

T-557-98

Sentencia T-557/98

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Asunción de responsabilidad por empleador al no entregar aportes descontados

La relación laboral implica para el patrono, como una de sus obligaciones básicas, la de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social, efectuando sus propios aportes y trasladando a la entidad correspondiente los que se descuentan por nómina al empleado, con el objeto de mantener la constante disponibilidad de los servicios en salud, tanto para aquél como para sus beneficiarios. La jurisprudencia ha destacado que tales obligaciones a cargo del empleador deben ser cumplidas de manera oportuna, para evitar la suspensión de los servicios del Plan Obligatorio de Salud y que la mora en llevar a cabo la afiliación, como en efectuar los aportes patronales o en consignar los recursos descontados al trabajador se refleja necesariamente en el traslado al patrono de la responsabilidad total, desde el punto de vista económico, por lo que respecta a los costos que demanden los servicios médicos, asistenciales, quirúrgicos, hospitalarios, terapéuticos y por concepto de suministro de medicamentos, tanto por causa de las dolencias de todo orden, físico o psicológico, que aquejen al trabajador y a su familia y demás beneficiarios, como por los accidentes y enfermedades de trabajo. La renuencia de la empresa se califica como omisión que cercena y amenaza derechos fundamentales, y por lo tanto puede ser objeto de acción de tutela.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Responsabilidad del empleador por la efectiva cobertura para trabajadores y beneficiarios

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliación es al sistema y no a la E.P.S.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Carácter excepcional y limitado de sujeción de servicios médicos de alto costo a periodos mínimos de cotización

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cómputo de aportes a otras entidades para cumplir periodo mínimo de cotización

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Competencia para señalar enfermedades de alto costo que pueden someterse a periodos mínimos de cotización

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Señalamiento corresponde al Gobierno y no a la EPS/ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Ley señala porcentaje de costos cuando no se ha completado periodo mínimo de cotización

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Número de semanas que le hace falta cotizar al afiliado y porcentaje a asumir

DERECHO A LA SALUD-Atención a beneficiarios

Referencia: Expediente T-169262

Acción de tutela incoada por Saul Bernal Sánchez contra “REFRESCANDO LTDA” y otros

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los seis (6) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. INFORMACION PRELIMINAR

La acción de tutela, orientada a la protección de los derechos fundamentales de SAUL BERNAL SANCHEZ, fue instaurada por conducto de la abogada ALBA JUDITH RINCON GUERRA contra la sociedad “REFRESCANDO LTDA” y contra las E.P.S. “UNIMEC” y “SALUDCOOP”

Según lo afirmado en el libelo, el actor entró a prestar sus servicios personales y subordinados a la empresa “REFRESCANDO LTDA”, con domicilio en Girardot, el 1 de abril de 1997 y se retiró el 3 de diciembre del mismo año, por cuanto, de acuerdo con la demanda, “dicha empresa no cumplía con los pagos de los salarios”.

Dijo el accionante que, durante el tiempo en que permaneció laboralmente vinculado, la empresa le descontó el valor correspondiente a los aportes en salud a la E.P.S. “SALUDCOOP”, entidad a la que fue afiliado.

Agregó que la compañía “REFRESCANDO LTDA” pagó los aportes a “SALUDCOOP” los dos primeros meses y posteriormente no volvió a hacerlo.

Narró que a la señora LAURA JEANNETTE BARCO BALLESTEROS, esposa y beneficiaria del extrabajador afiliado, cuando se encontraba aportando para la E.P.S. "SALUCOOP", le fue detectado cáncer en un seno, por lo cual ella ha estado delicada de salud.

Manifestó la apoderada que su mandante ingresó a otra empresa y que ésta lo afilió a la E.P.S. "UNIMEC", a la cual acudió la mencionada señora como beneficiaria. Le prestaron el servicio de consulta pero le ordenaron exámenes y no se los pudo practicar por no tener las semanas requeridas.

Agregó la abogada:

"Por lo anterior y debido al estado de salud de su esposa, mi mandante ha tenido que solicitar préstamos de dinero, para poder practicar algunos exámenes en centros médicos particulares, sin poder obtener la droga para el tratamiento de quimioterapia ordenado por el médico, ya que sus recursos económicos no se lo permiten, por ser cabeza de familia, y tener 3 hijos y su señora que dependen de él.

Mi representado se ha dirigido en varias oportunidades a la Empresa "REFRESCANDO LTDA" a solicitar el pago de sus prestaciones sociales y el pago de los aportes de salud y pensión, pero el Gerente le dice que no hay plata, por lo que se vio en la necesidad de instaurar esta acción".

Solicitó el demandante que se ordenara a la Entidad Promotora de Servicios de Salud "UNIMEC" prestar a su esposa los servicios médicos, hospitalarios y quirúrgicos, en su calidad de beneficiaria.

También pidió que se ordenará a la sociedad "REFRESCANDO LTDA" cancelar el valor de los aportes en salud descontados a su extrabajador, y pagar los perjuicios ocasionados por su culpa.

II. DECISIONES JUDICIALES

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, en providencia del dos (2) de abril de 1998, consideró que no era competente para conocer de la tutela por haber ocurrido los hechos en Girardot, por lo cual la competencia correspondía al Tribunal Superior de Cundinamarca. Remitido a esa Corporación el expediente, profirió fallo el seis (6)

de mayo de 1998.

El Tribunal resolvió tutelar los derechos a la seguridad social, a la vida y a la salud de LAURA JEANNETTE BARCO BALLESTEROS, reclamados por su esposo, y ordenó a la empresa "REFRESCANDO LTDA" que procediera inmediatamente a ponerse al día en el pago de los aportes obrero patronales dejados de cancelar. Igualmente se previno a la "E.P.S. UNIMEC S.A.", para que continuara prestando en forma oportuna e inmediata los servicios médicos a la citada señora, incluyendo los ciclos de poliquimioterapia necesarios.

De conformidad con la providencia, no aparece probado que la señora BARCO BALLESTEROS hubiera solicitado atención médica a la "E.P.S. SALUDCOOP", por lo cual no existe violación de derechos fundamentales por parte de esta entidad.

De las pruebas aportadas -dijo- se deduce que durante el período en que el señor BERNAL SÁNCHEZ laboró para "REFRESCANDO LTDA" estuvo afiliado a "SALUDCOOP" y que médicos particulares le practicaron a su esposa una mamografía y una ecografía. Igualmente le extirparon la glándula mamaria izquierda, según lo certificó la "Liga de Lucha contra el Cáncer".

En cuanto respecta a "UNIMEC S.A.", informó al Tribunal que SAÚL BERNAL es su cotizante desde el 22 de diciembre de 1997 y sus beneficiarios son su esposa e hijas. También manifestó que le prestaron atención médica a la señora, ordenándole y practicándole algunos exámenes. La mamografía ordenada el 3 de marzo se practicó a la paciente por su cuenta y riesgo, la solicitud de reembolso está en proceso y la historia clínica reposa en la Clínica "SAN SEBASTIÁN" de Girardot. La paciente -consideró el Tribunal- requiere de un ciclo de poliquimioterapia que no se sabe si ha sido autorizado por "UNIMEC", la cual no puede dejar de prestar los servicios médicos al afiliado ni a sus beneficiarios.

Como "UNIMEC" prestó los servicios médicos y ordenó los exámenes y la intervención quirúrgica -concluyó la Sentencia-, no puede decirse que vulneró derechos fundamentales del afiliado o de sus beneficiarios. No obstante, se consideró pertinente señalar que debe seguir prestando los servicios que se requieran para el tratamiento del cáncer.

En cuanto al pago de perjuicios, el Tribunal estimó que la tutela no es la vía judicial idónea para ello, pues, según dijo, existen otros medios judiciales para reclamarlo.

La decisión judicial fue impugnada por el Gerente de la sociedad "REFRESCANDO LTDA" y por el representante legal de "UNIMEC S.A."

En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante Fallo del 28 de mayo del año en curso, confirmó los numerales 1, 3, 4 y 5 de la sentencia impugnada y modificó parcialmente el numeral 2 en el sentido de que "UNIMEC E.P.S. S.A" debe asumir los costos inherentes al tratamiento del cáncer de seno que padece la señora LAURA JEANNETTE BARCO BALLESTEROS, en el porcentaje que por ley le corresponda.

Según la Corte Suprema, mientras SAUL BERNAL laboró para la empresa "REFRESCANDO LTDA" no solicitó servicios de atención médica u hospitalaria para su cónyuge a "SALUDCOOP" y no dio aviso a la empleadora sobre la enfermedad de su esposa; estando afiliado a "UNIMEC", le solicitó el tratamiento del cáncer y, desde la fecha en que se afilió al régimen contributivo del Sistema General de Salud hasta el 11 de mayo de 1998, ha cotizado al sistema veinte (20) semanas.

Anota la providencia que es necesario entonces establecer si hay o no afectación de los derechos fundamentales reseñados, cuando se le exige al usuario sufragar parte de los costos que implica el tratamiento médico de la enfermedad.

Aseguró la Corte Suprema que, tanto la Ley 100 de 1993 como el Decreto 806 de 1998 establecen una serie de exclusiones y limitaciones que, en general, comprenden actividades, procedimientos, intervenciones y número de cotizaciones. En este último aspecto, se señalaron períodos mínimos de cotización al sistema para tener derecho a la atención en salud, cuando se trate de enfermedades de alto costo. Cuando el afiliado sujeto a estos períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al número de semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos. Cuando el afiliado no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite dicha situación, deberá ser atendido por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas entidades privadas con las cuales el Estado tenga contrato.

Entendidas así las normas -prosigue la Corte Suprema-, la negativa de una entidad promotora de servicios de salud de dar a una persona que no ha cotizado el tiempo señalado por la ley la asistencia que se requiere para un tratamiento médico, no puede calificarse

como fuente injustificada de lesión de los derechos fundamentales del usuario. Aceptando en gracia de discusión la continuidad en el sistema desde el momento en que SAUL BERNAL fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde octubre de 1996 hasta la fecha, no alcanza a cubrir el número mínimo de semanas (100), requeridas para tener derecho al costo total del tratamiento de su esposa.

El obrar de “UNIMEC” -dijo la Corte Suprema- no ha vulnerado ningún derecho fundamental pues se ha ajustado al ordenamiento jurídico, lo cual hace improcedente la tutela cuando de conductas legítimas de un particular se trata. Si el afiliado no está en condiciones de cubrir el porcentaje que por ley le corresponde en el tratamiento de su cónyuge -señaló la Sentencia-, puede acudir para tal efecto al Fondo de Reconocimiento de Enfermedades Catastróficas de la Nación, debiendo el Estado asumir la responsabilidad del tratamiento a través de las instituciones con las cuales tenga contrato.

En cuanto a la sociedad “REFRESCANDO LTDA”, el fallo de segundo grado concede la razón al a quo en cuanto afirmó que cuando un empleador no efectúa las transferencias de los aportes de seguridad social efectivamente deducidos a sus trabajadores, amenaza los derechos fundamentales a la vida y la salud, circunstancia ésta que hace viable el amparo en ese aspecto.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones judiciales, con base en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Responsabilidad del patrono por la efectividad de la cobertura de seguridad social en salud para los trabajadores y sus beneficiarios

Una vez más afirma la Corte que la relación laboral implica para el patrono, como una de sus obligaciones básicas, la de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social, efectuando sus propios aportes y trasladando a la entidad correspondiente los que se descuentan por nómina al empleado, con el objeto de mantener la constante disponibilidad

de los servicios en salud, tanto para aquél como para sus beneficiarios.

Para el efecto, la renuencia de la empresa se califica como omisión que cercena y amenaza derechos fundamentales, y por lo tanto, cae bajo las previsiones del artículo 86 de la Constitución y puede ser objeto de acción de tutela.

Ha de reiterarse lo dicho en la Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998, por la cual se declaró la constitucionalidad del artículo 209 de la Ley 100 de 1993; y en los fallos de revisión de tutelas números T-382 del 30 de julio y T-474 del 8 de septiembre de 1998:

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

Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada, ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al párrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998.M.P.:Dr. Alejandro Martínez Caballero).

“En ningún caso, pero menos todavía cuando se trata de personas de la tercera edad, podría sostenerse como compatible con los postulados constitucionales la conclusión según la cual

una persona que haya laborado durante el tiempo legalmente previsto, cumpliendo los demás requisitos señalados por el legislador, pueda quedar despojada de su pensión de jubilación de manera absoluta e inapelable por culpa de la negligencia o el incumplimiento de otro, en especial si ese otro es precisamente el patrono para quien laboraba.

Para la Corte es evidente que, si el patrono, por su descuido o por su dolo, no hace oportunamente los aportes a que está obligado para los fines del cómputo del tiempo de cotización que configura el derecho de una persona a la pensión, debe asumir el pago de las mesadas pensionales en tanto, por dicha causa, la entidad de seguridad social se niegue a hacerlo.

Así, el patrono puede ser demandado por el trabajador con tal objeto, al amparo de claros preceptos constitucionales y legales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-334 del 15 de julio de 1997).

"Debe decirse en primer lugar que la mora o la omisión del empleador en trasladar a las E.P.S. y demás entidades de seguridad social los aportes correspondientes -tanto en salud como en pensiones-, y la de cancelar sus propios aportes con idéntico destino, constituye indudablemente un atentado contra varios derechos constitucionales, entre ellos la salud, la vida, el trabajo, los derechos de la persona de la tercera edad y, por supuesto, el derecho a la seguridad social, ya que el sistema requiere de recursos y sólo puede operar si los aportantes cumplen. Las deficiencias económicas de las entidades de seguridad social repercuten necesariamente, tarde o temprano, en enormes perjuicios para los afiliados y sus familias.

Lo que pretende la cobertura en seguridad social es precisamente amparar a los trabajadores y beneficiarios en los daños o deterioros a los que está expuesta la salud y la vida, y los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y vejez.

(...)

En las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional al dirimir este tipo de conflictos, en los cuales resulta involucrado el patrono, en especial por su desidia o incumplimiento, se ha estimado que el objetivo primordial es la protección del trabajador, pues se tiene por sabido que éste en modo alguno debe asumir las consecuencias negativas de una omisión ajena, ya

sea del empleador, de la E.P.S. o compartida entre ambos. La obligación de depositar los aportes que han sido descontados al trabajador está radicada en forma primigenia en el empleador, quien, por incumplir dicho deber, se convierte en acreedor de las sanciones legales (artículos 22, 23, 161 y 210 de la Ley 100 de 1993), según las cuales debe reconocer los intereses moratorios y asumir en su totalidad “la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP”.

Ahora bien, como lo explica la sentencia de constitucionalidad antes citada, la responsabilidad generada en ese tipo de incumplimiento no es en todos los casos exclusiva del patrono, sino que muchas veces es compartida por la E.P.S., cuando ésta no ha puesto en funcionamiento los mecanismos que la ley dispone para lograr el pago efectivo de los aportes dejados de realizar por aquél, entre los cuales se encuentra la acción de cobro establecida en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-382 del 30 de julio de 1998. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

“-El sistema de seguridad social no puede funcionar si los aportes de patronos y trabajadores no llegan efectivamente a las arcas de las entidades encargadas de prestar el servicio.

Por tanto, el compromiso de unos y otros resulta esencial para el ejercicio real de los derechos inherentes al aludido servicio público.

-En cuanto se refiere a los patronos, además de los aportes propios, tienen la obligación de trasladar al sistema de seguridad social las sumas que por concepto de cotizaciones retienen a sus empleados. Estos, a medida que prestan sus servicios, van liberando la cotización periódica que les corresponde, y son los empleadores los que asumen, por mandato de la ley, la responsabilidad de entregar los dineros retenidos a la entidad a la cual aquéllos están afiliados, para que la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y asistencial tenga lugar, y también con el objeto de contabilizar el número de semanas para obtener la pensión de jubilación. La obligación patronal se refleja igualmente en la previsión de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, pues sus aportes nutren a las denominadas A.R.P., creadas por la Ley 100 de 1993.

-Cuando el patrono, pese a haber retenido sumas de dinero a sus trabajadores por los mencionados conceptos, les asigna una finalidad distinta, desvía los recursos de la seguridad social, con notorio daño al sistema y con efectos graves en sus propios empleados, cuya

atención se puede ver suspendida, como lo señala la Ley 100 de 1993". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-474 del 8 de septiembre de 1998. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

A lo anterior debe añadirse que, ya en lo relacionado con la cobertura de la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el trabajador dentro del Plan Obligatorio de Salud, por mandato expreso de la Ley 100 de 1993, varias veces analizado por esta Corte, no le son oponibles preexistencias y, si en relación con las enfermedades de alto costo puede exigirse un número mínimo de semanas cotizadas para tener derecho al servicio, esta Corporación debe insistir en algunas exigencias que, respecto a ese punto, ha venido plasmando en providencias de constitucionalidad y de tutela:

2.1 Afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social y no a una determinada E.P.S. Contabilización del tiempo total de afiliación durante su vida laboral

"Debe declararse al respecto que, según resulta de la preceptiva consagrada en la Ley 100 de 1993, la persona se afilia al sistema, no a una de las entidades integrantes del mismo y, por tanto, cuando, en los casos extraordinarios en que lo autoriza ese estatuto, haya de tenerse la antigüedad o el número de semanas cotizadas para tener derecho a determinada prestación, debe contarse el tiempo de vinculación al sistema y no el de cotización a la empresa de salud específicamente considerada". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-250 del 27 de mayo de 1997. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

2.2 Carácter excepcional y limitado de la sujeción de los servicios médicos de alto costo a períodos mínimos de cotización

Desde luego, la sujeción a períodos mínimos de cotización, previsto en la norma, es como de ella misma resulta, excepcional, y únicamente puede exigirse en los casos que contemple expresamente el Presidente de la República al reglamentarla (art. 189-11 C.P.). Se trata, en efecto, de "servicios de alto costo", cuya enunciación no puede quedar librada a la voluntad de las mismas entidades prestadoras del servicio de salud". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-250 del 27 de mayo de 1997. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

2.3 Relación entre los dos principios precedentes

“El período mínimo de cotización que se haga exigible al beneficiario para tener acceso a los servicios de salud no puede circunscribirse al tiempo de vinculación con el sistema especial de salud del que se trata. Deben hacerse valer para tal efecto las cotizaciones de ese beneficiario en el Sistema General de Salud (Ley 100 de 1993), es decir, ha de computarse lo que haya cotizado a otras entidades de seguridad social dentro de tal sistema. De lo contrario, resultaría vulnerado el principio constitucional que consagra en cabeza del Estado como tal -y no de unos determinados órganos del mismo, de manera independiente- la prestación de la seguridad social como servicio público de carácter obligatorio, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, según lo expresa el artículo 48 de la Carta Política. Este precepto señala, además, que la seguridad social está garantizada por el Estado a todos los habitantes como un derecho irrenunciable”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-089 del 18 de marzo de 1998. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

2.4 Competencia exclusiva del Presidente de la República, mediante la expedición de decretos reglamentarios, para señalar las enfermedades de alto costo que pueden someterse a la exigencia de períodos mínimos de cotización dentro del Sistema. No puede exigirse respecto de toda enfermedad, aun calificada de catastrófica, el período máximo de cotización (100 semanas). Respecto de cada enfermedad debe preverse en el decreto reglamentario correspondiente, el período exigido, sin pasar de 100 semanas. Reserva de ley para la fijación de las tarifas aplicables a los pagos que en tales casos quedan a cargo de los usuarios

“Es claro que la norma legal entonces considerada (artículo 164 de la Ley 100 de 1993) distingue dos tipos de situaciones respecto de la atención a los afiliados y beneficiarios de las E.P.S.: un régimen general que excluye toda clase de preexistencias y uno excepcional -servicios de alto costo-, que permite la sujeción a períodos mínimos de cotización que en ningún caso pueden exceder las 100 semanas de afiliación al sistema. Tales servicios deben ser señalados -como lo expresó ya la Corte- en los decretos reglamentarios del mencionado artículo.

(...)

En efecto, como ya se dijo, tal distinción resulta de la Ley 100 de 1993, pero es evidente el carácter excepcional de la hipótesis en la cual deba el afiliado haber cotizado un mínimo de semanas para tener derecho a la totalidad de los servicios propios del plan obligatorio de salud.

Es justamente tal condición excepcional la que exige interpretación restrictiva del precepto, pues, a juicio de la Sala, no pueden ser las entidades prestadoras del servicio -las E.P.S.- las que decidan unilateralmente o mediante la imposición de cláusulas contractuales ajenas a la normatividad cuáles son las enfermedades de alto costo, ni tampoco las que establezcan los niveles mínimos de cotización requeridos para cada una de ellas.

No puede olvidarse que, según el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, “para períodos menores de cotización -esto es, para aquéllos casos en los cuales se haya cotizado menos de lo que las normas establecen en cuanto al tipo de enfermedad de alto costo-, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica”.

En el Decreto 1938 del 5 de agosto de 1994, al establecer los criterios para definir los períodos mínimos de cotización al sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo, se contemplaron dos grupos: uno, con un máximo de 100 semanas de cotización, para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el plan obligatorio de salud; otro, con un máximo de 52 semanas de cotización, para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el manual de actividades, intervenciones y procedimientos, MAPIPOS, como del grupo ocho o superiores.

En realidad, tal norma -como puede verse- no señaló períodos mínimos sino máximos de cotización, lo cual significa que, a pesar de lo anunciado por ella (parágrafo segundo), de su texto no puede inferirse qué número de semanas es necesario haber cotizado para cada tipo o clase de enfermedad de alto costo.

Es cierto que en el artículo 17 de la Resolución número 5261 del 5 de agosto de 1994, proferida por el Ministerio de Salud -sobre cuya validez o nulidad no corresponde a esta Corte pronunciarse-, se incluyó el “tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer” como enfermedad ruinosa o catastrófica, que se caracteriza, según el mismo acto

administrativo, “por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representa un alto costo”, pero no lo es menos que de tal referencia no puede deducirse el número mínimo de semanas que debe haberse cotizado en esos casos para tener derecho al servicio. Y definitivamente no es posible concluir que ese número sea siempre el de 100 semanas, claramente definido por la norma legal (artículo 164 de la Ley 100 de 1993) como tope máximo, pues “en ningún caso” podrán exceder de él los períodos mínimos de cotización.

En otras palabras, para la Corte es claro que, si el afiliado tiene derecho a la plena certidumbre y transparencia acerca del régimen que le es aplicable, no es permitido a las empresas promotoras de salud imponerle, aun tratándose de enfermedades de alto costo, el número máximo de semanas de cotización en todos los casos. Vulneran entonces los derechos a la salud y a la seguridad social de la persona, y pueden poner en peligro su vida, especialmente en las hipótesis de enfermedades tan graves como el cáncer”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-437 del 10 de septiembre de 1997. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Al respecto, la Sala Plena de la Corte dejó establecido:

“a) Claro está, se trata de situaciones excepcionales, que deben estar plasmadas en normas jurídicas de gran claridad y precisión cuya interpretación habrá de ser estricta.

b) Es el Presidente de la República, al reglamentar la Ley y con arreglo a ésta, quien debe indicar, de manera específica, por sus nombres científicos, cuáles son las denominadas enfermedades de alto costo, así como el período de cotización exigible para cada una de ellas...

(...)

c) En cuanto a las tarifas aplicables para que los beneficiarios sufraguen total o parcialmente esos altos costos, son de reserva de ley, es decir, no pueden ser fijadas por la autoridad administrativa, sino por el legislador...

El porcentaje de los costos que, dentro de las condiciones aquí resaltadas, deba pagar el usuario, ha de ser fijado por el legislador según el artículo 49 de la Constitución Política, tomando en consideración su capacidad económica, para que no se le apliquen cobros

desproporcionados o irrazonables.

Adviértese que, mientras no estén dictados, la Ley que fije tarifas y el reglamento del Presidente de la República que señale cuáles son las enfermedades llamadas “de alto costo”, el sistema de salud no podrá hacer aplicable a los beneficiarios esta norma, y, por tanto, deberá prestarles atención completa sin sujetarla a períodos mínimos de cotización”.(Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-089 del 18 de marzo de 1998. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

La Corte, al declarar la exequibilidad del inciso segundo del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, que contempló por vía general el sistema de períodos mínimos de cotización para enfermedades de alto costo, reiteró lo expuesto en las providencias transcritas, en el sentido de que, por una parte, la inclusión de una cierta enfermedad o padecimiento dentro de la categoría de “catastrófica” corresponde al Gobierno Nacional, mediante la expedición de decretos reglamentarios, y no a la E.P.S. de la que se trate; y por otra parte, la Corte insistió en que “el porcentaje de los costos que debe pagar el usuario (para la atención de esas enfermedades cuando no ha completado el período mínimo de cotización), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, lo fija la ley proporcionalmente con la capacidad socioeconómica del empleado, para evitar precisamente cobros irrazonables o desmesurados” (Cfr. Sentencia C-112 del 25 de marzo de 1998. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz). (Se ha subrayado).

Estos principios deben ser tenidos en cuenta al resolver el presente caso, tanto por esta Corte como por la Superintendencia Nacional de Salud al definir las particularidades aplicables, para evitar que la esposa del actor quede desprotegida, con el consiguiente perjuicio que ello causaría a su salud y con el grave peligro para su vida, todo lo cual sin duda es tutelable.

3. El caso concreto

En el proceso sometido a examen, SAUL BERNAL SANCHEZ fue afiliado a la “EPS SALUDCOOP” por parte de la empresa “AGRUPADORES LTDA”, y la compañía canceló los aportes durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1996. Posteriormente la empresa cambió de razón social y adoptó el nombre de “REFRESCANDO LTDA”, aportando tan solo el mes de febrero de 1997, según consta en certificación que obra a folio 54 del

expediente.

En documento expedido por la empresa “REFRESCANDO LTDA” el 29 de abril de 1998, ésta certificó que el señor SAUL BERNAL SANCHEZ laboró para esa empresa desde el 1 de abril hasta el 3 de diciembre de 1997; que fue afiliado a “SALUDCOOP” el 7 de abril del mismo año; que sus beneficiarios eran Laura Yaneth Barco Ballesteros como cónyuge, y como hijos Andrea Yaneth, Laura Yaneth y Nina Alejandra Bernal Barco; y que fue inscrito al ISS el 3 de abril para riesgos profesionales sin beneficiarios. La empresa, en el período correspondiente a su nueva razón social, no cubrió los aportes a ninguna de las dos entidades (folio 51, exp. 169262).

Por su parte la “EPS UNIMEC”, a la cual el actor fue afiliado por la empresa en la que ahora trabaja -“CONALDES”-, deja constancia de que el señor SAUL BERNAL SANCHEZ es afiliado cotizante suyo desde el 22 de diciembre de 1997 y que sus beneficiarias son Laura Yanet Barco Ballesteros, Laura María, Andrea y Nina Alejandra Bernal Barco.

En el mismo documento se certifica que la señora Barco Ballesteros, esposa del afiliado, ha solicitado servicios médicos asistenciales y ha sido atendida. Su historia clínica reposa en la Clínica San Sebastián de Girardot. Se le ordenaron varios exámenes que fueron practicados en debida forma. Además se le autorizó procedimiento quirúrgico por “recección de masa tumoral en el seno izquierdo”, examen de anatomía patológica” e interconsulta de oncología” (folio 56).

En el documento suscrito por “UNIMEC” para sustentar la impugnación al fallo de instancia se consignó que en el momento en que el afiliado solicitó el tratamiento para el cáncer, se le informó que “UNIMEC” asumiría un porcentaje del tratamiento porque de acuerdo con la Ley 100 de 1993, para el cubrimiento total de enfermedades catastróficas se exigen períodos mínimos de cotización.

La Corte, aplicando los principios y criterios que se dejan expuestos, y hallando probados los hechos que el actor alegó al presentar la demanda de tutela, estima que la protección judicial debe concederse.

Se confirmarán, pero reformándolas parcialmente, las sentencias materia de revisión, así:

a) La compañía “REFRESCANDO LTDA” ha violado los derechos fundamentales del accionante y de su familia al retener y no consignar las cuotas correspondientes a aportes obrero-patronales con destino a la seguridad social.

Por tanto, está obligada a cancelar la totalidad de los dineros correspondientes, de manera inmediata, a favor de la “E.P.S. SALUDCOOP”, a la cual había afiliado a su extrabajador.

Como se trata de recursos parafiscales, de los cuales no podían disponer dicha entidad ni sus administradores, se remitirán copias a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

b) La “E.P.S. SALUDCOOP”, a la cual ya no está afiliado el demandante, no es responsable en ningún aspecto por los daños que, a partir del incumplimiento de “REFRESCANDO LTDA”, ha sufrido la cónyuge de aquél. Según resulta de lo que se afirma en la demanda, la falta de atención en lo relativo al cáncer que la señora padece no es imputable a “SALUDCOOP”, pues, no bien se lo habían detectado, se produjo el retiro del empleado y su desafiliación de dicha entidad asistencial.

c) La E.P.S. “UNIMEC” debe atender a la paciente, de manera completa e inmediata en lo relacionado con el cáncer, en todos los aspectos que su tratamiento exija, sin que pueda negarse a ello.

Para lo referente al eventual pago de parte de los costos correspondientes por el afiliado, al tenor del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, invocada por la E.P.S., ésta solamente podrá basarse en la definición que al respecto haga la Superintendencia Nacional de Salud, a la cual deberá remitirse toda la documentación, con miras a determinar el número de semanas hasta ahora cotizadas por el actor al sistema (se subraya) y el de las que puedan hacerle falta según el número que esa Superintendencia, con base en las normas vigentes, estime.

La E.P.S. no podrá cobrar por tal concepto al afiliado sino una vez se profiera el acto correspondiente a cargo de la Superintendencia. Y en todo caso prestará la totalidad de los servicios derivados de la afiliación, al trabajador y a sus beneficiarios.

La Corte, para resolverlo así, se ha fundado en lo siguiente:

De la documentación allegada al expediente se concluye que efectivamente SAUL BERNAL

SANCHEZ se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, inicialmente a través de "SALUDCOOP" y posteriormente de "UNIMEC EPS S.A.", pero esta Corte desconoce cuántas semanas ha cotizado aquél durante su vida laboral -y toda ella debe ser contabilizada y tomada en cuenta para el efecto-, motivo por el cual no podría afirmarse con certeza si el afiliado ha cotizado el tiempo necesario para tener el derecho pleno a la atención médica requerida en favor de la beneficiaria, sin que tenga que asumir monto alguno del valor total del tratamiento.

Tampoco es posible establecer en este estrado cuál es el porcentaje que debería ser asumido, en cuanto al costo del tratamiento por parte del afiliado o beneficiario, en el evento de que no haya completado el número de semanas exigido para la aludida enfermedad. Es por ello que la Sala ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud, después de brindado el tratamiento necesario a la beneficiaria, que indique a "UNIMEC EPS S.A." el número de semanas que, según las disposiciones legales y reglamentarias en vigor, le hace falta cotizar al afiliado, en caso de que así resulte de su record en el sistema, y qué porcentaje debe aquél asumir en relación con su valor.

No puede perderse de vista que a la Superintendencia Nacional de Salud corresponde, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 de la Ley 100 de 1993, "emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato prácticas ilegales o no autorizadas y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento"; "velar porque las entidades vigiladas suministren a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"; e "inspeccionar y vigilar a las entidades promotoras de salud en los términos previstos en la presente Ley y en las demás normas que regulan la estructura y funciones de la Superintendencia", además de "resolver administrativamente las diferencias que se presenten en materia de preexistencias en el sector salud".

Habrà lugar a que la E.P.S., si es del caso -según el dictamen de la Superintendencia-, repita contra el afiliado el valor correspondiente, fijado por ese organismo, después de que se efectúe la operación requerida por la paciente.

DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE los fallos materia de revisión, en cuanto condenaron a la empresa "REFRESCANDO LTDA" al pago de los aportes obrero patronales dejados de cancelar a "SALUDCOOP".

Segundo- REMITIR copias de la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

Tercero.- REFORMAR el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de ordenar a la Superintendencia Nacional de Salud que verifique el número de semanas cotizadas por SAUL BERNAL SANCHEZ al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que determine el porcentaje que eventualmente el afiliado deba asumir por el costo del tratamiento en favor de la beneficiaria LAURA JEANNETTE BARCO BALLESTEROS, teniendo en cuenta el total de las cotizaciones efectuadas a lo largo de la vida laboral de aquél y las disposiciones legales y reglamentarias actualmente en vigor.

En todo caso, "UNIMEC EPS S.A." deberá brindar -a partir de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia- el tratamiento que requiera la beneficiaria LAURA JEANNETTE BARCO BALLESTEROS, en su totalidad, sin posibilidad de negarlo ni dilatarlo y proseguirá prestando la integridad de los servicios derivados de la afiliación de SAUL BERNAL SANCHEZ, a él y a sus beneficiarios.

Cuarto.- El desacato a cualquiera de las órdenes impartidas en la presente Sentencia se sancionará por el Tribunal Superior de Cundinamarca, ante el cual se surtió la primera instancia, de la manera prevista por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Este Fallo deberá notificarse personalmente al Superintendente Nacional de Salud y a los representantes legales de "REFRESCANDO LTDA" y "UNIMEC E.P.S. S.A.", quienes serán responsables de su cabal cumplimiento.

Quinto.- Por 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.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General