo establecido en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 53 de la Constitución.

Los anteriores planteamientos no impiden agregar que en el POS hay unas cotizaciones mensuales que, tratándose de trabajadores sujetos a una relación contractual laboral, son descontadas del salario del trabajador en la proporción que a éste corresponde y con el aporte que el empleador debe adicionalmente dar. Todo ello integra la cotización que se remite periódicamente (cada mes) a la entidad prestadora del servicio, advirtiéndose que esas cantidades de dinero que la EPS recibe son contribuciones parafiscales y la EPS debe remitir al Fondo de Solidaridad y Garantía todo lo que sobrepasa a la UPC, (art. 219 Ley 100 de 1993). Por eso es importante que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal, con todas sus implicaciones jurídicas, aún de orden penal.

4. Obligación de hacer efectivas las órdenes de tutela

En la C-177 de 1998, la Corte Constitucional de Colombia habló de sanciones si no se pagan los aportes:

“No obstante, la inobservancia de la obligación de cotizar a la seguridad social genera sanciones moratorias, administrativas y disciplinarias en caso de que el incumplimiento del deber se ocasione por culpa de un servidor público. Igualmente, si el patrono no transfiere a las EPS las sumas retenidas, no solamente se encuentra sujeto a las sanciones administrativas y económicas previstas por la Ley 100 de 1993 sino que además su conducta podría ser penalmente sancionada, pues estaría desviando recursos que no son suyos, ya que tales dineros, tal y como esta Corte lo ha precisado, son contribuciones parafiscales afectadas a propósitos específicos¹⁵. De la misma manera, la posición jurídica de la entidad que administra la seguridad social frente al incumplimiento de la afiliación y de la cotización no es la misma, como quiera que mientras la omisión de afiliación no le genera potestades ni deberes, la negligencia en el pago de la cotización sí, puesto que puede exigir judicialmente su cumplimiento.”

En los expedientes que contienen las tutelas que se revisan hay un acervo probatorio extenso que demuestra, por un lado una costumbre generalizada de muchos patronos de no cotizar oportunamente, perversa cultura del no pago que afecta el sistema; y por otro lado, se visualiza la dificultad o descuido del ISS para reclamar lo debido, aspecto éste que afecta los derechos democráticos de los ciudadanos a que se les brinde organización y procedimientos adecuados. Precisamente la T-068/98 dijo sobre este tema:

“La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales.

Ahora bien, la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones”.

Lo anterior significa que ante crónicos incumplimientos, el juez constitucional debe entrar a proteger no solamente y el derecho a la salud del trabajador, sino que también debe señalar medidas que superen el incumplimiento en el pago de cuotas, lo cual incide en el derecho a

la salud de los afiliados al sistema. Una de esas medidas es esta:

Es obligación de las EPS cobrar los aportes patronales. A este respecto la C-177/98 establece algo que se reitera en el presente fallo:

“Igualmente, y con el fin de fortalecer estas posibilidades de cobro por parte de estas entidades, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 determinó que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, “serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”. Esto significa que, al igual que las entidades administradoras de pensiones, se entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal.

Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia, especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (CP arts 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (art. 63 del Código Civil).

Existe pues una responsabilidad compartida entre la EPS y el patrono, por lo cual puede ser procedente que en determinados casos, y según las particularidades de las diversas situaciones, los jueces de tutela ordenaran a uno o al otro el cumplimiento de las prestaciones de salud que eran necesarias para proteger un derecho fundamental....

Ahora bien, la jurisprudencia es unánime en relación con la imposibilidad de que la responsabilidad por el no pago de los aportes patronales recaiga sobre el trabajador, pues esto “implicaría trasladar al trabajador, activo o retirado, sin razón jurídica atendible, las nocivas consecuencias de la negligencia e irresponsabilidad patronal”¹⁶. Por consiguiente, si el empleador no efectúa oportunamente las transferencias de los aportes obrero- patronales en materia de salud, que efectivamente fueron deducidos de los salarios, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud.¹⁷, más aún cuando “la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador”, por ende el principio de la buena fe (C.P. art. 83), resultaría de ese modo quebrantado”¹⁸....

Todas estas maneras de proteger los fallos de tutela tienen respaldo en el literal c) del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a los Estado Parte a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (de amparo)”.

CASOS CONCRETOS

Se decidirán en este fallo dos casos inmersos en una enorme cantidad de tutelas interpuestas últimamente contra el Instituto de los Seguros Sociales. Antes que todo es

indispensable precisar que en este fallo se va a definir exclusivamente lo relativo a la salud de unos trabajadores con contrato de trabajo suspendido.

Pues bien, en el caso de la tutela instaurada en Cali, pese al esfuerzo de la Corte Constitucional en materia probatoria, no se pudo demostrar que el solicitante o los presuntos beneficiarios hubieren quedado afectados en su salud por la mora patronal en el pago de aportes al ISS, luego la tutela no puede prosperar y se confirmará la decisión del a-quo, máxime cuando el propio interesado no demostró interés alguno durante el trámite de la tutela que interpuso.

En cuanto al caso de Medellín, de las personas que se señalaron durante el trámite de la tutela, que pudieren estar afectadas gravemente en su salud, no todas lo justificaron, luego debe prosperar la acción solamente para quienes demostraron que se le ha afectado el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida y al trabajo.

Según las pruebas obrantes en el expediente y mencionados en el presente fallo, prospera la tutela para Hugo Diaz Valencia porque probó que por su afección coronaria necesita tratamiento, por violación al derecho al trabajo y el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida.

Rosa Zapata (beneficiaria de Luis García) también demostró que sufre enfermedad coronaria, luego prospera la tutela para ella.

Jesús María Gil probó que padece hipertensión e hipercolestemia y Carlos Velilla está en la misma situación, luego son personas que quedan protegidas por la tutela. Helena Montoya Uribe también queda amparada porque necesita ser operada, ya que requiere biopsia de la mama izquierda. A ellos se les protege el derecho a la vida y al trabajo, en el contexto antes señalado.

No prospera la tutela en cuanto a Natalia Gutiérrez porque no se pudo demostrar que es beneficiaria del afiliado y trabajador de Quintex señor Juan Román. Tampoco prospera la reclamación de Pedro Valcárcel Ramos porque no hay elemento de juicio que permita inferir que su deficiencia visual afecta la vida hasta el punto de permitir la tutela y porque el empleador demostró que con autorización judicial se le canceló el contrato de trabajo. Ni prospera la tutela de Daniel Arcadio Uribe, quien pide una cirugía del tabique porque no hay prueba de que de su lesión pueda dar lugar a tutela.

Por otro aspecto: si bien es cierto se ha probado que se llegó a un convenio entre Quintex y el ISS y que por lo mismo ha desaparecido la mora patronal y este proceder favorablemente cobijará a todos los trabajadores de Quintex, quienes tienen derecho a la prestación del servicio, esto no significa sustracción de materia para la presente tutela en los casos que prosperan, porque no hay prueba alguna en el expediente de que ya se hubieran hecho los tratamientos mencionados a dichas personas por parte del ISS, y, por el contrario, es el propio representante del empleador quien informa a la Corte que el ISS no ha cumplido con el compromiso de atender a los trabajadores de Quintex.

La orden de la prestación del servicio de salud se dará al ISS porque aunque Quintex S.A. no puede quedar marginada de la obligación de prestar la asistencia médica a sus trabajadores

y beneficiarios de éstos, según ya se explicó, eso no significa que aquellos no puedan exigirle a la EPS-ISS la seguridad social en salud, si está de por medio la vida (como ocurre con aquellas personas que ya se dijo son susceptibles de la tutela en el presente caso) y si, adicionalmente, el empleador acordó con el ISS los medios de pago, luego se saneó cualquier mora.

Frente a lo primero, habrá que ordenarle al ISS que remita a la Fiscalía General de la Nación la lista de los empleadores que actualmente están en mora de aportar esa contribución parafiscal, distinguiéndose claro está que puede haber demora en el pago ordinario en el mes de cotización y, que en este evento, esta permitido que el propio ISS haga cobros persuasivos y acuerdos de pago, para lo cual un término prudente para concretar estas medidas supletorias, pero de todas maneras formas de pago, es de un mes adicional. Claro que si con posterioridad, como ocurrió en el caso de la presente tutela, hubo ofrecimientos de pago que posteriormente cristalizaron en convenio escrito, ha quedado saneada la mora y no hay afectación actual de la contribución parafiscal, y en similar situación pueden estar otros empleadores. Pero si se aprecia la mala fe en la mora y no se ha convenido ni está en trámite con el ISS una forma de pago dentro de las diferentes maneras que antes se mencionaron, entonces, aparece nítida la conducta ilícita de haber distraído la contribución parafiscal, luego podría haberse incurrido en peculado. Situación, que como es obvio se predica de todas las EPS, sean oficiales o privadas (pero, en el presente caso se examina lo ocurrido en el ISS).

En cuanto a lo segundo, puesto que el ISS debe ser eficaz y eficiente, una demostración de la ausencia de estas característica es el no reclamo de los aportes patronales debidos, entonces no puede disculparse el ISS de esta obligación, menos cuando es una EPS pública, que tiene ya procedimiento señalado para las ejecuciones fiscales.

La real o presunta crisis económica alegada por los directivos del ISS, con mayor razón obliga a recuperar lo que le deben y a ejecutar fiscalmente a los morosos. No vale el argumento de que hay imposibilidad para saber cuáles bienes (especialmente inmuebles) tiene el empleador moroso, porque el ISS se ha hecho presente en concordatos y liquidaciones definitivas y conoce cuales son los bienes del quebrando y porque puede haber mecanismos interinstitucionales rápidos para que las oficinas respectivas reporten las propiedades raíces de un empleador incumplido en el pago de aportes a la seguridad social. A la grave situación económica del país no es justo agregar una falta de organización y procedimientos eficaces para obtener contribuciones parafiscales indispensables para que el sistema de seguridad social no colapse. Solo así se contribuye a la solución de ese fenómeno de llevar a miles de personas a instaurar tutela exigiendo la prestación del servicio de salud, cuando lo lógico es que éste se preste directa y rápidamente.

Por último, no tiene presentación que el reclamo de los derechos fundamentales mediante la acción de tutela sea aducido como causa de la crisis del ISS porque eso no es cierto y sería absurdo que la gente no pudiera reclamar sus derechos y si lo hiciera fuera puesto en la picota pública. Por el contrario, las personas tienen la garantía y hasta la obligación de reclamar sus derechos y el Ministerio Público, como es el caso de la Personería de Medellín, hace bién y cumple sus funciones al colaborarle a los ciudadanos en el reclamo de sus derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR parcialmente las decisiones en la tutela T-192384 en cuanto no se reconoció la tutela en favor de Hugo Díaz Valencia, Rosa Zapata, Jesús María Gil, Carlos Velilla y Elena Montoya a quienes se los protege por las razones expuestas en la parte motiva; y se CONFIRMA en cuanto no prosperó para los demás. En consecuencia, se ORDENA al Instituto de los Seguros Sociales que en el término de diez días proceda a prestar la atención médica a las personas indicadas, si aún no lo ha hecho y sin perjuicio del acuerdo a que hubiere llegado el ISS con Quintex S.A. Y, si lo hizo cuando el empleador estaba en mora, no solo hay lugar al reclamo de los aportes sino a repetir contra el empleador por los gastos médicos, clínicos, farmacéuticos que el ISS hubiera hecho a favor del trabajador afiliado al sistema pero incurso en la mora patronal.

Segundo. CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado de Cali, en cuanto no concedió la tutela, pero por las razones indicadas en el presente fallo.

Tercero. Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, los juzgadores de origen harán las notificaciones y tomarán las medidas adecuadas.

Cuarto. ORDENAR al ISS que en el término de noventa días remita a la Fiscalía General de la Nación el listado de los empleadores que en la actualidad y a partir de la ejecutoria de este fallo estén en mora de cancelar los aportes (contribuciones parafiscales) según las apreciaciones que se hicieron en este fallo y para los efectos de investigaciones penales pertinentes, si es que la Fiscalía así lo considera.

Quinto. ORDENAR al ISS que en el término de diez (10) días a partir de la ejecutoria de este fallo inicie las políticas eficientes y los procedimientos adecuados para que sus funcionarios procedan eficazmente a ejecutar fiscalmente a los morosos en el pago de los aportes en seguridad social.

Sexto. REMITIR copia del presente fallo a la Procuraduría General de la Nación para que investigue por qué en el ISS no se han hecho las diligencias necesarias para la recuperación de cartera morosa.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU-562/99

DERECHO A LA SALUD-No es de aplicación inmediata (Salvamento de voto)

DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS-No son de aplicación inmediata (Salvamento de voto)

SUSPENSION DE CONTRATO DE TRABAJO-No pago de cotizaciones diferente a la retención no constituye delito (Salvamento de voto)

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Sujeción a principios/REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afectación del subsistema por mantenerse prestaciones con independencia del cumplimiento en cotizaciones (Salvamento de voto)

La Corte Constitucional no puede alterar la obra legislativa menoscabando la eficiencia y la solidaridad del régimen contributivo. No puede nunca ser viable económicamente un régimen de seguridad social de este tipo cuando se erosiona la fuente de financiación de las prestaciones que ofrece. Por definición, se trata de un régimen no subsidiado que mediante los aportes de los partícipes articula un mecanismo de solidaridad social. Si las prestaciones deben mantenerse, independientemente del cumplimiento de las cotizaciones, se afecta gravemente el funcionamiento de este sub-sistema y se elimina por completo el principio de eficiencia y solidaridad. El comportamiento de los “no-cotizantes”, repercute negativamente

sobre los “cotizantes” que materialmente terminan por asumir cargas que no les corresponden y que se expresan en un deterioro de la calidad de los servicios, en un aumento de las tarifas o en la inestabilidad financiera y virtual desaparición del ente de seguridad social.

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Aplicación (Salvamento de voto)

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Vinculación indefinida sin exigencia de pago actual de cotizaciones genera desigualdad (Salvamento de voto)

La vinculación indefinida al régimen contributivo, sin que para ello se exija el pago actual de las cotizaciones legalmente previstas, elevada a derecho fundamental, constituye un precedente que genera desigualdad manifiesta frente a los usuarios del régimen subsidiado y a las personas que tienen que acudir al sistema nacional de salud, pues, en estricto rigor, entraña un privilegio que no podría circunscribirse a las personas afectadas por contingencias personales o empresariales no menos atendibles que las que afectan a otras personas.

Referencia: Expedientes T-192384 y T-193556 (acumulados)

Solicitantes: Robeiro Montoya y otros y Oscar Quintero

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Con todo respeto expresamos a continuación, de manera sintética, las razones de nuestro disenso:

1. En la sentencia se sostiene que el I.S.S, en su condición de E.P.S, bajo el sistema contributivo, debe prestar el servicio de atención en el ramo de la salud a los trabajadores de una empresa en liquidación, no obstante que por varios años no se le hayan cancelado las cotizaciones respectivas y que, por esta causa, se haya producido la suspensión o incluso la desafiliación de los primeros.

En el caso examinado, la empresa Quintex S.A, en liquidación, desde 1996, había declarado la suspensión de los contratos de trabajo de sus numerosos trabajadores, alegando una situación de fuerza mayor para los efectos de su ejecución. Pese a esta circunstancia, que se suma a la liquidación del ente societario, la mayoría estima que la continuidad que es propia del servicio de seguridad social en salud, torna exigible la responsabilidad subsidiaria de la E.P.S, que debe a su cargo mantener la prestación del servicio independientemente del no pago de las cotizaciones, cuyo monto ha de perseguirse por la vía de la ejecución coactiva contra la empresa empleadora. La Corte señala que la seguridad social en salud tiene el doble carácter de derecho constitucionalmente protegido y de principio mínimo fundamental perteneciente al Estatuto del Trabajo. En la sentencia se anota que los riesgos derivados de la relación laboral se absorben en la esfera del empresario y, por ende, no pueden proyectarse al trabajador, que con su fuerza de trabajo contribuye al proceso productivo.

2. La mayoría, a nuestro juicio, desconoce la naturaleza jurídica del derecho a la salud. La doctrina de la Corte Constitucional, que a propósito cita la sentencia, ha sido clara en

destacar que este derecho económico y social, no es un derecho fundamental y, por consiguiente, no es susceptible de ser reclamado y protegido a través de la acción de tutela. Sólo cuando en una situación concreta, la pretensión de una determinada atención médica enderezada contra el Estado, deba ser satisfecha puesto que de lo contrario se lesionaría irremisiblemente un derecho fundamental, la misma podría configurar un derecho público subjetivo. Se comprende que esto sea así, pues el derecho a la salud no es un derecho de aplicación inmediata. Esta categoría de derechos requiere de un preciso desarrollo legal y de una cabal implementación administrativa que demanda variados medios materiales y presupuestales, hasta el punto de que los derechos en este campo no se reconocen por el Estado como exigencias absolutas que le preceden, sino que se crean como consecuencia de su acción.

De este modo, las características y el alcance de los derechos económicos y sociales, no pueden anticiparse en una sentencia judicial, puesto que estos elementos deben necesariamente ser provistos por la ley y subordinarse por regla general a la capacidad real del erario público. La doctrina de la Corte reiteradamente ha sostenido que por fuera del derecho al mínimo vital, el juez de tutela no puede prefigurar prestaciones económicas o sociales a cargo del Estado, ya que hacerlo significaría de su parte desconocimiento del principio democrático y del esquema de justicia básico de la sociedad, que debe encaminarse en primer término a satisfacer las necesidades prioritarias de los más necesitados y pobres del país. Para adelantar esta tarea el juez no cuenta con los instrumentos idóneos dirigidos a escoger la política social más adecuada y, de otro lado, no tiene la legitimidad para hacerlo al margen de las decisiones que deben adoptar los órganos competentes del Estado. La sustitución de los otros poderes, por parte de los jueces de tutela y de la Corte Constitucional, no puede obrar como principio general del Estado, salvo que se quiera alegar una presunta falencia social de las restantes ramas del poder público para concentrar en aquélla poderes absolutos o superiores a los que la Carta le ha atribuido.

En este orden de ideas, si una ley de la República ha establecido una modalidad de atención a la salud de los afiliados a un específico sistema de seguridad social que requiere del aporte económico de trabajadores y empleadores, no puede la Corte Constitucional, al revisar una sentencia de tutela, resolver, por vía general, que el pago efectivo de las cotizaciones no es necesario y que la entidad prestadora del servicio debe mantener en todo caso y de manera indefinida la prestación de los servicios médicos. En este evento, según la Corte, la única contrapartida de la prestación forzosa del servicio consistirá en la ejecución coactiva del empleador, la cual, no sobra anotar, sólo sorteando graves vacíos e incongruencias de todo género podrá llevarse a cabo. Adicionalmente, la debilidad de la fórmula patentada se ha pretendido ocultar calificando la conducta patronal como delictiva, lo cual distaba de ser claro en la hipótesis analizada. En efecto, no se trataba de la retención del aporte del trabajador - recurso parafiscal - por parte del empleador que no lo transfería a la E.P.S. La suspensión de los contratos de trabajo y la falta de fondos de la empresa, se traducían en el no pago absoluto de las cotizaciones. Si la falta de pago de los impuestos no ha sido tipificado como delito, tampoco el no pago de las cotizaciones - comportamiento diferente de su retención - puede recibir ese tratamiento. Habría sido preferible que la Corte se despreocupara completamente por la cartera incobrable que generan su fallo y el precedente que plasma, y ello le habría ahorrado hacer menos retórica penal.

El sistema contributivo regulado en la Ley 100 de 1993, se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El artículo 48 de la Constitución autoriza al Legislador para regular en esos términos el servicio de la seguridad social. La Corte Constitucional no puede entonces alterar la obra legislativa menoscabando la eficiencia y la solidaridad del régimen contributivo. No puede nunca ser viable económicamente un régimen de seguridad social de este tipo cuando se erosiona la fuente de financiación de las prestaciones que ofrece. Por definición, se trata de un régimen no subsidiado que mediante los aportes de los partícipes articula un mecanismo de solidaridad social. Si las prestaciones deben mantenerse, independientemente del cumplimiento de las cotizaciones, se afecta gravemente el funcionamiento de este sub-sistema y se elimina por completo el principio de eficiencia y solidaridad. El comportamiento de los “no-cotizantes”, repercute negativamente sobre los “cotizantes” que materialmente terminan por asumir cargas que no les corresponden y que se expresan en un deterioro de la calidad de los servicios, en un aumento de las tarifas o en la inestabilidad financiera y virtual desaparición del ente de seguridad social.

La acción de cobro judicial en modo alguno funge como recurso efectivo de la E.P.S, que deben soportar un gravamen económico al tener que prestar un servicio oneroso sin contar con los medios para hacerlo. La Corte Constitucional, sin ser consciente de ello, está alentando una “cultura de no pago”, que no es sustentable ni siquiera en economías de mayor grado de desarrollo y que sólo puede ser eficaz para reducir la cobertura efectiva de esta categoría de servicios o para quebrar a las entidades que se ocupan de la seguridad social. Por lo demás, a raíz del fallo, que únicamente enfatiza lo relacionado con el recaudo forzoso de las cotizaciones impagadas, deberán crearse aparatosos departamentos de cobranzas, lo que implica mayores costos a cargo de los usuarios y la asunción, por parte de las entidades de seguridad social, de una tarea que las distraerá respecto de su misión principal.

La Corte igualmente apoya su tesis de “servicio-sin cotización actual” en la teoría de las dos esferas, la que expone con cierto detalle y de la que extrae directamente mandatos constitucionales. A nuestro juicio, los servicios de seguridad social y de salud, en el Estado social de Derecho se organizan y se suministran a la persona humana, con prescindencia de su adscripción a una determinada clase social. Pero, dejando de lado el innecesario sesgo ideológico de la sentencia, no resulta lógico ni justo que los riesgos que se atribuyen al empresario que debe cotizar y no lo hace se extiendan a los demás participantes del sistema contributivo. Los presupuestos que en esa teoría – equivocadamente constitucionalizada por la Corte – obligan a concentrar los riesgos de seguridad social y salud en el patrono, obedecen al hecho de que éste deriva beneficio y plusvalía y, en cambio, el trabajador, sólo recibe una parte de lo que produce su esfuerzo. La mayoría coloca a los restantes empresarios y trabajadores cotizantes en el plano del “capitalista” no-cotizante, asumiendo los riesgos que éste ha debido retener para sí como responsable y beneficiario de la empresa.

Aparte de la precariedad de los pretendidos cimientos constitucionales del fallo, la Corte olvida que junto al régimen contributivo en salud, la ley ha previsto el régimen subsidiado y que, de otro lado, por fuera del sistema de seguridad social, a cargo del Estado se ofrece en los términos de la ley atención básica de salud gratuita y obligatoria. De este modo, no se

acreditó que los actores carecieran de toda posibilidad para acceder a los servicios de salud, pues ellos aún sin estar afiliados a una E.P.S del régimen contributivo, bien podían quedar amparados por el régimen subsidiado o, finalmente, cubiertos por el sistema nacional de salud. En estas condiciones, el derecho a la salud, por falta de conexidad con un derecho fundamental, no podía ser objeto de la acción de tutela. La Corte ha reconocido que no todo derecho constitucional tiene el carácter de derecho fundamental. En cambio, cuando se compromete el mínimo vital las pretensiones a gozar de una determinada prestación por parte del Estado sí pueden adquirir el status propio de los derechos fundamentales.

La Corte, en este caso, no se detuvo a explorar si los demandantes ciertamente estaban privados de la atención básica de salud que, como se ha expresado, puede provenir de distintas fuentes. Por el contrario, asimiló la pérdida de un requisito - pago de la cotización -, para que una persona pudiera pertenecer al régimen contributivo con la completa supresión de la prestación de los servicios de salud y con la configuración de una situación de violación del derecho al mínimo vital.

En suma, la vinculación indefinida al régimen contributivo, sin que para ello se exija el pago actual de las cotizaciones legalmente previstas, elevada a derecho fundamental, constituye un precedente que genera desigualdad manifiesta frente a los usuarios del régimen subsidiado y a las personas que tienen que acudir al sistema nacional de salud, pues, en estricto rigor, entraña un privilegio que no podría circunscribirse a las personas afectadas por contingencias personales o empresariales no menos atendibles que las que afectan a otras personas.

Sin embargo, el precedente no puede ser más perverso e inequitativo, pues el régimen subsidiado se nutre de los excedentes del régimen contributivo, los cuales serán menores en la medida en que se destinen a absorber los mayores costos que debe soportar este último. En el largo plazo, si se mantiene esta pauta jurisprudencial, el sistema vigente de seguridad social en salud perderá toda viabilidad material y metafísica. Esto será así, por no haber tenido en cuenta la mayoría una tercera esfera: la esfera de lo posible.

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

1 Se evidenció que en ocasiones las personas abusan del ISS, por ejemplo, en Medellín, más o menos siete extranjeros, con visa de comerciantes, se han inscrito en la seccional de

Antioquia para que se les practiquen cirugías y tratamientos de alto costo, como trasplantes, diálisis, todos ellos a través de la acción de tutela y con muy pocas semanas cotizadas.

2 Hay una deuda histórica del gobierno al ISS, de muchos años, pero no es objeto del presente fallo analizar este aspecto; es algo que le corresponde al Congreso de la República y ya algo han hecho en este aspecto las Comisiones III y VII del Senado.

3 Salvo en el caso de los niños que según el art. 44 C.N. es derecho fundamental.

4 En relación con el tema pueden verse las sentencias T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz, T-409 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

5 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-130 de 1993, T-116 de 1993, T-366 de 1993, T-13 de 1995, T-005 de 1995, T-271 de 1995, T-312 de 1996, T-314 de 1996, entre otras.

6 Sentencia C-179 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz

7 En la ley 100 de 1993 se desarrollan tales principios y para efectos prácticos se estableció la atención básica y dos regímenes: el contributivo y el subsidiado; de ahí que exista un plan obligatorio de salud y un plan subsidiado. El plan obligatorio -POS- cubre a todas las personas que estén bajo relación laboral, a los pensionados, a los trabajadores independientes con capacidad de pago que se afilien y a los respectivos beneficiarios legales.

8 Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

9 Ib. p. 66

10 Ib. p. 67

11 Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss

12 Juan Carlos Morando en el libro Estudios sobre derecho individual de trabajo, en homenaje al profesor Mario Deveali, pág. 535.

13 La llamada teoría de las esferas, "SPHARENTHEORIE" prevaleció antes, durante y después de la segunda guerra mundial, en razón de que el empresario es el que tiene el poder de la dirección económica y obtiene los beneficios de la empresa, luego el riesgo económico va a cargo del patrono. Gustavo Bochmer, en su libro "El derecho a través de la jurisprudencia" páginas 412 y ss. cita numerosas sentencias referentes a la teoría de las esferas (como la del 30 de abril de 1947 del Tribunal Territorial del Trabajo de Bremen; la del 16 de julio de 1947 del Tribunal Territorial del Trabajo de Hamburgo, las anteriores del mismo Tribunal de 24 de enero, 7 de febrero de y 11 de septiembre de 1946) y resalta Bochmer que el riesgo económico, en el que se incluye el riesgo de la guerra, sólo va a cargo del patrono, pero el riesgo técnico de la explotación gravita sobre empleador y trabajador y frente a este criterio "las sentencias de 30 de abril de 1947 del Tribunal Territorial del Trabajo de Bremen, de 3 de noviembre de 1947 del de Dusseldorf, de 24 de julio de 1947 de Hamn y de 10 de junio y 17 de junio de 1947 de Hessen invocan como fundamento que tanto en el caso de riesgo

general como en el riesgo técnico de la explotación, la decisión depende de si el perjuicio sufrido por la empresa es de tanto alcance y duración que pone en peligro su subsistencia o la dejaría inservible por largo tiempo.”

14 M.P. Alejandro Martínez Caballero

15 Sentencia C-575 de 1992. Magistrado Sustanciador Dr. Alejandro Martínez Caballero.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Sentencia T-606 de 1996, T-072 de 1997. T-171 de 1997, T-299 de 1997, T-202 de 1997, T-398 de 1997.

18 Sentencia T-323 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se reiteró en la sentencia T-299 de 1997.