

Sentencia T-128/05

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Prestación sin interrupción.

Respecto de la salud y la seguridad social la jurisprudencia ha precisado que la continuidad en su prestación garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales. En tal sentido, esta Corporación ha sido enfática en señalar que las razones de índole administrativo o aquellas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores o empresas contratantes con las E.P.S. no son aceptables para negar la atención médica ya iniciada.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Controles

DEBIDO PROCESO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Desafiliación

En virtud del principio de continuidad del servicio y las decisiones de las E.P.S. de suspender la prestación del servicio o desafiliar a una persona del Sistema no pueden adoptarse de manera unilateral y caprichosa, pues siempre habrá de garantizarse el debido proceso a los afiliados.

DERECHO A LA SALUD DE BEBE PREMATURO-Fundamental

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando se está ante el mínimo vital

Referencia: expediente T-988640

Acción de tutela instaurada por Claudia Piedad Álvarez Montoya contra Susalud E.P.S. de Medellín

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Claudia Piedad Álvarez Montoya contra la E.P.S. Susalud de Medellín.

I. ANTECEDENTES.

La señora Claudia Piedad Álvarez Montoya, actuando en nombre propio y en representación de su hijo Alejandro Montoya Álvarez, interpone acción de tutela contra la E.P.S. Susalud de Medellín, por considerar que esta entidad ha vulnerado sus derechos a la salud y seguridad social en conexidad con la vida, dignidad, integridad e igualdad. Fundamentan su demanda en los siguientes hechos:

- 1.- Manifiesta que desde el 11 de noviembre de 2003, mediante un contrato a término indefinido, se encuentra vinculada laboralmente a la Empresa Comercializadora de Mercancía.
- 2.- Indica que en esa misma fecha fue afiliada a Susalud E.P.S. y desde ese entonces su empleador ha venido cancelando oportunamente los aportes respectivos.
- 3.- Comenta que a pesar de que el 1º de julio de 2004 nació su hijo, no le han reconocido ni cancelado su licencia de maternidad.
4. Así mismo, señala que el menor nació prematuro y por un defecto físico que tiene en las manos, “nació con doce dedos”, su médico tratante le ordenó una cirugía de “corrección quirúrgicapolidactilia mano izquierda y mano derecha”.

5.- Advierte que desde el 30 de julio de 2004 fue retirada del sistema con el fundamento de que “llamaron a corroborar unos datos y no se quien respondió, porque yo no he recibido llamada alguna, donde manifestaron que yo no laboraba”. Indica que requiere de atención por cuanto hace dos meses viene presentando hemorragias.

6.- Afirma que su contrato de trabajo, así como aquél con la E.P.S. se encuentran vigentes y que el pago de las liquidaciones por parte de su empleador se encuentra al día.

Por lo anterior, la accionante solicita que se ordene a la E.P.S. Susalud de Medellín que “revise la decisión adoptada de retirarme de los servicios de salud a mi y a mi hijo, me cancela la incapacidad por maternidad que fue tramitada ante la E.P.S. y cuyos documentos reposan en la oficina de almacentro, se me preste atención médica dado que después del parto he presentado hemorragias continuas y que se le lleve a efecto a mi hijo la operación pendiente y ordenada por la pediatra adscrita a susalud consistente en corrección quirurgicapolidáctila mano izquierda y mano derecha tal como parece en orden médica y todo tratamiento que derive del anterior, incluyendo procedimientos médicos, cirugías, hospitalización, medicamentos y demás lo que deberá quedar consignado en el fallo para evitar omisiones de parte de la entidad y hacerse cargo del costo total de su tratamiento repitiendo al Fosyga”.

II. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

En respuesta allegada al Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Medellín, el señor Juan David Gaviria Fernández, representante legal de la Sociedad Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A.-SUSALUD Medicina prepagada solicita que se niegue el amparo deprecado.

En primer término sostiene que, de acuerdo con la información de los archivos de la entidad, la accionante estuvo inscrita al sistema de seguridad social en salud por medio de SUSALUD E.P.S., en calidad de cotizante activa y empleada del señor Isaías de Jesús Cardona, por el período comprendido entre el 04 de noviembre de 2003 y el 30 de julio de 2004, durante el cual afirma haberle prestado los servicios médicos a la accionante.

Explica que con ocasión a una auditoría practicada con fundamento en los artículos 5º y 6º del Decreto 1703 de 2002, “pudo establecer inconsistencias en la información proporcionada por el empleador señor Isaías de Jesús Cardona, al S.G.S.S.S., en el trámite de afiliación de

todos los trabajadores reportados por este a SUSALUD EPS “. En virtud de lo anterior e invocando lo dispuesto por el artículo 85 del Decreto 806 de 1998, el 29 de junio de 2004, la E.P.S. que representa le solicitó al empleador que acreditara la relación laboral de trece personas, dentro de las cuales se encontraba la accionante. Indica que como no se dio respuesta a dicho requerimiento SUSALUD E.P.S. decidió suspender la prestación del servicio y cancelar la afiliación de todos los trabajadores reportados, “conforme lo establece el literal C del numeral 7º, del artículo 14, del Decreto Reglamentario 1485 de 1994, y el artículo 64 del decreto 806, con la consecuente pérdida de antigüedad en el sistema”.

Señala que el 09 de agosto recibió comunicación del administrador, “acompañada de algunos de los anexos solicitados pero no completos como se le había solicitado”. Sin embargo, informa que con ocasión del proceso de auditoría adelantado al señor Cardona y la realización de unas llamadas telefónicas a los distintos trabajadores, se pudo establecer que las personas que aparecían registradas “efectivamente no laboraban con este”.

Así pues afirma que la decisión de terminar unilateralmente la relación contractual con los afiliados relacionados en el comunicado del 29 de junio, dentro de los cuales aparecía la accionante, se ajustó a la ley.

Finalmente aduce que se le ocultó información determinante para la verificación del traslado de E.P.S., ya que de acuerdo con el numeral 9º del Decreto 1485 de 1994, todo afiliado al sistema general de seguridad social en salud, al cual se le haya diagnosticado enfermedad catastrófica o de alto costo como la que presenta el accionante (Insuficiencia Renal), no puede trasladarse de EPS, sino hasta después de haber culminado el tratamiento en la EPS de origen, esto es el ISS.

Intervención de la Empresa

El señor Juan Carlos Arias P., en calidad de representante legal de Comercial J.I. le informa al Juzgado de conocimiento que la empresa se encuentra al día con los pagos a Susalud E.P.S. y que el contrato laboral con la accionante se encuentra vigente. Afirma que la peticionaria se desempeña como vendedora y ha cumplido con sus cuotas de venta.

Explica que el señor Isaías de J. Cardona siempre lo ha respaldado con su nombre “para la consecución de créditos, compras de mercancías y para las diferentes afiliaciones que hago

de los empleados a las diferentes EPS, a Riesgos Profesionales y en algunos casos a pensiones, pero realmente quien contrata y maneja la Empresa es quien firma esta carta”.

En tal sentido aclara que como es él quien contrata o delega quien los contrate, “es por ello que ellos desconocen del (sic) del señor Isaias de J. Cardona G., quien como antes le comente a Usted, solo me respalda con su Nombre, motivo por el cual se presento el mal entendido con Susalud EPS.”

III. DECISIÓN OBJETO DE REVISIÓN.

El Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Medellín niega el amparo solicitado por considerar que la acción de tutela no es procedente.

Explica que la E.P.S. ha sido asaltada en su buena fe por parte del empleador “pues si bien es cierto hizo la vinculación de unos empleados al sistema de seguridad social acto que produjo efectos jurídicos, más adelante logró demostrar la entidad que toda la información suministrada había sido falsa...”.

Indica que es necesario que exista una vinculación al sistema como condición de la eficacia y exigibilidad del derecho a la salud, de conformidad con el Decreto 806 de 1998 y en esa medida, afirma que cuando se está ante una desafiliación al sistema la situación de protección desaparece. Por consiguiente la E.P.S. no estaría en la obligación legal de prestar los servicios de salud exigidos por la usuaria quien para esta fecha ha perdido la condición descrita, debiendo acudir a su empleador para que cubra los servicios de salud exigidos, en ese orden de ideas la acción de tutela no prosperará.

En síntesis, afirma que la protección de los derechos fundamentales de la accionante y su hijo no es procedente por cuanto su afiliación a SUSALUD E.P.S. no solo se presentó de manera irregular, engañosa y fraudulenta para obtener beneficios del sistema o tarifas mas bajas de la que le corresponderían, sino que también para esta fecha se encuentra desafiliada de la entidad.

IV. PRUEBAS

Junto con su escrito de tutela la accionante aporta los siguientes documentos:

- Orden de interconsulta -remisión para el menor Alfredo Montoya Álvarez. (folio 5)
- Copia de los formularios de autoliquidación de aportes correspondientes a diciembre de 2003 y enero a agosto de 2004 (folios 6 a 14)
- Copia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito el 11 de noviembre de 2003 por la accionante y Isaías de Jesús Cardona Gaviria. (folio 15)
- Certificación de la Notaría 24 de Medellín en la cual consta que el nacimiento del menor Alejandro Montoya Álvarez aparece inscrito y que ocurrió el 1º de julio de 2004. (folio 16)
- Copia del escrito dirigido a Isaías de Jesús Cardona en el que Susalud le solicita información acerca de la accionante quien a 29 de junio de 2004 se encontraba inscrita.
- Copia de carnet de SUSALUD y de la vinculación a la E.P.S. y a la A.R.S.

Junto con su escrito, SUSALUD E.P.S. aporta, entre otros, los siguientes documentos:

- Copia del reporte de comprobación de derechos de la afiliada. (folios 36 y 37)
- Copia de los formularios de afiliación de la accionante (No. 2205692) y de su hijo (No. U 0218275).
- Copia de la comunicación por medio de la cual SUSALUD E.P.S. solicitó al señor Isaías de Jesús Cardona que acredite la calidad de cada uno de sus empleados. (folios 32 y 33)
- Copia de la comunicación que de manera extemporánea e incompleta envía el empleador a la E.P.S. el 09 de agosto de 2004. (folios 34 y 35)
- Declaraciones juramentadas rendidas por la accionante ante el Juzgado 27 Penal Municipal de Medellín los días 24 y 30 de agosto de 2004 (folios 23, 24 y 51), en las cuales manifestó entre otras cosas lo siguiente:

“...el parto fue asistido por cuenta de SUSALUD, el motivo de la presente tutela es que me retiraron de la E.P.S. desde el 30 de julio de este año, supuestamente de la E.P.S. llamaron a mi casa para corroborar los datos, y o en ningún momento recibí ninguna llamada, el niño mío nació el primero de julio de este año, porque con este niño ajusto tres. El bebe mío es

prematureo es NEONATAL, en este momento necesito las vacunas, la asistencia médica y no me lo quieren atender, tampoco me quieren pagar la licencia de maternidad, tengo todos mis pagos al día hasta la fecha de hoy, eso es lo que yo quiero que me sigan atendiendo los niños y que se me pague la licencia de maternidad. (...) Tengo orden para la operación de los dedos porque nació con seis dedos en cada mano. Tiene pendientes las vacunas, porque recién nacido yo lo lleve y me colocaron unas vacunas, ya después me di cuenta que me habían retirado porque llame a pedir una cita." (...) No yo soy sola, yo los mantengo. Mi sueldo es dependiendo de lo que haga en las ventas, gano un salario mínimo y aparte las comisiones. Osea que aproximadamente quincenalmente puedo recibir recibo (sic) 170.000 mil pesos, 150.000 y ahí.(...)".

- Declaración de la Señora María Victoria Álvarez Montoya, hermana de la accionante, rendida ante el Juez 27 Penal Municipal de Medellín el 30 de agosto de 2004. (folios 49 y 50)

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes

2. Planteamiento del caso y problema jurídico.

La señora Claudia Piedad Álvarez Montoya actuando en representación propia y de su menor hijo, Alejandro Montoya Álvarez, presenta acción de tutela por considerar que Susalud E.P.S. ha vulnerado sus derechos fundamentales, pues en virtud de la decisión de cancelarle de manera unilateral su afiliación se ha negado a prestarle la atención médica que requiere y a autorizar la cirugía que le fue ordenada al menor, con ocasión de una malformación que presenta en las manos. Así mismo afirma que a pesar de haber cotizado al sistema, la E.P.S. no le ha reconocido ni cancelado su licencia de maternidad. El representante legal de Susalud E.P.S. sostiene que a la accionante se le prestaron los servicios médicos hasta la fecha en que le fue cancelada su afiliación por algunas irregularidades.

El juez de conocimiento niega el amparo solicitado, por considerar que la accionante, en la medida en que no se encontraba afiliada, no tenía derecho a la prestación del servicio.

Con base en lo anterior, corresponde a la Sala determinar, por una parte, si en el presente caso la entidad demandada ha vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria y su hijo, al haber cancelado su afiliación y no suministrarles la atención médica que requieren, bajo el argumento de haberse presentado irregularidades. De otra parte, si el no reconocimiento y cancelación de la licencia de maternidad de la accionante afecta sus derechos fundamentales.

Antes de resolver los anteriores interrogantes, la Sala hará referencia de manera general al principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos de salud y seguridad social y a la protección del derecho a la salud del menor. Así mismo, se hará alusión a la especial protección de la mujer embarazada y su hijo recién nacido, así como a la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política establecen que la seguridad social y la salud son servicios públicos de carácter obligatorio, cuya prestación está sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. De igual forma, el artículo 48 dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable que “se garantiza a todos los habitantes”, y el artículo 49, por su parte, “garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

En virtud del principio de eficiencia, cual es inherente a la prestación de los servicios públicos (art. 365 de la C.P.)¹, el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de manera continua y eficiente del servicio. De la mencionada obligación se deriva el principio de continuidad que supone la imposibilidad de su interrupción, a menos que exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.² Al respecto, en la Sentencia T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación anotó que: “Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales...”.

La Corte ha considerado que la continuidad en la prestación de los servicios públicos se justifica en tanto garantiza también el postulado de la buena fé. Al respecto, ha sostenido:

“La continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P. : ‘las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe’. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado.”³

Respecto de la salud y la seguridad social la jurisprudencia ha precisado que la continuidad en su prestación garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales.⁴ En tal sentido, esta Corporación ha sido enfática en señalar que las razones de índole administrativo⁵ o aquellas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores o empresas contratantes con las E.P.S. no son aceptables para negar la atención médica ya iniciada. En estos casos la prestación del servicio debe continuarse y, si ello es posible, culminarse, hasta tanto el usuario adquiera cierta estabilidad en la cual no exista amenaza alguna a derechos fundamentales.⁶ En tal sentido esta Corporación, en Sentencia T-617 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, precisó lo siguiente: “Los contratos mediante los cuales se concreta la prestación de determinados servicios propios de la seguridad social establecen una relación jurídica entre la entidad responsable y el establecimiento que efectiva y directamente los brinda al usuario, y en modo alguno la negligencia administrativa en lo concerniente a su celebración, renovación o prórroga puede afectar a los usuarios y beneficiarios de tales servicios.”

Así mismo, en la sentencia T-1198 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, se reiteró que los pacientes tienen derecho a no sufrir abruptamente la suspensión de la continuidad en la prestación de los servicios de salud. Ello, “en razón de que, tanto la jurisprudencia constitucional como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dan cuenta del derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud y el mismo sería inocuo si en cualquier fase, las entidades prestadoras de salud pudiesen interrumpirlo a voluntad. La mencionada interrupción del servicio no sólo ocurre cuando la entidad prestadora desvincula de manera definitiva al afiliado, sino también cuando, aún estando cotizando a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento con fundamento en razones de carácter administrativo.”

De esta manera, quienes están en la obligación de prestar el servicio no pueden incurrir en

conductas u omisiones que comprometan esa continuidad.⁷ Como ha explicado la Corte, “una vez alguien entra al Sistema tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo”⁸.

En efecto, el artículo 183 de la Ley 100 de 1993 establece la prohibición para las Entidades Promotoras de Salud de terminar, en forma unilateral, la relación contractual con sus afiliados.⁹ No obstante dicha prohibición no puede entenderse de manera absoluta, pues las E.P.S. deben actuar sobre la base de la permanencia de un trabajador en el empleo y en el sistema, “salvo que el empleador informe que esta situación ha cambiado o que se identifique un error en la información o un fraude”.¹⁰

Además, es necesario tener presente que existen deberes correlativos en cabeza de los empleadores y los usuarios del Sistema, “los cuales deben ser cumplidos en su integridad para que el derecho a la prestación de los servicios de salud pueda hacerse exigible ante las entidades encargadas de la promoción y prestación de tales servicios”.¹¹ De conformidad con el artículo 161 de la Ley 100 de 1993¹², el empleador tiene, entre otras, la obligación de inscribir a sus trabajadores a alguna E.P.S, contribuir al financiamiento del sistema general de seguridad social en salud con el pago oportuno de aportes y cotizaciones y aportar la información relacionada con la vinculación laboral de sus trabajadores. De igual forma, existen deberes para los usuarios del sistema:

“Artículo 161.- Deberes de los afiliados y beneficiarios. Son deberes de los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud los siguientes:

1. Procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.
2. Afiliarse con su familia al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar.
4. Suministrar información veraz, clara y completa sobre su estado de salud y los ingresos base de cotización.

5. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los empleadores a las que se refiere la presente Ley.

6. Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de las instituciones y profesionales que le prestan atención en salud.

7. Cuidar y hacer uso racional de los recursos, las instalaciones, la dotación, así como de los servicios y prestaciones sociales y laborales. 2

8. Tratar con dignidad el personal humano que lo atiende y respetar la intimidad de los demás pacientes". (subrayas no originales)

Así mismo, el artículo 4º del Decreto 1703 de 2002 establece que los afiliados además de la obligación de suministrar los soportes que acreditan la calidad de beneficiario de su grupo familiar cuando les sea requerida, son responsables de "reportar las novedades que se presenten en su grupo familiar y que constituyan causal de extinción del derecho del beneficiario, tales como fallecimiento, discapacidad, pérdida de la calidad de estudiante, independencia económica, cumplimiento de la edad máxima legal establecida y demás que puedan afectar la calidad del afiliado beneficiario".

La información relacionada con las calidades requeridas para afiliarse en calidad de cotizante o beneficiario, puede ser requerida y verificada en todo momento por la E.P.S. respectiva a fin de evitar irregularidades que entorpezcan la sostenibilidad del sistema. La normatividad vigente permite que, a través de auditorías¹³, constantemente se verifiquen las calidades acreditadas por los usuarios al momento de su afiliación, se realicen los requerimientos necesarios para alimentar las bases de datos, se informe a las autoridades competentes las posibles irregularidades y se impongan las sanciones a que hubiere lugar, como la suspensión del servicio, la desafiliación, la pérdida de antigüedad y la responsabilidad pecuniaria consistente en reembolsar los gastos en que incurrió el sistema durante el período en el que el beneficiario carecía del derecho.¹⁴

Así el artículo 9º del Decreto 1703 de 2002 prevé la suspensión de la afiliación cuando se presenten las causales del artículo 57 del Decreto 1406 de 1999 y cuando no se presenten los soportes exigidos para los beneficiarios. También, el artículo 10 de la misma norma,

establece las causales de desafiliación en los siguientes términos:

“Artículo 10 del Decreto 1703 de 2002, modificado por el artículo 2º del Decreto 2400 de 2002 - : Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos:

a) Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPC adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud;

b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la entidad promotora de salud, EPS, a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente; la novedad de retiro informada a través del formulario de autoliquidación hace presumir la pérdida de capacidad de pago del trabajador retirado;

c) Cuando el trabajador independiente pierde su capacidad de pago e informa a la entidad promotora de salud, EPS, tal situación, a través del reporte de novedades o en el formulario de autoliquidación;

d) Para los afiliados beneficiarios, cuando transcurran tres meses de suspensión y no se entreguen los soportes de la afiliación requeridos por la entidad promotora de salud, EPS, en los términos establecidos en el presente decreto;

e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar, caso en el cual quedará como cabeza de grupo;

f) Cuando la Entidad Promotora compruebe la existencia de un hecho extintivo de la calidad de afiliado, cuya novedad no haya sido reportada;

g) Cuando la Superintendencia Nacional de Salud defina quejas o controversias de multifiliación;

h) En los demás casos previstos en el Decreto 1485 de 1994 artículo 14 numeral 7.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades promotoras de salud, EPS, presentarán semestralmente

informes consolidados a la Superintendencia Nacional de Salud sobre los casos de desafiliación.

PARÁGRAFO 2o. En el evento de que la persona desafiada adquiera capacidad de pago antes que opere la pérdida de antigüedad, debe reingresar a la misma EPS a la cual se encontraba afiliado, cuando no cumpla con los requisitos para ejercer el derecho a la movilidad. Será suficiente el reporte de novedades para efectuar su reafiliación.

Cuando se presente desafiliación por mora en el pago de aportes, la persona deberá afiliarse, nuevamente a la EPS en la cual se encontraba vinculado y pagar la totalidad de los aportes adeudados al Sistema con sus intereses correspondientes. La EPS podrá compensar por los periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes.

PARÁGRAFO 3o. En los casos a que se refieren los literales g) y h), la EPS deberá enviar en forma previa al afiliado una comunicación en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1703 de 2002.”

La decisión de desafiliación debe ser adoptada una vez se haya seguido el procedimiento a que se refiere el artículo 11 del mencionado decreto. El contenido de esta disposición es el siguiente:

“Artículo 11 del Decreto 1703 de 2002: Procedimiento para la desafiliación. Para efectos de la desafiliación, la entidad promotora de salud, EPS, deberá enviar de manera previa a la última dirección del afiliado, con una antelación no menor a un (1) mes, una comunicación por correo certificado en la cual se precisen las razones que motivan la decisión, indicándole la fecha a partir de la cual se hará efectiva la medida. En caso de mora, copia de la comunicación deberá enviarse al empleador o la entidad pagadora de pensiones.

Antes de la fecha en que se haga efectiva la desafiliación, el aportante podrá acreditar o efectuar el pago de los aportes en mora o entregar la documentación que acredite la continuidad del derecho de permanencia de los beneficiarios. En este evento, se restablecerá la prestación de servicios de salud y habrá lugar a efectuar la compensación por los periodos en que la afiliación estuvo suspendida.

En caso de controversias, la Superintendencia Nacional de Salud procederá en los términos previstos en el artículo 77 del Decreto 806 de 1998.”

En este orden de ideas, cabe aclarar que el principio de continuidad debe observarse sin perjuicio de las acciones controladoras, preventivas y sancionatorias que las E.P.S. están facultadas a adelantar con el fin de evitar y contrarrestar las irregularidades que se presenten en relación con la afiliación de los usuarios al sistema. En relación con dichas atribuciones, la Corte en la Sentencia T-537 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, consideró que “Estos mecanismos de control sobre la información suministrada por los usuarios, son factores determinantes que contribuyen en el eficiente funcionamiento y sostenibilidad del Sistema de Salud, pues sanciona a quienes no hayan cumplido sus obligaciones dentro del sistema, en desmedro tanto de deberes legales de orden público como de mandatos constitucionales.”

En todo caso, cabe precisar que en virtud del principio de continuidad del servicio y las decisiones de las E.P.S. de suspender la prestación del servicio o desafiliar a una persona del Sistema no pueden adoptarse de manera unilateral y caprichosa, pues siempre habrá de garantizarse el debido proceso a los afiliados. En la misma sentencia T-537 de 2004, la Corte se refirió a este punto en los siguientes términos:

“Las facultades correctivas adoptadas por parte de las E.P.S. han sido avaladas en reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, para sancionar por ejemplo, múltiples afiliaciones. En tal sentido la Corte consideró que:

‘En todo caso, cuando constitucional y legalmente no corresponda a una EPS continuar un tratamiento médico, lo que se decida al respecto ha de ser producto de un debido proceso básico (artículo 29, C.P.), precepto desarrollado por el legislador al impedir categóricamente a las EPS desafiliar de forma unilateral y caprichosamente a una persona, (...) Ahora bien, lo anterior no significa que en el evento en que se presentan afiliaciones múltiples en desmedro de los principios constitucionales que rigen el sistema de salud, esté prohibido efectuar los correctivos encaminados a evitar que una misma persona continúe afiliado a dos EPS, (...)15.” (subrayado fuera del texto)

4. Protección de los derechos a la salud y seguridad social del menor.

El artículo 44 de la Constitución dispone que son derechos fundamentales de los niños, la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, otorgándoles, a su vez, prevalencia sobre los derechos de los demás. Con base en esta disposición y en los tratados internacionales, la Corte ha señalado que para el caso de los menores el derecho a la salud es fundamental autónomo por cuanto no requiere que su afectación se encuentre en conexidad con otro derecho fundamental.¹⁶ Al respecto, en la sentencia SU- 819 de 1999, M.P. Álvaro Táfur Galvis, la Corte precisó lo siguiente:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”.

De igual forma, en virtud del mencionado artículo constitucional, la Corte, respecto al derecho a la seguridad social del menor ha precisado que “el Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de especial atención hacia ellos”.¹⁷

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en cuanto a que, tratándose de niños, la salud y la seguridad social son derechos fundamentales y los mismos deben ser garantizados por el Estado, “no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad

inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.”¹⁸

5. Protección a la mujer embarazada y al niño recién nacido. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad.

El artículo 43 de la Constitución Política establece que la mujer, “Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada (...)”. Así mismo, dispone que, “El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

En varias oportunidades esta Corporación ha considerado que la especial protección que se le debe a la mujer, bajo las circunstancias descritas en la anterior disposición, garantizan la igualdad real y efectiva a la que se refiere el artículo 13 Superior, los derechos del recién nacido y la familia. Al respecto, en la sentencia T-501 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se advirtió que la importancia de hacer efectiva la especial protección a la mujer durante y después del embarazo, “deviene también en el amparo de derechos tales como la consecución de la igualdad real y efectiva entre los sexos (artículo 2, 13 de la C.P.), la protección de los derechos fundamentales del nasciturus (artículo 44 de la C.P.), y de la familia (artículos 5 y 42 de la C.P.), derechos que en su conjunto conforman un plus normativo de carácter superior”.

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia ha sostenido que una de las materializaciones concretas de la protección a la maternidad, es el reconocimiento y pago de la licencia que debe ser concedida a la madre, al momento del nacimiento de su hijo, por un lapso de ochenta y cuatro (84) días, pues esta tiene como finalidad “permitirle a la madre estar junto a su hijo durante sus primeros meses, la posibilidad de brindarle los cuidados necesarios (afectivos y económicos), el fortalecimiento de la familia, pilar fundamental de la sociedad y la percepción de un ingreso económico que garantice la subsistencia de la madre y el niño mientras ésta se reincorpora al trabajo.”¹⁹

Dicha prestación, que equivale al valor que devengaría si siguiera laborando, debe ser

cancelada por la entidad promotora de salud escogida por la madre en el sistema contributivo de salud o por el empleador, en el evento en que no la hubiere afiliado al sistema o cuando estando afiliada, no hubiera cotizado al sistema el período mínimo para tener derecho a tal prestación.²⁰

Ahora bien, dado el carácter prestacional de la licencia de maternidad, en principio, ésta no es susceptible de ser reclamada por vía de tutela. Sin embargo, la Corte ha considerado que, bajo ciertas circunstancias, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para tal efecto.²¹ Así ha sostenido que con el fin de garantizar la referida protección especial de la que goza la mujer durante y después del embarazo, es procedente la acción de tutela para obtener el pago oportuno de la licencia de maternidad, “cuando con esta omisión la entidad demandada no sólo está vulnerando el mínimo vital de la madre sino también del recién nacido, quien al igual que ésta goza de una especial protección por parte del Estado, dada la prevalencia de sus derechos frente a los derechos de los demás, tal como se desprende de lo estipulado en el artículo 44 Superior”.²²

Es así como únicamente en ciertos casos, en los que se encuentra vulnerado o amenazado el mínimo vital de la mujer y de su hijo, bajo el supuesto de que el otro medio de defensa judicial no es idóneo para proteger los derechos afectados o en peligro, se ha concedido el amparo constitucional.

Ahora bien, de conformidad con la sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería, para que proceda la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, es requisito indispensable que aquélla sea presentada dentro del año siguiente al nacimiento del menor²³, con el fin de hacer efectiva la protección especial a la mujer y al niño, mediante el pago de sus prestaciones.

6. Caso Concreto.

Con fundamento en las anteriores consideraciones entra la Sala a determinar, en primer término, si la decisión de SUSALUD E.P.S. en el sentido de suspender la prestación del servicio y cancelar la afiliación de la accionante al sistema desconoció el principio de la continuidad en la prestación del servicio y afectó los derechos a la seguridad social y a la salud de su menor hijo, que venía siendo atendido desde su nacimiento. Para el efecto debe considerarse que SUSALUD E.P.S. manifiesta haber encontrado algunas irregularidades en la

afiliación de la señora Álvarez Montoya, cotizante al sistema, lo cual a juicio de la entidad impiden la prestación del servicio y es motivo suficiente para terminar unilateralmente el contrato.

El 11 de noviembre de 2003, la peticionara se vinculó laboralmente a la empresa Comercializadora JI y fue afiliada a la E.P.S. accionada. De las pruebas que obran en el expediente se observa que, desde esa fecha, los aportes han sido cancelados de manera cumplida.

No obstante lo anterior, el 29 de junio de 2004, la Coordinadora de Afiliaciones de la E.P.S. accionada, con fundamento en el Decreto 1703 de 2002, solicitó al empleador información acerca de la vinculación laboral de la accionante, otorgándole un plazo de tres días hábiles para responder. En la contestación de la demanda, la E.P.S. advierte que en vista de que dicho requerimiento no fue atendido, decidió suspender la prestación del servicio y cancelar la afiliación de la peticionaria, con la consecuente pérdida de antigüedad en el sistema.

El 09 de agosto, el señor Juan Carlos Pérez, en calidad de administrador de la empresa "Isaías de J. Cardona G y/o Comercial J.I." respondió el referido requerimiento, manifestando sus "más sinceras disculpas, por no haberles respondido a su misiva en el tiempo estipulado por Ustedes, debido a fallas de comunicación dentro de la Empresa". Y así mismo, allegando "copia de la afiliación a ARP, copia de afiliación a AFP ó en su defecto copia e autoliquidación de pagos a Pensión y contrato (copia) de trabajo de los Empleados que aún se encuentran laborando para la Empresa y que están afiliados a SUSALUD E.P.S. (...)"

Sin embargo, dicha información no fue suficiente para la E.P.S., quien dio valor a las llamadas telefónicas realizadas a los distintos empleados, mediante las cuales determinó que las personas consultadas y que aparecían reportadas "efectivamente no laboraban". Así, decidió suspender la prestación del servicio y posteriormente cancelar la afiliación de la accionante con la consecuente pérdida de la antigüedad al sistema, alegando que la empresa había incurrido en la práctica descrita en el literal c) del artículo 14 del Decreto Reglamentario 1485 de 1994, consistente en "Suministrar a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa o engañosa."

Al respecto, la Sala advierte que tales sanciones no podían aplicarse de manera unilateral y en esa medida la E.P.S. debió respetar el procedimiento que para la desafiliación prevé la

Ley.24 El artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 establece que la desafiliación procederá: “(...) h) En los demás casos previstos en el Decreto 1485 de 1994 artículo 14 numeral 7.” A su vez el numeral 7 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 incluye entre las prácticas no autorizadas al momento de escoger libremente la E.P.S., el hecho de “Suministrar a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa o engañosa”. El párrafo 3º del mismo artículo 10 dispone: “En los casos a que se refieren los literales g) y h), la EPS deberá enviar en forma previa al afiliado una comunicación en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1703 de 2002”. Dicha comunicación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11 del mencionado decreto, debió enviársele a la última dirección de la accionante, mediante correo certificado, en el cual se precisaran las razones que motivaron la desafiliación y a partir de qué fecha se haría efectiva.²⁵ Quiere decir lo anterior, que para efectos de que fuera procedente la desafiliación de la accionante con fundamento en la causal relacionada con el suministro de información falsa o engañosa, la cual fue invocada por SUSALUD E.P.S., esta entidad debió primero, poner en conocimiento de la señora Álvarez Montoya la supuesta situación de irregularidad.

En el presente caso, no existe prueba de que se haya dado cumplimiento a la comunicación, en los términos del artículo 11 del Decreto 1703 de 2002, ni mucho se acreditó en el expediente que se le haya requerido información alguna a la accionante, ni siquiera por vía telefónica, tal y como lo afirma la entidad accionada. En efecto, en la declaración rendida ante el Juzgado 27 Penal Municipal de Medellín en el trámite de la presente acción, la peticionaria sostuvo lo siguiente:

“el motivo es que me retiraron de la E.P.S. desde el 30 de julio de este año, supuestamente de la E.P.S. llamaron a mi casa para corroborar los datos, yo en ningún momento recibí ninguna llamada, el niño mío nació el primero de julio de este año...”. (subrayado fuera del texto)

Así pues, de las pruebas que obran en el expediente la Sala infiere que, si bien la E.P.S. pudo haber requerido información a los demás empleados reportados, a la señora Álvarez Montoya no se le informó acerca de las posibles irregularidades en su afiliación. Como se explicó en líneas precedentes, la responsabilidad de suministrar la información relacionada con la vinculación laboral de sus trabajadores recae principalmente en el empleador. Si por negligencia, aquél no responde a los requerimientos que le realicen las entidades promotoras

de salud, el empleado no tiene porqué soportar la carga de que se le suspenda o interrumpa la prestación del servicio con ocasión del incumplimiento del deber referido. En el presente caso, la “Empresa Comercial J.I”, aunque de manera tardía, en respuesta envió copia de los contratos de trabajo y de las afiliaciones de los empleados que se encontraban laborando.

Sin embargo la E.P.S. no le dio valor alguno a dicha información, por considerarla incompleta. Al respecto, considera la Sala que con mayor razón, en ejercicio de las facultades legales, debió comunicar de lo que estaba sucediendo a la peticionaria.

Teniendo en cuenta que la E.P.S. además de no cumplir con la comunicación a la que se refiere el artículo 11 del Decreto 1703 de 2002, no requirió en ningún momento información alguna a la accionante, para la Sala es clara la inobservancia de las disposiciones normativas reseñadas en esta providencia. Así pues, en el presente caso, en la medida en que las decisiones de suspender el servicio y cancelar unilateralmente la afiliación fueron adoptadas sin observar el procedimiento que la ley establece para tal efecto, la E.P.S. vulneró el debido proceso de la accionante. Por tal razón la Corte revocará las decisiones de suspensión de la prestación del servicio y de desafiliación adoptadas por la entidad accionada.

De otra parte, no puede pasarse por alto que cualquier duda respecto a la vinculación laboral de la accionante se aclaró en el trámite de la presente acción de tutela. Con ocasión de las pruebas decretadas por el Juez 27 Penal Municipal en el trámite de la presente acción de tutela, el 30 de agosto de 2004, el señor Juan Carlos Arias P., en calidad de representante legal de la “Empresa Comercial J.I.”, informó lo siguiente:

“...quiero hacer la siguiente aclaración con respecto a las preguntas hechas por Usted, sobre el caso de la Tutela interpuesta por nuestra Empleadoa Claudia Piedad Alvarez M. Contra Susalud EPS:

01. Nuestra Empresa se encuentra al día con los pagos con Susalud E.P.S. hasta el período 2004/08, pago que se realizó en la Autoliquidación No. 4331712 en Conavi, de la cual adjunto fotocopia.

02. Dicha Empleadoa tiene contrato con la Empresa, con un período de duración de un (1) año y del cual también adjunto copia.

03. Dicha Empleadoa va cumplir con la Empresa Diez (10) meses de servicios como

vendedora, campo en el cual se ha destacado por cumplir con sus cuotas de ventas.

04. Esta Empresa se dedica a la venta de Mercancías por medio de diferentes canales como son: ventas directas a crédito, ventas puerta a puerta y Multinivel.

05. Mi forma de contratación y de manejo de la Empresa es muy sencilla, donde solo he tratado de generar algo de Empleo y ayudar a solucionar la consecución de ingresos económicos para algunas familias.

06. Que el Señor Isaías De J. Cardona G., siempre me ha respaldado con su nombre, para la consecución de créditos, compras de mercancías y para las diferentes afiliaciones que hago de los Empleados a las diferentes EPS, a Riesgos Profesionales y en algunos casos a Pensiones, pero realmente quien contrata y maneja la Empresa en quien firma esta carta.

07. Como soy yo quien contrata los Empleados o delego quien los contrate, es por eso que Ellos desconocen del Señor Isaías De J. Cardona G. , quien como antes le comente a Usted, solo me respalda con su Nombre, motivo por el cual se presento el mal entendido con Susalud EPS.

08. La Empresa se mantiene al día con su Cámara de Comercio, de la cual adjunto fotocopia. Solo ha querido generar Empleo de la forma más sencillamente posible, sin crearle inconvenientes a nadie. Siempre me he destacado por ser cumplido en el pago de las obligaciones adquiridas con mis Empleados, como son sueldos, bonificaciones, EPS, ARP, etc. ...”.

Lo anterior fue corroborado también en la declaración rendida ante el juez de conocimiento por la señora María Victoria Álvarez Montoya, hermana de la tutelante, quien labora en la misma empresa y se encarga de su administración cuando el representante legal se ausenta.²⁶ No obstante lo anterior, el juez de tutela se limitó a cuestionar las impresiones en que incurrió la accionante respecto de los nombres de los directivos de la empresa, dejando a un lado el problema central cual es el desconocimiento del principio de la continuidad en el servicio y la afectación de los derechos fundamentales de la accionante y su hijo. En efecto, obvió el hecho de que la empresa se hiciera parte dentro del proceso de tutela, aclarando que la accionante mantenía su vinculación laboral y en esa medida nunca dejó de ser acreedora de los servicios que presta la E.P.S. a la cual está afiliada.

Cabe aclarar que en el evento en que se hubiera terminado el vínculo laboral, la E.P.S. de igual forma no estaba autorizada para suspender de manera unilateral el servicio. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que en estos casos, las entidades promotoras de salud tiene la obligación de seguir prestando el servicio cuando de ello dependan los derechos fundamentales a la vida e integridad de la persona. Así, en la sentencia C-800 de 2003, la Sala Plena de esta Corporación explicó lo siguiente:

“(…) En efecto, si la persona deja de tener una relación laboral, deja de cotizar al régimen contributivo del Sistema de Salud y no se encuentra vinculada de ninguna otra forma a dicho régimen, pero estaba recibiendo un servicio específico de salud, se pueden distinguir dos situaciones posibles: (a) que la vida y la integridad de la persona dependan del servicio médico específico que se está recibiendo y (b) los demás casos. En la primera situación, constitucionalmente no es admisible que se interrumpa el servicio de salud específico que se venía prestando, pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ello implicaría sacrificar el goce efectivo de los derechos a la vida y a la integridad de una persona. Son entonces las EPS que prestaban en cada caso específico el servicio requerido las que deben garantizar, en primera instancia, que la prestación del mismo no se suspenda; en segunda instancia, la obligación de garantizar la continuidad en la prestación del servicio será responsabilidad de la entidad o las entidades a las cuales les corresponda seguir atendiendo a la persona, dependiendo de la situación jurídica y económica en la que ésta se encuentre.

Ahora bien, en los casos en que las EPS deban seguir atendiendo a una persona, a pesar de que ésta ya no cotiza para el régimen contributivo, se generarán unos costos que no encuentran respaldo financiero en el régimen contributivo. La jurisprudencia de esta Corte ya ha reiterado que es el Estado, por intermedio del Fondo de solidaridad y garantía (Fosyga) del Ministerio de Protección Social, quien debe responder oportunamente a las peticiones mediante las cuales una EPS repita para asegurar la sostenibilidad del sistema.²⁷”

No obstante, todo lo anterior, en el evento en que la E.P.S. considere que persisten las causales que dan lugar a la suspensión o desafiliación de la accionante al sistema, deberá, como se ha indicado a lo largo de esta providencia, adelantar el procedimiento legal correspondiente, notificando y comunicando a la accionante la situación, antes de adoptar una decisión al respecto.

Ahora bien, en su escrito de tutela la peticionaria afirma que pese a haber presentado la orden para la cirugía que debe practicársele al menor, según lo dispuesto por su médico tratante, la E.P.S. se negó, bajo el argumento de que no se encontraba afiliada. Al respecto, considera la Sala que tal actuación vulneró los derechos fundamentales del menor. Como se explicó los derechos a la salud y seguridad social de los niños, en virtud del artículo 44 Superior, son derechos fundamentales autónomos por cuanto no se requiere que su afectación se encuentre en conexidad con otros derechos. En el presente caso es claro que el niño Alejandro Montoya Alvarez nació con una malformación en las manos, pues tiene seis dedos en cada una. Su médico tratante adscrito a la E.P.S. le ordenó una cirugía “consistente en corrección quirúrgicapolidactilia mano izquierda y mano derecha” 28.

En varias oportunidades la Corte ha considerado que el amparo constitucional procede cuando se omite una cirugía que puede mejorar la salud de un niño “pues ella disminuye sus quebrantos y el peligro que puede correr su vida”.²⁹ Negar la intervención quirúrgica en el presente caso atenta directamente contra el artículo 44 de la Carta Política, que garantiza a los menores, como derechos prevalentes la salud, la integridad física y el pleno y adecuado desarrollo. Así mismo desconoce el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 Superior, que ordena una especial protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

La Sala advierte que en el presente caso, la E.P.S. desconoció los derechos fundamentales de un recién nacido, por una parte al no continuar prestándole la atención médica que requería, a pesar de estarlo atendiendo desde su nacimiento y, por otra parte, al no autorizar la cirugía ordenada por su médico tratante.

En consecuencia, considera la Sala que al suspender la prestación del servicio y haber cancelado de manera unilateral la afiliación de la accionante, la E.P.S., en virtud del principio de la continuidad del servicio, no sólo desconoció el debido proceso de la accionante como se explicó en líneas precedentes, sino que vulneró los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del menor, quien dependía de una atención médica adecuada a fin de garantizarle una vida en condiciones de igualdad y dignidad.

Finalmente, la Corte observa que la accionante, además de reclamar la atención médica para

ella y su hijo, acude a la acción de tutela con el fin de que se le reconozca y cancele el valor por concepto de licencia de maternidad. Afirma haber iniciado el trámite ante la E.P.S. para el pago de dicha prestación, sin que a la fecha de interposición de la presente acción de tutela se le haya reconocido ni cancelado. La Sala pasara a verificar si se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales reseñados en esta providencia que permiten la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, en aras de proteger a la mujer embarazada y a su hijo recién nacido.

En primer lugar es necesario corroborar si en el presente caso la acción de tutela fue interpuesta oportunamente dentro del término señalado en la Sentencia T-999 de 2003, para efectos de obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. En el expediente obra copia de una certificación expedida por la Notaría 24 del Circuito de Medellín en la cual consta que el menor Alejandro Montoya Álvarez nació el 1º de julio de 2004 (folio 16). La acción de tutela tiene fecha de recibido el 20 de agosto de 2004. Quiere decir lo anterior, que en la medida en que no había expirado el término señalado en la citada sentencia, esta acción judicial fue interpuesta a tiempo.

De otra parte, de un análisis cuidadoso de las pruebas que obran en el expediente, la Sala advierte que la accionante se encontraba al día con los aportes correspondientes. En el expediente hay constancia de los pagos realizados a nombre de la señora Álvarez Montoya desde el mes de noviembre de 2003 hasta agosto de 2004.³⁰

En su escrito de tutela la accionante afirmó que su bebe había nacido prematuro. Así mismo manifestó que se encontraba al día en el pago de los aportes, razón por la cual solicitó la licencia de maternidad. La anterior información fue reiterada por la solicitante en la declaración juramentada que rindió ante el juzgado el 28 de agosto de 2004:

“el bebe mío es prematuro es NEONATAL, en este momento necesito las vacunas, la asistencia médica y no me lo quieren atender, tampoco me quieren pagar la licencia de maternidad, tengo todos mis pagos al día hasta la fecha de hoy”.

Tales afirmaciones no fueron desvirtuadas ni controvertidas por la E.P.S. en el trámite de la acción de tutela. Así pues, a pesar de que no se sabe exactamente cuantos meses tenía el menor al momento de su nacimiento, en aplicación del principio de la buena fe³¹ y la presunción de veracidad³² a

la que se refiere el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, la Corte toma como cierto lo planteado por la accionante, en cuanto a la condición de prematuro de su hijo, así como del hecho de que se encontraba al día en el pago de los aportes para reclamar la licencia de maternidad. En esta medida, la Sala concluye que la exigencia para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad relacionada con la cotización de los aportes durante el período de gestación, se cumple en el presente caso.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que en el caso objeto de estudio es claro que el no pago de la licencia de maternidad afecta el mínimo vital de la accionante y su hijo recién nacido. Del contrato de trabajo y los formularios de autoliquidación de aportes allegados al expediente, se deduce que la accionante devenga el salario mínimo. Además de la declaración rendida ante el juez de conocimiento, se deduce por una parte, que es madre cabeza de familia con tres hijos a su cargo y por otra, que si bien hay meses en los que puede ganar comisiones por venta, éstas son mínimas, pues no superan junto con el básico, ni dos salarios mínimos. Así pues, es evidente que la peticionaria requiere del pago de su licencia de maternidad para garantizar su mínimo vital y el de su hijo. En tal sentido, la Corte ha señalado que “La protección de la mujer trabajadora embarazada en circunstancias de debilidad económica manifiesta, hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la mujer como para su familia, en especial para el recién nacido”³³.

Ahora bien no puede la E.P.S., con fundamento en la desafiliación realizada el 30 de julio de 2004, negarse a reconocer y cancelar la licencia de maternidad, pues como se dijo en líneas precedentes, aquélla decisión fue adoptada con violación al debido proceso. En consecuencia, para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de la peticionaria y su menor hijo, se ordenará a la E.P.S. Susalud de Medellín reconocer y efectuar el pago de la licencia de maternidad, en un término no mayor de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Medellín que negó el amparo solicitado y en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de la señora Claudia Piedad Álvarez Montoya y el niño Alejandro Montoya Álvarez.

Segundo. Ordenar a SUSALUD E.P.S. de Medellín: (i) dejar sin efectos la decisión de desafiliación de la señora Claudia Piedad Álvarez Montoya y su hijo Alejandro Montoya Álvarez y en consecuencia que siga prestando la atención médica que requieren; (ii) autorizar y practicar la cirugía de “corrección quirúrgicapolidactilia mano izquierda y mano derecha”, que le fue ordenada al menor por su médico tratante; y (iii) reconocer y cancelar a la accionante lo correspondiente por licencia de maternidad.

Tercero. PREVENIR a SUSALUD E.P.S. para que en lo sucesivo no incurran en actuaciones como las que fueron objeto de la presente acción de tutela.

Cuarto. Por Secretaría General líbrese las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El artículo 365 de la Constitución Política establece: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

2 Sentencia T-537 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Así en la sentencia C-800 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte señaló que ni siquiera invocando las siguientes razones, una E.P.S. puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos;⁴ (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo;⁴ (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario⁴; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado;⁴ (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad;⁴ o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.⁴

5 T-262 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 T-829 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

7 T-978 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

8 Sentencias C-800 de 2003 y T-537 de 2004.

9 Ley 100 de 1993 - Artículo 183. Prohibiciones para las entidades promotoras de salud. Las Entidades Promotoras de Salud no podrían, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen,

siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. (...)”.

10 Idem.

11 Sentencia T-537 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

12 El artículo 161 de la Ley 100 de 1993 establece dentro de los deberes del empleador o empresa a nombre de la cual se vincule a un trabajador:

“1. Inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta, verbal o escrita, temporal o permanente. La afiliación colectiva en ningún caso podrá coartar la libertad de elección del trabajador sobre la Entidad Promotora de Salud a la cual prefiera afiliarse, de conformidad con el reglamento.

2. En consonancia con el artículo 22 de esta ley, contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes:

a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204.

b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio;

c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el gobierno.

3. Informar las novedades laborales de sus trabajadores a la entidad a la cual están afiliados, en materias tales como el nivel de ingresos y sus cambios, las vinculaciones y retiros de trabajadores. Así mismo, informar a los trabajadores sobre las garantías y las obligaciones que les asisten en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4. Garantizar un medio ambiente laboral sano, que permita prevenir los riesgos de trabajo y enfermedad profesional, mediante la adopción de los sistemas de seguridad industrial y la observancia de las normas de salud ocupacional y seguridad social.

PARÁGRAFO. Los empleadores 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.”

13 Decreto 1703 de 2002 “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Artículo 5º - Auditorías. Las entidades promotoras de salud, EPS, deberán realizar pruebas de auditoría a través de muestreos estadísticamente representativos de su población de afiliados, con el objeto de verificar la perdurabilidad de las calidades acreditadas al momento de la afiliación, y, establecer las medidas correctivas a que haya lugar.

Los muestreos estadísticos a que se refiere el inciso anterior serán diseñados por el Ministerio de Salud o en su defecto por las entidades promotoras de salud, EPS.

Igualmente, deberán realizar requerimientos a los afiliados cotizantes, para que presenten la documentación que les sea requerida para acreditar el derecho de los beneficiarios a permanecer inscritos dentro del sistema.

Las entidades promotoras de salud, EPS, presentarán a la Superintendencia Nacional de Salud un informe con los resultados obtenidos en las auditorías realizadas o de los cruces de información y las medidas de ajuste adoptadas. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que deba adelantar la superintendencia dentro del ámbito de su competencia.

Las entidades públicas o privadas suministrarán la información que se requiera por parte de las entidades promotoras de salud, EPS, con el fin de que puedan realizar los cruces de información, correspondiendo a estas últimas el cuidado de la información entregada.

Lo dispuesto en el presente artículo, no obsta para que el Ministerio de Salud pueda realizar acciones de verificación de los soportes de la afiliación de cotizantes y beneficiarios y determinar los instrumentos que deberán ser aplicados por las entidades promotoras de

salud, E.P.S, con el fin de establecer la debida permanencia de los beneficiarios al sistema de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

Artículo 6º Verificación permanente de las condiciones actuales de afiliación. Las entidades promotoras de salud, EPS, procederán cada tres (3) meses contados desde la expedición del presente decreto, a realizar los procesos de auditoría y demás actividades de que trata el artículo anterior.

Cuando la entidad promotora de salud, EPS, haya recibido la información y no realice los ajustes correspondientes, responderá por la permanencia o no de tales beneficiarios en el sistema general de seguridad social en salud y en especial, por el cobro de UPC por tales afiliados en los términos del artículo 3º del Decreto-Ley 1281 de 2002.

14 Decreto 806 de 1998

Artículo 82.- Afiliación irregular para pago de incapacidades o licencias. Las personas que se afilien al sistema argumentando relación laboral inexistente o con fundamento en ingresos no justificados perderán el derecho a las prestaciones económicas que le hubieren reconocido durante dicho período. Cuando la conducta se determine con posterioridad al goce del derecho, será deber del usuario efectuar los reembolsos correspondientes.

15 Ibídem

16 Sobre este tema pueden estudiarse, entre otras, las sentencias T-075/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-286/98 M.P. Fabio Morón Díaz T-558/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-046/99 M.P. Hernando Herrera Vergara; T-887/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-414/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-421/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-972 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda T-1019/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T- 530 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería.

17 Sentencia T-1008 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

18 Sentencia T-076 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Doctrina reiterada recientemente en la sentencia T-801 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

19 Sentencia T-736 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Art. 207 de la Ley 100 de 1993 y Art. 3º del Decreto Reglamentario 47 de 2000.

21 Sentencias T-568 de 1996, T-270, T-567 y T-662 de 1997, T-104, T-139, T-175, T-210, T-362, T-496, T-365 y T-458 de 1999, T-258, T-467, T-765, T-906, T-950, T-1472, T-1600 de 2000 y T-1168 de 2000, T-390, T-736, T-473, T-513, T-694, T-736, T-1002 y T-1224 de 2001, T-211, T- 389, T-707, T-497, T-664 y T-996 de 2002 y T- 389, T-421 y T-665 de 2004, entre otras.

22 Sentencia T-635 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería. Así mismo pueden consultarse las sentencias: T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-075/01, T-157/01, T-161/01, T-473/01, T-736/01, T-1002/01, T-1224/01, T-707/02, T-996/02, T-885/02, T-773/02, T-460/03.

23 Posición reiterada en la sentencias T-1004, T-1005 y T-1006 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

24 Artículo 10 del Decreto 1703 de 2002, modificado por el artículo 2º del Decreto 2400 de 2002 - Artículo 10: Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos:

a) Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPC adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud;

b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la entidad promotora de salud, EPS, a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente; la novedad de retiro informada a través del formulario de autoliquidación hace presumir la pérdida de capacidad de pago del trabajador retirado;

c) Cuando el trabajador independiente pierde su capacidad de pago e informa a la entidad promotora de salud, EPS, tal situación, a través del reporte de novedades o en el formulario de autoliquidación;

d) Para los afiliados beneficiarios, cuando transcurran tres meses de suspensión y no se entreguen los soportes de la afiliación requeridos por la entidad promotora de salud, EPS, en los términos establecidos en el presente decreto;

e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar, caso en el cual quedará como cabeza de grupo;

f) Cuando la Entidad Promotora compruebe la existencia de un hecho extintivo de la calidad de afiliado, cuya novedad no haya sido reportada;

g) Cuando la Superintendencia Nacional de Salud defina quejas o controversias de multifiliación;

h) En los demás casos previstos en el Decreto 1485 de 1994 artículo 14 numeral 7.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades promotoras de salud, EPS, presentarán semestralmente informes consolidados a la Superintendencia Nacional de Salud sobre los casos de desafiliación.

PARÁGRAFO 2o. En el evento de que la persona desafiliada adquiera capacidad de pago antes que opere la pérdida de antigüedad, debe reingresar a la misma EPS a la cual se encontraba afiliado, cuando no cumpla con los requisitos para ejercer el derecho a la movilidad. Será suficiente el reporte de novedades para efectuar su reafiliación.

Cuando se presente desafiliación por mora en el pago de aportes, la persona deberá afiliarse, nuevamente a la EPS en la cual se encontraba vinculado y pagar la totalidad de los aportes adeudados al Sistema con sus intereses correspondientes. La EPS podrá compensar por los periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes.

PARÁGRAFO 3o. En los casos a que se refieren los literales g) y h), la EPS deberá enviar en forma previa al afiliado una comunicación en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1703 de 2002.

25 Artículo 11 del Decreto 1703 de 2002: Procedimiento para la desafiliación. Para efectos de la desafiliación, la entidad promotora de salud, EPS, deberá enviar de manera previa a la última dirección del afiliado, con una antelación no menor a un (1) mes, una comunicación por correo certificado en la cual se precisen las razones que motivan la decisión, indicándole la fecha a partir de la cual se hará efectiva la medida. En caso de mora, copia de la

comunicación deberá enviarse al empleador o la entidad pagadora de pensiones.

26 Folios 49 y 50 del expediente.

27 En la sentencia SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte Constitucional recoge y unifica su jurisprudencia al respecto.

28 Orden de interconsulta - remisión a folio 5 del expediente.

29 Sentencias SU-043 de 1995. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz y T-1265 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

30 En el expediente obra copia de los formularios de autoliquidación de aportes correspondiente a los meses de diciembre de 2003 a agosto de 2004 y así mismo del pago del mes de noviembre en el certificado de Producción POS que reposa a folio 37.

31 Artículo 83 de la Constitución Política: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. .

32 Artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política ". : Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

33 Sentencia T-270 de 1997.