

Sentencia T-347/00

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Obligación del empleador de afiliación de trabajadores y traslado oportuno de cotizaciones

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Obligación del empleador de afiliación de trabajadores y traslado oportuno de cotizaciones/SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Trámites están a cargo del empleador

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Para afiliación no se requiere solicitud al empleador

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Responsabilidad del empleador por falta de inscripción o giro de cotizaciones

EMPLEADOR-Asunción total de atención de accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por no afiliación o giro oportuno de cotizaciones

EMPLEADOR-Asunción, en principio, servicio de salud por mora en aportes

EMPLEADOR-Asunción servicio de salud por no afiliación del trabajador

DERECHO A LA SALUD-Afiliación a EPS

Referencia: expediente T-264628

Acción de tutela instaurada por Karol Eugenia Gómez contra la Asamblea Departamental de Nariño.

Magistrado Ponente:

Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo 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 Tribunal Administrativo de Nariño, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Karol Eugenia Gómez contra la Asamblea Departamental de Nariño.

I. ANTECEDENTES

Según la peticionaria, al ejercer la acción de tutela se encontraba en estado de embarazo y no había podido acudir a la EPS, pues la Asamblea de Nariño, Corporación para la cual labora desde el 7 de julio de 1999 en la Unidad de Trabajo Administrativo, no la había afiliado a ninguna EPS, ni había efectuado los aportes respectivos.

Pidió, en consecuencia, que se le tutelaran sus derechos a la vida, a la seguridad social y a la protección a la maternidad, y que se ordenara a la Asamblea Departamental de Nariño cancelar los aportes a la EPS "COOMEVA", entidad a la que deseaba afiliarse para recibir los beneficios de la seguridad social.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante fallo del 4 de octubre de 1999, negó la tutela, al considerar que, si bien es cierto estaba probada la vinculación de la actora con la Asamblea de Nariño, no lo estaba que ella hubiese solicitado afiliación a alguna entidad promotora de salud. Y sostuvo la providencia que la entidad señalada por la accionante como la de sus preferencias para la afiliación, da a conocer que no ha adelantado gestión alguna tendiente a ese fin.

En este sentido, a juicio del Tribunal, la falta de afiliación de la actora al sistema de seguridad social en salud no es el resultado de una acción u omisión imputable a la entidad pública a la que presta sus servicios sino a la falta de diligencia de la propia accionante.

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

1. Obligatoriedad de los empleadores de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social. Los trámites correspondientes corren a cargo del patrono, no de los trabajadores. Para ser afiliado a la seguridad social no se requiere que el trabajador la solicite

al patrono. Responsabilidades patronales en el caso de falta de inscripción o del giro de las cotizaciones respectivas

Esta Corte no puede aceptar la tesis implícita en el fallo de instancia en el sentido de que la obligación de la entidad territorial demandada surgía solamente de la solicitud elevada por el trabajador. Y menos puede tenerse por válida la afirmación de que el empleado, para tener derecho a la protección judicial, está obligado a probar que ha adelantado trámites orientados a su afiliación en el sistema de seguridad social.

Por el contrario, lo que surge de la Constitución, de la ley y de la jurisprudencia es que las correspondientes obligaciones, tanto en lo relativo a la afiliación del trabajador a la seguridad social como en lo referente al oportuno y completo traslado de la cotización a la entidad respectiva, están en cabeza exclusiva del patrono. Este no las puede asignar al empleado, a quien no cabe imponerle el requisito de solicitar algo a lo que tiene derecho en virtud de disposiciones de orden público, y menos todavía la carga de adelantar los respectivos trámites.

El artículo 48 de la Constitución consagra el derecho irrenunciable de todos los habitantes a la seguridad social, la cual podrá ser prestada por entidades públicas o privadas. La Ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, consagró en su artículo 161 los deberes y responsabilidades de los empleadores a quienes corresponde inscribir a sus empleados a una EPS, o en caso de no hacerlo o de no girar oportunamente las cotizaciones, tienen la obligación de cubrir la totalidad de los gastos que requieran sus empleados en materia de salud.

Así lo dispone el citado artículo de la Ley mencionada, que establece:

“Artículo 161. Deberes de los empleadores. Como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán:

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 con la reglamentación que expida el gobierno.

(...)”.

El párrafo del transcrito artículo indica que los empleadores deberán asumir en su totalidad la atención de accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP en caso de no haber efectuado la inscripción del trabajador o de no haber girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente.

La jurisprudencia de esta Corporación, que se reitera en el presente fallo, ha precisado también las consecuencias de la falta de pago de las cotizaciones de salud por parte del empleador y ha planteado dos soluciones: una, en la cual el empleador debe asumir la totalidad de los gastos que genere la atención de salud que requieran sus trabajadores; y otra, según la cual corresponde a las EPS la atención, pudiendo posteriormente repetir contra el respectivo patrono para cubrir los gastos que se generen o contra el FOSYGA.

Así lo ha determinado esta Corporación en Fallo de unificación SU-562 de 1999:

“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. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-562 de 1999).

Similar posición se había asumido en la Sentencia C-177 de 1998, en la cual se dijo:

“Ahora bien, pese a que en ocasiones se confunden, las consecuencias jurídicas de estas relaciones, lo cierto es que ellas no son las mismas, como quiera que cuando un trabajador decide afiliarse a una entidad determinada, inmediatamente vincula a su empleador, quien será el medio para conseguir la protección de sus derechos constitucionales. Por consiguiente, si se eluden los deberes que se derivan de cada una de las relaciones, las consecuencias jurídicas serán diferentes. En efecto, al estudiar con detenimiento el momento de la afiliación y de la cotización al sistema de salud, se evidencia que las consecuencias del incumplimiento de las dos relaciones encuentran claras coincidencias y diferencias legales. Así, la negativa a la afiliación, como es obvio, no vincula jurídicamente a la entidad administradora de seguridad social, y el empleador se obliga a asumir directamente el pago de los servicios médicos (artículo 161 de la Ley 100 de 1993). En consecuencia, si no hay afiliación, la entidad promotora de salud no debe prestar los servicios al trabajador, como quiera que “la existencia del sistema de seguridad social no desplaza la obligación primaria radicada en cabeza del patrono”. 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 específicos. 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”. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero). (Subrayado fuera de texto).

2. El caso concreto

Obra en el expediente certificación expedida por el Tesorero Pagador de la Asamblea Departamental de Nariño, en la cual se afirma que, debido a la mora en las transferencias por parte de la Tesorería General del Departamento, a favor de la Asamblea Departamental de Nariño, esa Corporación no ha podido cumplir con los compromisos adquiridos con sus trabajadores, tanto en el pago de su remuneración, como en los aportes por salud, pensiones y riesgos profesionales.

También se encuentra constancia expedida por "COOMEVA EPS", en la cual manifiesta que no ha llegado ninguna solicitud de afiliación de la señora Karol Eugenia Gómez Buchelli y que la entidad Asamblea Departamental de Nariño no se encuentra al día en los pagos por concepto de riesgos profesionales lo que constituye requisito para la aprobación de afiliación a esa entidad.

De conformidad con el documento anexo al expediente, se tiene que la peticionaria tomó posesión de su cargo en la Unidad de Trabajo Administrativo de la Asamblea el 7 de julio de 1999, es decir, que a la fecha de presentación de la demanda de tutela habían transcurrido dos meses y medio de haber iniciado sus labores, sin que se hubiese producido su afiliación a la EPS.

La omisión de la Asamblea implica desconocimiento del derecho a la seguridad social de la accionante y grave riesgo para su salud y también para el niño que entonces estaba por nacer.

Estando probados tanto la calidad de servidora pública de la peticionaria, como su falta de inscripción a una EPS, la Sala procederá a revocar el fallo de instancia, para, en su lugar, conceder la tutela, con miras a la protección del derecho a la seguridad social, en conexión con la vida de la madre y del niño. Se ordenará a la Asamblea Departamental de Nariño cumplir estrictamente con las obligaciones laborales a su cargo, que no pueden evadirse o justificarse en la falta de recursos económicos.

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:

Segundo.- ORDENAR al Presidente de la Asamblea Departamental de Nariño, que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a la inmediata afiliación de Karol Eugenia Gómez y del menor a la EPS escogida por aquélla. En todo caso, mientras esto sucede, la Asamblea asumirá la totalidad de los gastos médicos, hospitalarios, quirúrgicos y de medicamentos farmacéuticos, que, para su atención en salud, fueren necesarios.

Tercero.- 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

Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General