

Sentencia T-120/00

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Configuración de hipótesis para procedencia de tutela

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el derecho a la seguridad social no reviste, en principio, el carácter de derecho fundamental, salvo cuando está inescindiblemente asociado a un derecho que sí tenga esta naturaleza. Para que proceda el amparo que ofrece la acción de tutela es necesario que en razón del desconocimiento del derecho a la seguridad social, se esté, además, poniendo en riesgo o amenazando derechos como la dignidad humana, la integridad personal o la vida. Pero es indispensable que el daño o la amenaza a uno de estos derechos sea real o que configure la amenaza efectiva de un perjuicio inminente. Mientras una de esas hipótesis no se establezca, carece de fundamento toda acción de amparo, pues hace falta el presupuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución: una acción u omisión que implique violación o amenaza de derechos fundamentales.

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Aportes oportunos

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No asunción responsabilidad en aportes del empleador

EMPLEADOR-Asunción, en principio, servicio de salud por mora en aportes/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad subsidiaria por mora del empleador en aportes

ESTABLECIMIENTO HOSPITALARIO-Asunción servicio de salud por mora en aportes

INFORMES EN TUTELA-Presunción de veracidad de los hechos

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Aunque no se dirigió contra empleador tuvo oportunidad de ser oído

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad subsidiaria en casos de urgencia o gravedad por mora del empleador en aportes

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-No traslado de aportes para seguridad social por empleador

Referencia: expediente T-250808

Acción de tutela instaurada por Isabel Maria Tejeda Sarabia contra la Caja Nacional de Previsión, CAJANAL

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil (2000).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1.991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Isabel Maria Tejeda Sarabia contra CAJANAL.

Isabel María Tejeda Sarabia, quien presta sus servicios en el Hospital Local de Campo de La Cruz (Atlántico), entabló acción de tutela con miras a la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, que dijo estaban amenazados por CAJANAL. Esta entidad, según la afirmación de la actora, se negaba a prestarle los servicios médico asistenciales, a pesar de que mensualmente su patrono le deduce el 4% del salario para el pago de la respectiva cotización.

Señaló que el Hospital, desde hace 25 meses, no envía los aportes por concepto de seguridad social, salud, pensiones y riesgos profesionales a las correspondientes entidades promotoras de salud.

Pide mediante la tutela que el Hospital Local de Campo de la Cruz haga efectivo el pago de los aportes a las entidades promotoras de salud y que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, garantizando la seguridad social en salud y pensiones.

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante fallo del tres (3) de agosto de 1999, negó la tutela al considerar que ninguna entidad promotora de salud está en la obligación de otorgar sus servicios cuando las empresas no les remiten oportunamente los dineros correspondientes a los aportes, por cuanto esto las conduciría a la quiebra económica. De otro lado, la accionante no ha demostrado en concreto que se encuentre padeciendo de algún problema en particular, de modo que se pueda colegir en forma directa que se están vulnerando sus derechos fundamentales.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. El derecho a la seguridad social y su eventual carácter de fundamental. Obligatoriedad de girar los aportes por concepto de cotizaciones a la seguridad social y responsabilidad del patrono que no efectúa los giros oportunamente.

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Carta Política no reviste, en principio, el carácter de derecho fundamental, salvo cuando está inescindiblemente asociado a un derecho que sí tenga esta naturaleza.

Para que proceda el amparo que ofrece la acción de tutela es necesario, entonces, que en razón del desconocimiento del derecho a la seguridad social, se esté, además, poniendo en riesgo o amenazando derechos como la dignidad humana, la integridad personal o la vida. Pero es indispensable que el daño o la amenaza a uno de estos derechos sea real o que configure la amenaza efectiva de un perjuicio inminente. Mientras una de esas hipótesis no se establezca, carece de fundamento toda acción de amparo, pues hace falta el presupuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución: una acción u omisión que implique violación o amenaza de derechos fundamentales.

Ahora bien, las empresas prestadoras de servicios de salud necesitan, para poder operar, que quienes están obligados a aportar dentro del régimen contributivo, lo hagan en efecto y oportunamente. Y en tanto ese elemento no exista o desaparezca por incumplimiento, no puede trasladarse a la EPS la responsabilidad correspondiente al patrono incumplido, ni pretender enderezar contra ella una acción de tutela por una culpa que no es suya.

La Ley 100 de 1993, artículos 22 y 161, fue muy clara al asignar a los patronos la

responsabilidad de girar oportunamente el valor correspondiente a las cotizaciones de la seguridad social en salud y pensiones de los trabajadores a su cargo, so pena de tener que asumir el patrono, en forma directa, los costos por la atención de salud que requieran sus empleados o el pago de las pensiones que les correspondan.

Así lo señaló expresamente el parágrafo del artículo 161, que consignó:

Ley 100 de 1993.

“Artículo 161.

(...)

Parágrafo. Los patronos que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del libro primero de esta Ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente”

La Corte Constitucional en varios de sus fallos se ha referido a la situación

de mora en el pago de aportes de seguridad social por parte de los patronos y en reciente sentencia de unificación expresó:

“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-177/98 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”.(Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-562 del 4 de agosto de 1999. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Pero, si bien existe una obligación directa del patrono que no gira oportunamente los aportes por concepto de seguridad social de sus empleados, también lo es que ello no exonera a las EPS del deber de atender a los afiliados o beneficiarios que requieran de la atención en salud, cuando se trate de urgencias o situación de especial gravedad, y menos todavía si está en peligro su vida o su integridad personal, pues es claro que las EPS disponen de los mecanismos legales para repetir contra los patronos incumplidos por los costos en que incurran en la prestación de servicios en caso de mora patronal.

La responsabilidad de las EPS es subsidiaria respecto de la atribuida al empleador moroso, como lo señaló esta Corte, al resolver sobre la exequibilidad del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, a cuyo tenor: “El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Por el periodo de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase.”

“...la norma acusada es exequible en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono. Esta responsabilidad originaria del empleador en caso de mora encuentra fundamento no sólo en elementales principios de

responsabilidad sino en la propia Carta. En efecto, el artículo 53, que regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social. Se entiende entonces que esa norma constitucional, que se proyecta esencialmente en el ámbito de las relaciones entre patrono y empleado, está estableciendo que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio patrono, lo cual armoniza con el sistema diseñado por la Ley 100 de 1993, según la cual éste tiene a su cargo la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. Por ende, en caso de incumplimiento de este deber legal “aquellos asumen directamente la responsabilidad de prestar el servicio” (artículo 161 de la Ley 100 de 1993).

31- Finalmente, la Corte entiende que en situaciones de mora patronal, esta obligación de prestar los servicios de salud, ya sea directamente y en forma primaria por el patrono, o subsidiariamente por las EPS en determinados eventos, cubre también al grupo familiar del trabajador. En efecto, la especial protección constitucional que se le brinda al núcleo familiar (CP arts 5º y 42) impone al Estado y a la sociedad la garantía de su protección integral. Por ello es natural que, en desarrollo de ese mandato, se establezca que los beneficios que se establecen para el trabajador afiliado a los sistemas se aplican también a su familia, tal y como lo señala el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que el plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Por ende, si la mora patronal acarrea la suspensión de los servicios de salud para la familia del trabajador, es natural que el patrono deba primariamente también responder por tales servicios, pero que, por la responsabilidad compartida, las EPS deban, en los casos mencionados en los anteriores fundamentos de esta sentencia, responder subsidiariamente.

32- Como vemos, las anteriores precisiones no favorecen el incumplimiento del empleador ya que éste no se exonera de la obligación de transferir la cotización, puesto que la entidad promotora de salud está en todo su derecho de repetir el pago contra el empleador y así hacer efectiva la correspondiente obligación, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social. Además, la Corte precisa que en todo caso subsisten las sanciones administrativas, financieras y, si es el caso, penales que la ley prevé para el incumplimiento del patrono”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En el caso de autos, no existe en el expediente documento alguno que respalde los hechos relatados por la peticionaria en su escrito de tutela, pero debe dársele crédito, con base en perentoria norma del Decreto 2591 de 1991 (artículo 20), pues aunque se ofició al Hospital Local de Campo de la Cruz y a Cajanal para que expusieran los motivos por los cuales el primero no estaba girando los aportes y la segunda no prestaba la atención de salud, no se obtuvo respuesta de ninguna de las dos entidades.

Se toman entonces como ciertas las afirmaciones hechas al formular la tutela y, en consecuencia, al aceptar que el Hospital Local de Campo de la Cruz no está cumpliendo con el pago de las cotizaciones de salud de sus empleados, debe asumir los costos de la atención en salud que requiera la señora Isabel María Tejera Saravia. Como se ha dicho, ante la falta de pago de las cotizaciones, la entidad prestadora del servicio no está obligada, en principio, a asumirlo.

Pero es claro que la demanda se dirigió contra CAJANAL y no contra el patrono, por lo cual, habiendo tenido éste la oportunidad de ser oído aunque no haya querido hacer uso de ella, debe ser obligado a pagar los aportes que adeuda, pues con su actitud amenaza los derechos fundamentales de la demandante.

Ahora bien, CAJANAL, en virtud de la responsabilidad subsidiaria anotada, tiene que cubrir las necesidades de salud de la actora y de su familia en eventos de urgencia y gravedad, aunque puede repetir contra el patrono.

Por ello, si bien no es la institución que en la actualidad está violando los derechos fundamentales de la accionante, se prevendrá a CAJANAL para que, en el caso de necesitarse la atención de salud en un caso específico, según lo dicho, preste debidamente a la afiliada los servicios y posteriormente repita contra el Hospital Local de Campo de la Cruz por los costos en que hubiere incurrido.

La Corte dará traslado a la Fiscalía General de la Nación para que se inicie la investigación penal relativa a la disposición de dineros que, como las cuotas para seguridad social, son recursos parafiscales y, pese a haberlos descontado a la trabajadora de su salario, no se han trasladado a la entidad correspondiente.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE, por las razones expuestas en la presente providencia, el fallo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, proferido al resolver sobre la acción de tutela incoada por Isabel María Tejeda Sarabia contra la Caja Nacional de Previsión, CAJANAL, Seccional Atlántico y, en consecuencia, negar la protección solicitada, en cuanto la acción se dirige contra dicha entidad.

SE ADICIONA la providencia examinada, ordenando al Gerente del Hospital local de Campo de la Cruz que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, efectúe los aportes que en seguridad social y pensiones, respecto de la demandante, adeude a CAJANAL. Entre tanto, deberá asumir directamente todos los servicios de salud que requieran la accionante y su familia.

Segundo.- PREVIENESE a CAJANAL en el sentido de que está obligada a atender a la solicitante y a sus beneficiarios si presentan en concreto algún percance o afección de salud urgente o de especial gravedad, sin perjuicio de repetir contra el patrono si éste todavía no se ha puesto al día en el pago de sus aportes.

Tercero.- DESE traslado a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

Cuarto.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General