

T-517-15

Sentencia T-517/15

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Deber de las EPS de garantizar la continuidad de la prestación de servicio de salud aun si se presenta mora en el pago de los aportes

El incumplimiento de la obligación de efectuar los aportes al sistema de seguridad social en salud por parte del empleador permite a las EPS suspender la afiliación del paciente y en consecuencia, correspondería al empleador asumir la cobertura de la prestación de los servicios de salud que requiera el trabajador. Sin embargo, teniendo en cuenta que (i) en virtud del principio de continuidad que gobierna la prestación del servicio de salud, las EPS no pueden suspender la atención médica que se viene proporcionado al paciente sin que este se haya recuperado de las patologías que presenta o su estado de salud se encuentre estable, y (ii) que es evidente la imposibilidad del patrono de garantizar la prestación de la atención médica que requiere el paciente, el juez constitucional podrá disponer que la EPS respectiva, continúe brindando los servicios que requiere el paciente con la posibilidad de que recobrar al empleador los gastos en los que incurra.

DERECHO A LA SALUD-Protección según reglas establecidas por esta Corporación

A partir del carácter fundamental del derecho a la salud, esta Corporación ha establecido que se debe conceder la protección constitucional al menos en las siguientes eventualidades: "(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Reglas que deben observar las entidades promotoras de salud

Esta Corporación ha establecido reglas que deben observar las entidades prestadoras del servicio de salud, para cumplir con la garantía del derecho fundamental a la salud en su componente de continuidad, así: "(i) que las prestaciones en salud, como servicio público obligatorio y esencial, tiene que ofrecerse de manera eficaz, regular, permanente y de calidad; (ii) que las entidades prestadoras del servicio deben ser diligentes en las labores que les corresponde desarrollar, y deben abstenerse de realizar actuaciones ajenas a sus funciones y de omitir el cumplimiento de obligaciones que conlleven la interrupción injustificada de los servicios o tratamientos; (iii) que los usuarios del sistema de salud no pueden ser expuestos a engorrosos e interminables trámites internos y burocráticos que puedan comprometer la permanencia del servicio; y (iv) que los conflictos de tipo contractual o administrativo que se presenten con otras entidades o al interior de la propia empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y finalización óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD POR PARTE DE EPS-No se puede suspender aun cuando el empleador se encuentre en mora en el pago de aportes

Se ha ido precisando en cada caso, si los motivos en los que la EPS ha fundado su decisión de interrumpir el servicio son constitucionalmente aceptables. Así, la jurisprudencia, al fallar casos concretos, ha decidido que una EPS no 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; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; 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.

Referencia: Expediente T-4929136

Acción de tutela instaurada por Ricardo Bolívar Pérez en contra de Coomeva EPS y la empresa Prodomed Ltda.

Magistrada Ponente (E)

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Bogotá, DC., once (11) de agosto de dos mil quince (2015).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Myriam Ávila Roldán (E) y María Victoria Calle Correa y por el Magistrado Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las sentencias proferidas en el asunto de la referencia por el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías el tres (3) de marzo de dos mil quince (2015), en primera instancia, y por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, el veintiuno (21) de abril de dos mil quince (2015), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos[1]

1.1. El señor Ricardo Bolívar Pérez tiene 50 años de edad y presenta las siguientes patologías: “dolor lumbar crónico y discopatía lumbar múltiple”.

1.2. Refirió, que está afiliado a la EPS Coomeva como trabajador dependiente de la empresa Prodomed Ltda., desde el 12 de octubre de 2013.

1.3. Señaló, que desde enero de 2015 Coomeva EPS suspendió la afiliación y por ende la atención médica que proporcionaba para el manejo de las patologías que presenta. Ello, debido a la mora en el pago de los aportes que presenta su empleador.

1.4. Afirmó, que esta situación se produjo porque la empresa Prodomed Ltda., se

encuentra en cese de actividades desde noviembre de 2014 y desde esta época, no ha cumplido con el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores de esta compañía[2].

1.5. Indicó el demandante, que desde noviembre de 2014 no ejerce su actividad laboral en esta empresa, y que desconoce cuál es la situación jurídica de la compañía. En concreto, manifestó lo siguiente: “no estoy trabajando desde el mes de noviembre, esto es debido a que la empresa entró en paro ya que esta empresa es de propiedad del señor Mariano Alvear, propietario de la Fundación Universitaria San Martín, entonces desde noviembre nosotros estamos en paro en la empresa, ya que desde noviembre no nos han pagado nada, en este mes serían diez quincenas más la prima y prestaciones sociales que no nos pagan a más de setenta personas”.

1.6. Adujo, que para enfrentar la situación laboral con la empresa Prodomed Ltda., trabajadores de esta compañía, formularon una querrela laboral ante el Ministerio de Trabajo. Indicó, que funcionarios de esta entidad elaboraron las liquidaciones de los contratos de trabajo, sin embargo, el actor no adelantó ninguna actuación para obtener el pago de la misma.

1.7. Manifestó, que la suspensión de los servicios de salud en Coomeva EPS, conllevó a la interrupción del tratamiento médico que requiere para el manejo de las patologías que presenta, pues ya no puede acceder a los medicamentos, ni a las citas de control con el médico especialista.

2. De la demanda y del trámite de primera instancia

2.1. En consideración de lo anterior, el señor Ricardo Bolívar Pérez formuló una acción de tutela en contra de la EPS Coomeva y de la empresa Prodomed Ltda., por considerar que con la suspensión de los servicios médicos que requiere para el manejo de las patologías que presenta, se vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna.

2.2. La demanda de tutela fue admitida por el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con función de control de garantías, mediante auto del veinte (20) de febrero de dos mil quince (2015).

2.3. En esta misma providencia, el juez de primera instancia dispuso la vinculación del FOSYGA en calidad de tercero interesado.

2.4. De la misma manera, ordenó notificar de la demanda a las entidades accionadas y a la vinculada. También, dispuso que se oficiara a los médicos tratantes del señor Bolívar Pérez, para que informaran su estado de salud.

2.5. Las comunicaciones expedidas por el Juzgado de primera instancia para notificar del trámite de la acción de tutela a la empresa Prodomed Ltda. no pudieron ser entregadas. Ello, en razón a que en la dirección aportada por el actor, no se encontró ningún representante o trabajador de esta empresa.

En este sentido, el funcionario judicial que ejerce el cargo de notificador en el centro de servicios judiciales elaboró el siguiente “informe de notificación”: señaló que se desplazó al lugar indicado “con el fin de dejar traslado de tutela a la empresa Prodomed Ltda. Sin embargo, no se pudo ya que allí timbre y golpeé varias veces y no abrieron. En varios informes de otras tutelas contra esta empresa, he dejado constancia que está en liquidación, información entregada por el empleado celador que cuida y que va por ratos, según él, el gerente hace meses que no va porque no hay más personas laborando ahí, pero el celador no estaba ayer”.

2.6. En consideración a ello, mediante oficio 0237 del dos de marzo de 2015, el Juzgado de primera instancia, solicitó a la Cámara de Comercio de Bogotá remitir certificado de existencia y representación legal de la empresa Prodomed Ltda.

2.7. El 3 de marzo de 2015, la Cámara de Comercio de Bogotá remitió al Juzgado de instancia, el certificado de existencia y representación legal de la empresa Prodomed Ltda. En este documento, se certificaron los siguientes actos mercantiles:

(i) “MATRICULA NO 00663377 CANCELADA EL 30 DE MARZO DE 2007”

(ii) La empresa modificó su domicilio social de la ciudad de Bogotá a la ciudad de Barranquilla, a través de la escritura pública No 1685 del 27 de marzo de 2007.

3. Intervención de las entidades demandadas y vinculadas

Coomeva EPS

3.1. El señor Julián Andrés Turriago Santiago, actuando como analista jurídico regional centro-oriente de Coomeva EPS, solicitó al juez de primera instancia desvincular a esta entidad del trámite de tutela, ya que considera, que Coomeva EPS no vulneró los derechos fundamentales del señor Ricardo Bolívar Pérez.

3.2. Informó, que desde el 1 de octubre de 2013 el señor Bolívar Pérez se encuentra afiliado como trabajador dependiente de la empresa Prodomed Ltda., y que su ingreso base de cotización corresponde a \$717.000.

3.3. Señaló, que el estado de la afiliación del demandante es suspendido por casusa de la mora en el pago de los aportes correspondientes a diciembre de 2014 y enero de 2015. Afirmó que, en todo caso el demandante puede acceder a los servicios de urgencias médicas y odontológicas.

3.4. Consideró, que la suspensión de la prestación de los servicios de salud por mora en el pago de los aportes, es una medida que puede adoptar esta entidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto 806 de 1998 que dispone lo siguiente:

“Suspensión de la afiliación. La afiliación será suspendida después de un mes de no pago de la cotización que le corresponde al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un miembro dependiente no cancele la unidad de pago por capitación adicional en los términos establecidos en el presente decreto.

Cuando la suspensión sea por causa del empleador o de la administradora de pensiones, éste o ésta deberá garantizar la prestación de servicios de salud a los trabajadores que así lo requieran, sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y de las sanciones a que haya lugar por este hecho, de conformidad con lo establecido por el parágrafo del artículo 210 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

El empleador, la administradora de pensiones o el afiliado deberán para efectos de levantar la suspensión, pagar por todos los períodos atrasados a la Entidad Promotora de Salud, la cual brindará atención inmediata.

Parágrafo. La Entidad Promotora de Salud compensará por cada uno de los períodos cancelados.

3.5. Manifestó, que Coomeva EPS ha ejecutado gestiones de cobro, dirigidas a que la compañía Prodomed Ltda., pague los aportes que se encuentran en mora y que produjo la suspensión de la prestación del servicio de salud al señor Bolívar Pérez. Para tal efecto, aportó un escrito de fecha 18 de diciembre de 2014, en el que se efectúa “cobro prejurídico” a la empresa Prodomed Ltda. por valor de (\$18.775.2220)[3].

Informe del médico tratante

3.6. El 26 de febrero de 2015[4], el doctor Alexander Albarracín Pinzón médico especialista en fisioterapia, informó al despacho:

3.6.1. Que el día 22 de agosto de 2014 atendió al señor Bolívar Pérez, por remisión de neurocirugía, a causa de “dolor lumbar de más de un año evolución”.

3.6.2. Que el 3 de septiembre de 2014, se efectuó un proceso de infiltración muscular y se obtuvo “una leve mejoría”.

Ministerio de Salud -FOSYGA-

3.7. El doctor Luis Gabriel Fernández Franco, en su calidad de director jurídico del Ministerio de Salud, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela en contra de esta entidad.

3.8. Afirmó, que entre ese Ministerio y el accionante no existe alguna relación laboral y por lo tanto, no está obligado a efectuar aportes al sistema de seguridad social.

3.9. En relación con la posibilidad de adelantar un trámite administrativo para atender las pretensiones del accionante, señaló que estas funciones escapan de su órbita y que deberá ser el juez ordinario, quien dirima la problemática planteada en la demanda de tutela.

3.10. Respecto de la mora en los aportes, señaló que cuando se presenta esta situación es necesario determinar la causa de la misma, toda vez que ello, no implica que el servicio de salud deje de ser prestado, sino que pasa a ser prestado con cargo al responsable de la

mora y no a la UPC. Al respecto expresó:

“Finalmente, cabe anotar que con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, queda claro que cuando el artículo 57 del Decreto 1406 de 1999 habla de recobros por prestación del servicio de salud a persona que se encuentra en mora, debe entenderse que la E.P.S. a la que se encuentre afiliada la persona pero suspendida la afiliación, no puede negar el servicio aduciendo cobro a la parte responsable de la mora, del gasto que represente el servicio a prestar, sino que opera de manera posterior, es decir que a la E.P.S. le corresponde prestar el servicio y después queda facultado para repetir contra quien es responsable de la mora”.

3.11. Por lo tanto, consideró que si la relación laboral entre Prodomed Ltda. y el señor Bolívar Díaz está vigente, y el empleador ha efectuado las retenciones de los aportes al trabajador sin proceder al giro de los mismos, la EPS no podrá suspender la suspensión del servicio de salud.

Prodomed Ltda.

3.12. Mediante oficio 0207 del 20 de febrero de 2015, el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con función de control de Garantías de Bogotá, efectuó el trámite de notificación de la demanda a la empresa Prodomed Ltda.

3.13. Sin embargo, tal como se anunció (supra numeral 2.5), no fue posible efectuar la notificación del trámite de tutela a esta compañía.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

4.1. Formulario de afiliación No 112488896 expedido por Coomeva EPS

4.2. Resumen de historia clínica del paciente Ricardo Bolívar Pérez

4.3. Carta de cobro prejurídico, expedida por Coomeva EPS a Prodomed Ltda.

4.4. Informe del médico especialista en fisiatría, doctor Alexander Albarracín.

4.5. Informe de notificación elaborado por funcionario del Juzgado Cuarenta Penal Municipal de Bogotá

4.6. Certificado de existencia y representación legal de la empresa Prodomed Ltda., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

5. De los fallos de tutela.

Primera instancia

5.1. Mediante sentencia proferida el 3 de marzo de 2015, el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá, negó el amparo solicitado por el señor Ricardo Bolívar Pérez, tras considerar que la suspensión de la prestación del servicio de salud es una medida que está permitida en la legislación colombiana, cuando se presenta mora en los aportes.

5.2. Estimó que la problemática que presenta el caso bajo estudio, radica en el incumplimiento del pago de las prestaciones sociales por parte de la compañía Prodomed Ltda., respecto del señor Bolívar Pérez y por lo tanto esta controversia, de carácter laboral, debe ser resuelta por la jurisdicción ordinaria laboral. En consecuencia, la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de estas acreencias laborales.

Impugnación

5.3. El señor Ricardo Bolívar Pérez impugnó la decisión adoptada por el juez de primera instancia. Para tal efecto, transcribió apartes de jurisprudencia y doctrina relacionada con el principio de subsidiaridad y con la presunción de veracidad cuando el demandado no rinde el informe solicitado por el juez de tutela, sin embargo, no realizó un pronunciamiento concreto frente a los argumentos expuestos.

Segunda instancia

5.4. Mediante providencia del 21 de abril de 2015 el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia, por las mismas razones que fundamentaron la decisión recurrida, en el sentido de que la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias laborales.

6. Actuaciones realizadas en sede de revisión.

6.1. Mediante auto del 10 de julio de 2015, la Magistrada Sustanciadora (E) decretó la práctica de las siguientes pruebas:

“PRIMERO: OFICIAR, por Secretaría General de esta Corporación, a la Superintendencia Nacional de Sociedades para que informe si esta entidad, adelanta o ha adelantado algún proceso administrativo en contra de la empresa Prodomed Ltda., NIT 830009270-4. En caso de que la respuesta sea afirmativa, deberá informar los siguientes aspectos:

(i) Cuál es la naturaleza del proceso que se adelanta y en qué estado se encuentra su trámite.

(ii) Cuál es el estado jurídico de la empresa Prodomed Ltda.

(iii) Si se han adoptado medidas administrativas dirigidas al cumplimiento del pago de los aportes al régimen de seguridad social en salud respecto del trabajador Ricardo Bolívar Pérez identificado con la C.C. No 79.312.889 afiliado a la EPS Coomeva.

SEGUNDO: OFICIAR, por Secretaría General de esta Corporación, a la Cámara de Comercio de Barranquilla para que remita copia del certificado de existencia y representación legal de la sociedad Prodomed Ltda. NIT 830009270.

TERCERO: OFICIAR, por Secretaría General de esta Corporación, al Ministerio de Trabajo para que proporcione la siguiente información, respecto del proceso administrativo que adelanta esta entidad, en contra de la empresa Prodomed Ltda., NIT 830009270-4.

(i) Cuál es la naturaleza del proceso que se adelanta y en qué estado se encuentra su trámite.

(ii) Si se han adoptado medidas administrativas dirigidas al cumplimiento del pago de los aportes al régimen de seguridad social en salud respecto del trabajador Ricardo Bolívar Pérez identificado con la C.C. No 79.312.889 afiliado a la EPS Coomeva.

CUARTO: OFICIAR, por Secretaría General de esta Corporación, al señor Ricardo Bolívar Pérez en la calle 55 Sur No 98C-20 casa 26, Bloque 2, Barrio Porvenir, localidad de Bosa de la ciudad de Bogotá, para que informe los siguientes aspectos:

(i) Cuál es el estado actual de la afiliación en la EPS Coomeva.

(ii) Si actualmente está recibiendo atención médica a las patologías que presenta. En caso de que la respuesta sea afirmativa, deberá indicar cuál es la entidad prestadora del servicio de salud y la modalidad de vinculación.

(iii) Si la relación laboral con la empresa Prodomed Ltda., aún está vigente. En caso de que la respuesta sea negativa, indique la forma de terminación del contrato de trabajo.

(iv) Si actualmente ejerce alguna actividad laboral.

(v) Cuál es la fuente de ingresos económicos de su núcleo familiar”.

Superintendencia de Sociedades

6.2. El 17 de julio de 2015[5], el doctor Enrique Mercado Idárraga actuando como coordinador del Grupo de Investigaciones Especiales de la Superintendencia de Sociedades respondió al requerimiento de la Corte, de la siguiente manera:

6.2.1. Informó, que el 5 de noviembre de 2014 la Superintendencia de Sociedades inició de oficio, una investigación administrativa en contra de la sociedad Prodomed Ltda.

6.2.2. Señaló, que mediante la resolución 312-006346 del 26 de diciembre de 2014 la Superintendencia de Sociedades resolvió someter a control a la empresa Prodomed Ltda., y advirtió al representante legal de esta empresa, la prohibición de constituir garantías que recaigan sobre los bienes propios de la sociedad y adelantar actividades que no correspondan al giro ordinario de sus negocios, sin autorización de la Superintendencia de Sociedades.

De acuerdo con lo manifestado por el representante de la Superintendencia de Sociedades, esa decisión fue adoptada en consideración a las siguientes circunstancias: (i) la imposibilidad por parte de la Superintendencia de Sociedades para verificar la situación financiera, económica, contable, administrativa y jurídica de la empresa Prodomed Ltda., por cuanto el domicilio que se encuentra en el certificado de existencia y representación legal de esta compañía (Conjunto Corima apartamento 101) no existe y tampoco hay evidencia de la presencia de esta sociedad en el sector, (ii) que los socios de esta compañía

son los señores Mariano Alvear Sofán, Gloria Isabel Orozco de Alvear, José Santiago Alvear Orozco, Martín Eduardo Alvear Orozco y Mariano Alberto Alvear Orozco, (iii) que por referencias de los empleados de la Fundación Universitaria San Martín (la cual presenta identidad de socios) Prodomed Ltda. tiene una relación comercial con esta fundación universitaria, (iv) que por disposición de la Ministra de Educación se dispuso adelantar las acciones pertinentes para establecer si la Fundación Universitaria San Martín desvió recursos a terceros.

6.2.3. Que mediante la resolución 203-001597 del 13 de mayo de 2015 la Superintendencia de Sociedades, elevó cargos en contra del representante legal de la empresa sometida a control, el señor Juan Carlos Mahecha Cárdenas y en contra del revisor fiscal, el señor Rodrigo Enríquez Ruiz. Por los siguientes hechos: (i) la sociedad no funciona en la dirección comercial inscrita en el registro mercantil, (ii) la sociedad no tiene contabilidad al día, (iii) la sociedad no cuenta con estados financieros certificados de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014 y (iv) no se ha convocado al máximo órgano durante estos mismo años.

Agregó, que frente a ello, el 15 de junio de 2015 los investigados presentaron los descargos respectivos y actualmente se encuentran en estudio para decidir de fondo.

6.2.4. En relación con la situación de los trabajadores por la mora en el pago de los aportes, informó que corrió traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP- mediante oficio 2015-01-322302.

6.2.5. El representante de la Superintendencia de Sociedades, anexó copia del acto administrativo del 26 de diciembre de 2014 “por medio de la cual se somete a control a una sociedad”. Asimismo aportó copia del certificado de existencia y representación de la empresa Prodomed Ltda.

Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-

6.3. El 24 de julio de 2015, la doctora Claudia Alejandra Caicedo Borrás, subdirectora jurídica de Parafiscales de esta entidad, informó a esta Corporación los siguientes aspectos:

6.3.1. Que se logró detectar el “probable incumplimiento” de las obligaciones de afiliación y

pago de los aportes al Sistema de la Protección Social a cargo de la empresa Prodomed Ltda., y en razón a ello, mediante oficio 20156118033641 del 21 de julio de 2015, se requirió a la empresa para que cumpla con estas obligaciones, en lo pertinente al periodo comprendido entre el 9 de septiembre de 2012 y el 30 de noviembre de 2014.

6.3.2. Señaló, que de esta manera la entidad inició el cobro persuasivo para el pago de los aportes relacionados con el accionante. Informó además, que una vez finalizada esta etapa sin lograr el pago de los aportes en mora, dará inicio a la etapa de cobro coactivo de los valores que se determinen por este concepto.

Cámara de Comercio de Barranquilla

6.4. El 22 de julio de 2015, la Cámara de Comercio de Barranquilla remitió a la Corte el certificado de existencia y representación legal de la empresa Prodomed Ltda. En este documento se evidenciaron los siguientes aspectos:

6.4.1. Que la sociedad Prodomed Ltda., no se halla disuelta y su estado de duración se fijó hasta el 18 de julio de 2030.

6.4.2. Que la dirección comercial registrada es la siguiente: Conjunto Corima apartamento 101 en la ciudad de Barranquilla.

6.4.3. Que el representante legal es el señor Juan Carlos Mahecha Cárdenas.

Ministerio de Trabajo

6.5. El 17 de julio de 2015, el doctor Justo Germán Bermúdez Gross actuando en su calidad de jefe de la oficina jurídica del Ministerio de Trabajo informó a esta Corporación que viene adelantando una querrela laboral administrativa en contra de la empresa Prodomed Ltda. En relación con este trámite señaló lo siguiente:

6.5.1. El proceso está a cargo de la inspección 22 del grupo PIVC. Mediante auto del 28 de octubre de 2014, se dispuso la acumulación de esta querrela al proceso administrativo sancionador que se adelanta en contra de la Fundación Universitaria San Martín.

6.5.2. Los hechos que dieron origen a la querrela administrativa laboral, radican en el

incumplimiento por parte de Prodomed Ltda., en el pago de los aportes al régimen de seguridad social, salarios y prestaciones sociales.

6.5.3. Se elevaron cargos al representante legal de esta compañía, sin embargo aquél no presentó los descargos respectivos.

6.5.4. Estimó, que escapa de la competencia del Ministerio de Trabajo velar por el cumplimiento del pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y por lo tanto, le corresponde a la EPS respectiva iniciar las gestiones de cobro en contra de la empresa Prodomed Ltda.

6.6. Mediante oficio OPT-A-767 del 14 de julio de 2015 se notificó al señor Ricardo Bolívar Pérez del contenido del auto proferido por el Despacho de la Magistrada Sustanciadora (E) el 10 de julio de 2015. Sin embargo, el demandante guardó silencio.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto del veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015), expedido por la Sala Número Cinco de Selección de esta Corporación, que escogió el presente asunto para revisión.

2. Problema jurídico

En el presente asunto, corresponde a la Sala establecer si las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental a la salud del accionante, al suspender los servicios médicos que requiere para el manejo de las patologías que presenta, bajo el argumento de que su empleador incurrió en mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Teniendo en cuenta que este problema jurídico ha sido objeto de estudio en numerosos fallos por parte de esta Corporación, la Sala reiterará las reglas jurisprudenciales relativas

a: (i) el carácter fundamental del derecho a la salud; (ii) el deber de las EPS de garantizar la continuidad de la prestación de servicio de salud aun si se presenta mora en el pago de los aportes. En ese marco, se abordará el estudio del caso concreto.

3. El carácter fundamental del derecho a la salud

3.1. La salud se desarrolla a partir de presupuestos constitucionales (artículos 48 y 49 CP) que le otorga una doble connotación[6]: (i) la de servicio público cuya prestación y coordinación está a cargo del Estado, bajo la observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y (ii) la de derecho autónomo que se define como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser[7]”.

3.2. En un principio, el derecho a la salud no era considerado un derecho fundamental autónomo, y por lo tanto, para reclamar su protección constitucional, el afectado tenía que demostrar la amenaza o vulneración de un derecho fundamental como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad -tesis de conexidad-.

Este argumento, fue desarrollado por la sentencia T-571 de 1992[8], de la siguiente manera:

“Según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionarían la vulneración o

amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida[9]”.

3.3. Posteriormente, mediante la sentencia T-859 de 2003[10], la Corte Constitucional estableció el carácter fundamental del derecho a la salud, como derecho autónomo, y de esta manera dejó de lado el argumento de la conexidad, en el sentido de que para reclamar el amparo del derecho a la salud, el afectado ya no tendría que demostrar la amenaza o vulneración de otro derecho fundamental.

En esta sentencia, la Corporación desarrolló lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -PIDESC[11]- que amplió el alcance del derecho a la salud, al establecer, que esta garantía va más allá de la posibilidad de mantener un buen estado de salud, pues implica la oportunidad de que el individuo pueda disfrutar del más alto nivel posible, de salud física y mental. Concretamente, se refirió al contenido del artículo 12 de este Tratado que establece lo siguiente:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Asimismo, la Corte se refirió a lo establecido por el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales -CDESC[12], en desarrollo del artículo 12 del Pacto, que reconoce

el derecho de las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud, y establece la obligación del Estado de asegurar las condiciones necesarias para que las personas puedan acceder a los servicios médicos que requiere en caso de enfermedad. Asimismo, reconoce el carácter progresivo de estas obligaciones, en virtud del artículo 2 del Pacto que establece que el cumplimiento de estos deberes conlleva a la adopción de medidas, de acuerdo con las condiciones de cada Estado. Esto “significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12”.

A partir de lo anterior, la Corte concluyó que: “(i) el derecho a la salud se estima fundamental; (ii) comprende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente y (iii) la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos complementarios”.

4. El deber de las EPS de garantizar la continuidad de la prestación de servicio de salud aun si se presenta mora en el pago de los aportes.

4.1. Bajo la dimensión de servicio público esencial (artículo 48 Superior) el Estado debe garantizar el acceso y la permanencia al sistema de salud a todos y cada uno de los colombianos, en forma adecuada, oportuna y necesaria, y privilegiando a las personas más vulnerables. La prestación de este servicio se rige por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad.

4.2. Para hacer efectivo el principio de eficiencia, es necesario que se garantice la continuidad en la prestación del servicio de salud. De acuerdo con ello, las entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud deben garantizar a sus afiliados el acceso a la atención médica en forma continúa sin que pueda ser interrumpida antes de que el paciente se recupere o se estabilice.

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia SU-562 de 1999[14] estableció que para que la prestación del servicio de salud sea efectiva, no puede someterse al paciente a interrupciones injustificadas de la atención médica que requiere para el manejo de las patologías que presenta. Para tal efecto, incluyó las siguientes reflexiones doctrinales:

“Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo

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

4.3. Entonces, en virtud del principio de continuidad que rige la prestación del servicio de salud, las personas que se encuentran afiliadas a una EPS, ya sea del régimen subsidiado o contributivo, no pueden ser víctimas de interrupciones injustificadas en la prestación de los servicios de salud. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que el principio de continuidad puede ser objeto de limitaciones razonables, siempre que se atienda a un criterio de necesidad respecto los servicios médicos que requiere el paciente para lograr una efectiva recuperación de la enfermedad que presente.

Este criterio, fue desarrollado por Corte Constitucional en la sentencia C-800 de 2003[15], de la siguiente manera:

“3.3.2. Desde la sentencia T-406 de 1993 se reconoció que este principio puede ser objeto de limitaciones razonables. La Sala fijó en esta ocasión la necesidad como criterio para establecer cuándo es inadmisibles que se interfiera el servicio público. Por necesarios, en el ámbito de la salud, deben tenerse los tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación del derecho a la vida o a la integridad.

3.3.3. Por otra parte, también se ha ido precisando en cada caso, si los motivos en los que la EPS ha fundado su decisión de interrumpir el servicio son constitucionalmente aceptables. Así, la jurisprudencia, al fallar casos concretos, ha decidido que una EPS no 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; (ii) porque el paciente ya no está

inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; 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”.

4.4. De acuerdo con la materia del caso bajo estudio, la Sala se referirá al primer escenario, es decir a la facultad que tienen las EPS para suspender el servicio de salud cuando se presenta mora en el pago de los aportes.

4.5. De conformidad con el artículo 161 de la Ley 100 de 1993[16] los empleadores tienen la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema general de seguridad social y efectuar los aportes a los regímenes de salud, pensión y riesgos profesionales. En caso de que se inobserve este deber, tendrá que asumir la cobertura de las contingencias que presente el trabajador en los riesgos que se amparan a través de la cotización efectiva a estos regímenes.

4.6. La mora en el pago de los aportes genera consecuencias negativas para los trabajadores, en el sentido de que puede producir la suspensión de la afiliación, lo que en muchas ocasiones implica también, la interrupción de la atención médica. En este sentido, el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 establece lo siguiente: “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 período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase.”

4.7. La Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 1998[17] estudió la constitucionalidad del artículo 209 de la Ley 100 de 1993. En esta oportunidad, la Corte Constitucional se propuso resolver el siguiente interrogante: ¿el incumplimiento del deber de cotizar justifica constitucionalmente la interrupción de los servicios de salud al empleado por parte de la EPS e incluso la suspensión de la afiliación al sistema, tal y como lo establece la norma acusada?

Para tal efecto, realizó un análisis del alcance del derecho a la salud en los regímenes

existentes en el sistema general de salud y las diferencias que existen, en este aspecto, entre las personas que pertenecen al régimen subsidiado y al contributivo. Respecto de los trabajadores asalariados la Corporación concluyó que tienen derecho a recibir atención médica aquellos trabajadores a quienes su empleador les efectuó la retención correspondiente al aporte que debe girarse a la EPS elegida por el trabajador.

En ese contexto, la Corte procedió a efectuar un análisis en relación con la suspensión de la afiliación como una medida que pueden adoptar las EPS cuando el empleador presenta mora en el pago de los aportes y que se encuentra establecida en el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, a fin de determinar si la misma afecta los derechos constitucionales de los afiliados.

Al respecto, la Corte establece admite la norma como una medida que permite proteger los recursos económicos que mantienen el sistema general de la seguridad social y se estimula a los empleadores para cumplan con la obligación de efectuar aportes al sistema de manera oportuna. Concretamente señaló:

“En efecto, en la medida en que las EPS quedan relevadas del deber de atender las prestaciones de salud cuando el patrono no ha transferido las cotizaciones, entonces se protegen los recursos parafiscales de la seguridad social y se estimula la eficiencia del sistema, por cuanto la suspensión de la afiliación por el no pago de la cotización implica que el patrono queda obligado a asumir las prestaciones de salud. En ese orden de ideas, la norma acusada estimula a los patronos a que cumplan con su deber de cotizar y transferir los dineros a la respectiva EPS. Además, es una norma compatible con la lógica general de funcionamiento del sistema de salud diseñado por la Ley 100 de 1993. En efecto, debe recordarse que las EPS prestan los servicios con base en sus recursos, los cuales provienen en lo esencial de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del sistema por cada afiliado. Por tal razón, es deber de la EPS remitir la cotización recibida al fondo de solidaridad para tener derecho a la correspondiente UPC; por ende, si el empleador no paga, entonces la EPS no recauda la cotización, y no puede compensar con el fondo de garantía, por lo cual podría resultar injusto exigir a la EPS que atienda al trabajador, cuando no ha recibido los dineros -la correspondiente UPC- necesarios para realizar la respectiva prestación sanitaria.

De otra parte, analizó la proporcionalidad de esta sanción y para tal efecto distinguió dos consecuencias jurídicas en la norma: (i) la interrupción de la prestación del servicio y (ii) la suspensión de la afiliación.

Asimismo, frente a la posibilidad de interrumpir la prestación del servicio de salud, consideró que esta medida era proporcionada y que no restringía la posibilidad de acceder a los servicios médicos que llegara a requerir el afiliado, porque esa medida implica el traslado de la responsabilidad en la cobertura del servicio de salud al empleador, de conformidad con lo dispuesto en el 161 de la Ley 100 de 1993.

En ese marco, consideró que la disposición analizada era exequible, sin embargo condicionó su decisión a la siguiente interpretación constitucional:

“En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.

Igualmente, la Corte también considera que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono”.

4.8. La suspensión de la afiliación como una medida que pueden emplear las EPS cuando se presenta mora en el pago de los aportes se encuentra desarrollada en el artículo 57 del Decreto 806 de 1998 “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social

en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”, que establece lo siguiente:

“Artículo 57. Suspensión de la afiliación. La afiliación será suspendida después de un mes de no pago de la cotización que le corresponde al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un miembro dependiente no cancele la unidad de pago por capitación adicional en los términos establecidos en el presente decreto.

Cuando la suspensión sea por causa del empleador o de la administradora de pensiones, éste o ésta deberá garantizar la prestación de servicios de salud a los trabajadores que así lo requieran, sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y de las sanciones a que haya lugar por este hecho, de conformidad con lo establecido por el párrafo del artículo 210 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

El empleador, la administradora de pensiones o el afiliado deberá para efectos de levantar la suspensión, pagar por todos los períodos atrasados a la Entidad Promotora de Salud, la cual brindará atención inmediata.

Parágrafo. La Entidad Promotora de Salud compensará por cada uno de los períodos cancelados.

4.9. En relación con esta disposición, la Corte Constitucional en la sentencia T-777 de 2004[18] admitido que la misma permitiría mantener la estabilidad financiera del sistema de salud. Sin embargo, señaló que las disposiciones legales que permiten suspender el servicio de salud a una persona que no ha cumplido con el deber de efectuar los aportes al sistema general de seguridad social en salud deben respetar la garantía del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física. En ese sentido, indicó:

“Desde la segunda perspectiva, esto es, desde el principio de continuidad en la prestación del servicio de seguridad social en salud, hay que indicar que el imperativo de mantener el equilibrio financiero del sistema de seguridad social le imprime sentido a aquellas disposiciones legales que, como el artículo 57 del Decreto 806 de 1998, permiten la suspensión de la afiliación a tal sistema ante el no pago de los aportes que incumben a los

empleadores o que, como el artículo 58 b) de ese decreto, permiten la desafiliación ante la pérdida de la calidad de trabajador y su incapacidad para continuar afiliado al régimen contributivo como trabajador independiente. No obstante, esta formulación legal ha sido matizada por la jurisprudencia constitucional colombiana para tornarla compatible con la necesidad de respeto y protección de los derechos fundamentales como parámetros de racionalidad del Estado. En razón de esto, la jurisprudencia ha advertido que no hay lugar a la suspensión de la afiliación sino a la continuidad del servicio cuando están en juego derechos fundamentales como la vida, la integridad personal y la salud. Con todo, la Corte ha previsto también aquellas hipótesis en las que resulta constitucionalmente aceptable la suspensión de un tratamiento o del suministro de un medicamento”.

4.10. Bajo este criterio, la Corte Constitucional ha amparado el derecho a la salud de trabajadores a quienes sus respectivas EPS, les suspendió la atención médica de las patologías que presentan, porque sus empleadores presentan mora en el pago de los aportes.

4.11. En este sentido Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-646 de 2013[19] al resolver el caso de un trabajador quien ejercía el cargo de constructor para una persona natural que se desempeñaba como contratista independiente de obras civiles. Aquél, presentaba una enfermedad denominada “pérdida auditiva profunda con hallazgos sugestivos de hipoacusia neurosensorial bilateral o de ambos lados” y por causa de ello, estaba en tratamiento médico y en proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, sin embargo, tales procedimientos fueron suspendidos debido a la mora en el pago de los aportes pues su empleador no pudo continuar cumpliendo con esta obligación por la difícil situación económica que atravesaba.

La Corte Constitucional amparó el derecho a la seguridad social del accionante y ordenó a la EPS accionada reanudar la atención médica al paciente y adelantar los trámites administrativos necesarios para que se califique la pérdida de la capacidad laboral.

En esta oportunidad, la Sala de Revisión estimó que la mora en el pago de los aportes no justifica la decisión de suspender la atención médica al paciente, ya que la EPS también es responsable por no haber ejercido vigilancia sobre tal incumplimiento y las acciones de cobro autorizadas por la Ley.

“Así como no existe excusa de parte del empleador para evadir sus responsabilidades y trasladarlas a sus trabajadores, por el lado de las EPS tampoco es aceptable que obstaculicen los servicios derivados de la afiliación argumentando la suspensión por mora en el pago, cuando éstas son negligentes con sus propios deberes de vigilancia, al no hacer uso de la herramientas de cobro otorgadas por el sistema.

En efecto, el sistema de seguridad social confiere instrumentos para facilitar no sólo la eficacia en el reconocimiento de los derechos contemplados por la Ley 100 de 1993, sino también la eficiencia en el recaudo de los aportes en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se proteja la sostenibilidad fiscal del sistema, se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y se respete el principio de solidaridad. Así, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 determinó que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, “serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”. Lo que quiere decir, que las EPS, así como los demás actores recaudadores del sistema, tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal.

Así las cosas, la orden se dirigió a la EPS accionada teniendo en cuenta “la existencia de un perjuicio inminente o la imposibilidad del propio empleador para cumplir, las EPS debían prestar los servicios de salud con el posterior recobro al patrono incumplido” de acuerdo con lo establecido en el sentencia C-177 de 1998.

4.12. De igual forma, en la sentencia T-787 de 2014[20] la Sala Octava de Revisión amparó el derecho a la salud de un trabajador que sufrió un accidente de trabajo cuando desempeñaba el cargo de agricultor en la finca de su empleador. Este hecho, le produjo la siguiente patología: “leucoma OD y trasplante de córnea OD” y debido a ello, el médico tratante dispuso que se adelantara un tratamiento por parte del médico especialista en córnea.

En este caso, la EPS a la cual se encontraba afiliado el demandante, suspendió el tratamiento médico prescrito y negó la cita con el especialista en córnea necesaria para la

intervención “trasplante de córnea”, bajo el argumento de que su empleador presentaba mora de 30 días en el pago de los aportes.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional, desarrolló el deber de las EPS de garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados bajo la observancia del principio de continuidad, en el sentido de que no se puede suspender la atención médica de un paciente hasta que no logre su efectiva recuperación o se establezca su estado de salud. En este sentido, señaló lo siguiente:

“De la misma manera, esta Corporación ha establecido reglas que deben observar las entidades prestadoras del servicio de salud, para cumplir con la garantía del derecho fundamental a la salud en su componente de continuidad, así: “(i) que las prestaciones en salud, como servicio público obligatorio y esencial, tiene que ofrecerse de manera eficaz, regular, permanente y de calidad; (ii) que las entidades prestadoras del servicio deben ser diligentes en las labores que les corresponde desarrollar, y deben abstenerse de realizar actuaciones ajenas a sus funciones y de omitir el cumplimiento de obligaciones que conlleven la interrupción injustificada de los servicios o tratamientos; (iii) que los usuarios del sistema de salud no pueden ser expuestos a engorrosos e interminables trámites internos y burocráticos que puedan comprometer la permanencia del servicio; y (iv) que los conflictos de tipo contractual o administrativo que se presenten con otras entidades o al interior de la propia empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y finalización óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados.[21]”

Asimismo, consideró que aunque debido a la mora en el pago de los aportes al régimen de seguridad social en salud correspondería al empleador garantizar la cobertura de la prestación de los servicios de salud que requiera el trabajador para el manejo de las patologías que presenta, la gravedad de la enfermedad y la urgencia del tratamiento obligan al juez constitucional a adoptar medidas efectivas que cesen la vulneración de los derechos fundamentales del actor y por lo tanto, dispuso que fuera la EPS la entidad que continuara garantizando la prestación del servicio de salud y efectuara las acciones de cobro respectivas al empleador.

En relación con lo anterior, la Corte estableció lo siguiente:

“Como se expuso “es el empleador quien está obligado tanto a descontar de los ingresos laborales las cotizaciones, como a girar los aportes a la entidad promotora de salud”. En ese sentido, si no efectúa los respectivos pagos deberá responder con sus recursos por las contingencias que se generen en vigencia de la relación laboral de conformidad con la regla expuesta en las consideraciones “ya no correspondería a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional”.

Sin embargo, como esta Corporación ha expuesto, la afectación a la salud tiene consecuencias reales que impactan la calidad de vida y la relación del individuo con su ambiente y cuerpo, las cuales en determinadas circunstancias pueden afectar sus derechos fundamentales.

Por ello, ante la urgencia del tratamiento que requiere el ciudadano Arístides Huertas y ante la negativa del accionado señor Fernando Tovar Tamayo de cumplir con sus obligaciones, como puede observarse del hecho de no pagar las cotizaciones de manera cumplida, así como de negarse a recibir notificación alguna respecto del presente proceso, la Sala encuentra que debe aplicarse la regla establecida en la Sentencia T-646 de 2013 según la cual: “ante la existencia de un perjuicio inminente o la imposibilidad del propio empleador para cumplir, las EPS debían prestar los servicios de salud con el posterior recobro al patrono incumplido”.

4.13 En suma, el incumplimiento de la obligación de efectuar los aportes al sistema de seguridad social en salud por parte del empleador permite a las EPS suspender la afiliación del paciente y en consecuencia, correspondería al empleador asumir la cobertura de la prestación de los servicios de salud que requiera el trabajador. Sin embargo, teniendo en cuenta que (i) en virtud del principio de continuidad que gobierna la prestación del servicio de salud, las EPS no pueden suspender la atención médica que se viene proporcionado al paciente sin que este se haya recuperado de las patologías que presenta o su estado de salud se encuentre estable, y (ii) que es evidente la imposibilidad del trabajador de garantizar la prestación de la atención médica que requiere el paciente, el juez constitucional podrá disponer que la EPS respectiva, continúe brindando los servicios que requiere el paciente con la posibilidad de que recobrar al empleador los gastos en los que

incurra.

5. Análisis del caso concreto.

5.1. La controversia planteada en el presente caso surge por la decisión de la EPS Coomeva, de suspender la prestación del servicio de salud al señor Ricardo Bolívar Pérez por causa de la mora en el pago de los aportes que presenta su empleador, la empresa Prodomed Ltda.

Análisis de la procedibilidad formal de la acción de tutela

5.2. En relación con el requisito de inmediatez, esta Corporación ha precisado que dicho mecanismo debe ejercerse dentro de un término justo, oportuno y razonable, toda vez que debe ser un instrumento de reacción judicial eficaz frente a la vulneración o amenaza grave, actual de los derechos fundamentales.

De acuerdo con ello, observa la Sala que en el presente caso, el señor Ricardo Bolívar Pérez formuló la acción de tutela el 2 de febrero de 2015, esto es un mes después de que Coomeva EPS suspendió la afiliación y por ende, se produjo la interrupción de la atención médica el 1 de enero de 2015. Por lo tanto, se estima que el tiempo transcurrido entre la afectación del derecho fundamental y la formulación de la demanda fue razonable, por lo cual el presente asunto, supera el examen del requisito de inmediatez.

5.3. Respecto del cumplimiento del requisito de subsidiariedad, la Sala encuentra que el actor no dispone de un medio eficaz para reclamar la protección constitucional de su derecho a la salud, el cual, a su juicio, se vulneró con la suspensión de la prestación de los servicios médicos que requiere para el manejo de la patología que presenta “dolor lumbar crónico y discopatía lumbar múltiple”.

En contraste, los jueces de instancia consideraron que el mecanismo idóneo para resolver la situación del accionante es el proceso laboral ordinario. Sin embargo, la Sala considera que este mecanismo de defensa judicial se encuentra dirigido a determinar la responsabilidad de la empresa Prodomed Ltda., en el incumplimiento del pago de los aportes al régimen de seguridad social, entre otros aspectos de la relación laboral, pero no atiende la pretensión del accionante en el sentido de que se restablezca la prestación de los servicios médicos

que le fue suspendida desde el 1 de enero de 2015.

5.4. Por otra parte, la Sala encuentra acreditado que existió una relación laboral entre el señor Ricardo Bolívar Pérez y la empresa Prodomed Ltda., y por lo tanto, evidencia el elemento de subordinación que habilita la procedibilidad de la acción de tutela contra un particular. Llega a esta conclusión, a partir de lo expuesto por el actor en la demanda y por el contenido del formulario único de afiliación e inscripción del régimen contributivo que radicó la empresa Prodomed Ltda., cuando efectuó la afiliación del señor Ricardo Bolívar Pérez en Coomeva EPS.

Análisis de fondo a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del señor Ricardo Bolívar Pérez

5.5. El médico tratante informó el estado de salud del señor Ricardo Bolívar Pérez al juez de primera instancia[22] efectuando el siguiente análisis: “asiste a último control por fisioterapia el día 29/12/2014, donde refiere persistencia del dolor lumbar sin síntomas neurológicos pero no ha mejorado con las nuevas terapias, analgésicos y neuromodulador. Al examen encuentro dolor lumbar mecánico, no afecta marcha, se presenta con cambios de posición, pero no hay signos de compresión radicular. Bajo este escenario, se decidió remitir al paciente a las especialidades: “clínica del dolor y neurocirugía”.

5.6. Sin embargo, de acuerdo con lo narrado por el actor y por la EPS accionada, la Sala constató que la suspensión de la afiliación del señor Ricardo Bolívar Pérez en Coomeva EPS, que se produjo el 1 de enero de 2015 debido a la mora de 30 días que presentaba la empresa Prodomed Ltda. en el pago de los aportes[23], impidió que aquél pudiera acceder a la atención médica de estos especialistas y continuara recibiendo los medicamentos prescritos.

Por lo tanto, la Sala encuentra que se produjo una interrupción en la prestación del servicio de salud al demandante sin que aquél se hubiera recuperado de sus enfermedades o se hubiese estabilizado su estado de salud y con ello, se afectó el derecho a la salud del paciente, desconociendo además el principio de continuidad que rige la prestación del servicio de salud.

5.7. La mora en el pago de los aportes al régimen de seguridad social en salud por parte del

empleador -Prodomed Ltda.- produjo la suspensión de la afiliación a Coomeva EPS y por ende, la interrupción de los servicios médicos que requiere para el manejo de la patología que presenta “dolor lumbar crónico y discopatía lumbar múltiple”. Por lo tanto, en principio, como se expuso en las consideraciones de esta sentencia (supra fundamentos 4.4 y 4.5) ya no correspondería a la EPS sino al propio empleador la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Sin embargo, la Sala evidenció que la situación socioeconómica de la empresa Prodomed Ltda., no brinda las condiciones necesarias que permitan garantizar la atención médica que requiere el señor Bolívar Pérez. Esa conclusión se sustenta a partir de las siguientes circunstancias:

(i) No fue posible surtir el proceso de notificación[24] porque la dirección señalada por el demandante como el lugar en donde Prodomed Ltda., desarrollaba su objeto social, permanece cerrado.

(ii) El demandante informó que desde noviembre de 2014 los trabajadores de esta empresa dejaron de asistir debido a la mora en el pago de los salarios y demás prestaciones sociales.

(iii) La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP- informó a la Corte que detectó un “posible incumplimiento” de la empresa Prodomed Ltda., en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en sus distintos subsistemas (salud, pensión, riesgos laborales, ICBF y Sena)[25].

(iv) La Superintendencia de Sociedades manifestó que se encuentra en trámite una investigación administrativa en contra de la empresa Prodomed Ltda., acumulada a otra investigación que se adelanta en contra de la Fundación Universitaria San Martín, en razón a que incumplió con la obligación de entregar estado financieros ni tener contabilidad al día y a que el domicilio comercial registrado no existe[26].

(v) El Ministerio de Trabajo informó al despacho que actualmente adelanta una querrela laboral en contra de la empresa Prodomed Ltda. y que no ha sido posible notificar del inicio del trámite porque los telegramas enviados a la dirección aportada por los trabajadores, son

devueltos.

5.8. Entonces, de acuerdo con lo expuesto, atendiendo la necesidad del señor Ricardo Bolívar Pérez para acceder a la atención médica que requiere y ante la imposibilidad de la empresa Prodomed Ltda., de cumplir con la obligación de efectuar los aportes a la seguridad social, la Sala encuentra que debe aplicarse la regla según la cual “ante la existencia de un perjuicio inminente o la imposibilidad del propio empleador para cumplir, las EPS debían prestar los servicios de salud con el posterior recobro al patrono incumplido” (supra fundamento jurídico 4.7)

5.9. Es preciso señalar, que si bien es cierto que el empleador es responsable de la interrupción de la atención médica por el no pago de los aportes, sin embargo, también lo es que la medida adoptada por la EPS Coomeva en el sentido de suspender la prestación de los servicios de salud al actor desconocen el principio de continuidad del derecho a la salud (supra 4.1.) toda vez que tal decisión se adoptó sin consideración de las siguientes circunstancias: (i) se encontraba en un tratamiento a base de medicamentos (ii) tenía pendiente consulta con los especialistas en clínica del dolor y neurocirugía debido al fracaso del tratamiento por el especialista en fisiatría.

5.10. En este orden de ideas, la Sala considera que se cumplen los requisitos jurisprudenciales para ordenar a la EPS que restablezca la atención médica del señor Ricardo Bolívar Pérez en lo pertinente al tratamiento que fue interrumpido cuando produjo la suspensión de la afiliación y siempre que aquél así lo desee.

Sin embargo, esta medida no puede adoptarse de manera indefinida, teniendo en cuenta, que de acuerdo con la información que proporcionó el accionante, la Superintendencia Nacional de Sociedades y el Ministerio del Trabajo la empresa Prodomed Ltda., no está desarrollando su objeto social y desde noviembre de 2014, el señor Ricardo Bolívar Pérez al igual que los demás trabajadores de esta empresa dejaron de ejercer su actividad laboral para la cual fueron contratados y por ello, no se les está efectuando retención de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud.

5.11. Bajo este escenario, la Sala revocará las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá y por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, en su lugar, concederá el amparo del derecho

a la salud del señor Ricardo Bolívar Pérez. En consecuencia, ordenará a Coomeva EPS que, si el actor así lo desea, se restablezca la atención médica, en lo pertinente con las patologías que presentaba al momento de la suspensión de la afiliación. Para tal efecto, deberá concederse las citas con los especialistas en neurocirugía y en la clínica del dolor para que evalúen la condición médica del señor Ricardo Bolívar Pérez y determinen el tratamiento que debe brindarse al paciente para el manejo de las patologías que presenta.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá el 3 de marzo de 2015 y por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, el 21 de abril de 2015, En su lugar CONCEDER el amparo del derecho a la salud del señor Ricardo Bolívar Pérez.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS-S Coomeva que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reestablezca la prestación de los servicios médicos al señor Ricardo Bolívar Pérez, hasta que se produzca la recuperación del paciente o la estabilidad de la enfermedad: “dolor lumbar crónico y discopatía lumbar múltiple”; o hasta que el señor Ricardo Bolívar Pérez se vincule al régimen de seguridad social en salud a través de uno de sus regímenes contributivo o subsidiado.

TERCERO.- ORDENAR a Coomeva EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, programe las citas con los especialistas en neurocirugía y clínica del dolor, servicios ordenados por el médico especialista en fisioterapia Alexander Albarracín Pinzón el 29 de diciembre de 2014.

CUARTO.- Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y

cúmplase.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrado Ponente (E)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Para abordar la situación fáctica se sigue la exposición del accionante en la demanda como en la declaración rendida por el actor ante el Juzgado de primera instancia. La Sala igualmente, complementará la narración con los hechos relevantes que se desprenden de los documentos aportados por el peticionario y las entidades accionadas.

[2] Folio 100 del cuaderno de primera instancia.

[3] Folio 41 cuaderno de primera instancia.

[4] Folio 53 cuaderno de primera instancia.

[5] Folio 16 cuaderno principal.

[6] Sentencias T-024 de 2014 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-268 de 2014 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-613 de 2014 MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-344 de 2012 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-955 de 2011 MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-471 de 2010 MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-689 de 2010 MP Humberto Antonio Sierra Porto, T-744 de 2010 MP Humberto Sierra Porto, T-1178 de 2008 MP Humberto Sierra Porto, T-016 de 2007 MP T-770 de 2007 MP Humberto Sierra Porto, T-1026 de 2005 MP Rodrigo Escobar Gil, T-858 de 2003 MP Jaime Córdoba Triviño, T-544 de 2002 Eduardo Montealegre Lynett.

[7] Sentencia T-597 de 1993 MP Jaime Araujo Rentería reiterada en las sentencias T-355 de 2012 MP Luis Ernesto Vargas Silva y T-022 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia T-760 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa. Entre muchas otras.

[8] MP Jaime Sanin Greiffenstein.

[9] En igual sentido ver las siguientes sentencias T-116 de 1993 MP Hernando Herrera Vergara, T-192 de 1994 MP José Gregorio Hernández Galindo, T-002 de 1995 MP José Gregorio Hernández Galindo, T-530 de 1999 MP Vladimiro Naranjo Mesa, T-495 de 2003 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[10] Reiterada en las siguientes sentencias: T-239 de 2015 MP (E) Martha Victoria Sáchica Méndez, T-171 de 2015 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-162 DE 2015 MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-956 de 2014 MP Gloria Stella Ortiz Delgado, T-876 de 2014 MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-076 de 2008, T-631 de 2007 y T-837 de 2006, T-561 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-757 de 2010 MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-122 de 2009 MP Humberto Sierra Porto.

[11] Es importante recordar que el PIDESC forma parte del bloque de constitucional, en virtud de la cláusula de remisión contenida en el inciso 1 del artículo 93 de la Constitución que vincula al ordenamiento jurídico del País, los instrumentos internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Gobierno Nacional, que reconocen derechos humanos.

[12] Intérprete autorizado del pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

[13] Ver entre otras sentencias Sentencia T-420 de 1992 MP Simón Rodríguez Rodríguez, T-571 de 1992 MP Jaime Sanín Greiffenstein, T-760 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-388 de 2012 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-931 de 2010 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-022 de 2011 ya citada, T-999 de 2008 MP Humberto Sierra Porto.

[14] MP Alejandro Martínez Caballero. Reiterada en las siguientes sentencias T-1093 de 2002 MP Jaime Córdoba Triviño, T-807/07 MP Humberto Antonio Sierra Porto, T-760 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinoza, T-278 de 2008 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-671 de

2009 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-610 de 2014 MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-724 de 2014 MP María Victoria Calle Correa, entre otras.

[15]MP Manuel José Cepeda Espinosa. Este criterio ha sido reiterado en las sentencias T-170 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-1000 de 2006 MP Jaime Araujo Rentería.

[16] ARTICULO. 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, y 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. PARAGRAFO.-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.

[17] MP Alejandro Martínez Caballero.

[18] MP Jaime Córdoba Triviño.

[19] MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[20] Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

[21] La sentencia mencionó que este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las siguientes sentencias: T-060 de 1997, T-829 de 1999, T-680 de 2004, T-170 de 2002 y T-380 de 2005.

[22] Folio 53 cuaderno de primera instancia.

[23] Folio 36 cuaderno de primera instancia.

[24] Folio 69 cuaderno principal.

[25] Folio 25 cuaderno principal.

[26] Folio 16 cuaderno principal.