

Sentencia T-646/13

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR CALIFICACION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por estado de indefensión o debilidad manifiesta aun cuando exista otro medio de defensa judicial

La Sala observa que, en principio, el accionante dispone de las acciones ordinarias laborales para controvertir la decisión de la EPS SaludCoop de negarse a calificar su pérdida de capacidad laboral argumentando la suspensión de su afiliación. Sin embargo, analizado en concreto, dicho mecanismo de defensa judicial no resulta lo suficientemente eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable a los derechos fundamentales invocados, por cuanto se trata de una calificación que el accionante ha perseguido infructuosamente por más de 1 año y medio probablemente con el fin de obtener una pensión de invalidez, debiendo además, afrontar una situación de desempleo por su misma discapacidad que le impide desempeñarse laboralmente en condiciones normales, y paraliza cualquier ánimo contractual de los empleadores. Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues la acción ordinaria en el asunto estudiado es idónea en orden a proteger los derechos alegados y puede asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que estos no son lo suficientemente expeditos frente a la situación particular del accionante, que sin contar con otros medios económicos y estando discapacitado, demanda una protección inmediata.

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

Mediante la Ley 1122 de 2007, el legislador confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para garantizar la efectiva prestación de este derecho fundamental; y en tal sentido, conocer y fallar, con las facultades propias de un juez, las controversias relacionadas con la negativa del reconocimiento de actividades o intervenciones contenidas en los planes obligatorios, el reembolso a los afiliados por

gastos de urgencias, conflictos en materia de multiafiliación y también los relacionados con la libre elección de los usuarios.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No tiene competencia para dirimir conflictos por la negativa a calificar la pérdida de capacidad laboral

DERECHO A LA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL EN EL MARCO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Importancia para determinar la clase de auxilios a los que se tiene derecho

La calificación de la pérdida de capacidad laboral, a través de los procedimientos previstos en la ley, es determinante para establecer si una persona tiene derecho al reconocimiento de aquellas prestaciones asistenciales o económicas en los eventos de incapacidad permanente parcial o de invalidez. La determinación de la disminución física o mental con secuelas laborales, se propone establecer el origen y el porcentaje de afectación del “conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual”. Tal propósito, conjugado con la importancia de la función prestacional que cumple ha convertido este procedimiento, desde una visión constitucional, en un derecho de los usuarios del sistema, inescindible a determinadas prestaciones del mismo y que cobra especial relevancia al convertirse en el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como el mínimo vital. En otras palabras, es decisivo para establecer a qué tipo de auxilios tiene derecho quien padece una discapacidad como consecuencia de una actividad laboral, o por causas de origen común. Adicionalmente, la Corte ha considerado que el derecho a la calificación sobre el estado de invalidez, como garantía derivada de la afiliación al sistema, precisa cuatro aspectos: (i) la pérdida de capacidad laboral; (ii) el grado de invalidez; (iii) la fecha de estructuración; y (iv) el origen de las contingencias.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Afiliación como garantía de calificación de la pérdida de la capacidad laboral, el grado de invalidez, la fecha de estructuración y el origen de las contingencias

MANUAL UNICO PARA CALIFICACION DE INVALIDEZ-Derecho para el trabajador que al proceso de calificación se alleguen todas las historias clínicas e informes de los médicos y

constituyan una valoración íntegra y objetiva de la patología

DERECHO A LA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Mora en la expedición del dictamen puede vulnerar derecho a la pensión de invalidez

Las solicitudes de los afiliados deben atenderse con prontitud por estas entidades. De lo contrario, la mora en la expedición del dictamen puede ocasionar la violación de otras garantías constitucionales, puesto que aquel se constituye en una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos como los pensionales, más aún si se tiene en cuenta el estado de debilidad en el que se encuentra un ciudadano que sufre de cierto grado de discapacidad o posiblemente invalidez.

SUSPENSION DE AFILIACION AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD A TRABAJADORES ASALARIADOS-Aplicación según sentencia C-177/98/TRABAJADOR ASALARIADO-Suspensión de la afiliación es una carga desproporcionada para el trabajador, según sentencia C-177/98

Así como la desafiliación, la suspensión es una figura que afecta la condición de afiliado de una persona al sistema de seguridad social. Sin embargo, a diferencia de aquella, ésta última solo afecta de forma temporal y no definitiva los efectos legales de la afiliación. En principio, la pérdida temporal de los derechos del sistema puede implicar la suspensión automática de los servicios derivados de la afiliación, que de modo equivalente, erigen las obligaciones- económicas o asistenciales- de las Empresas Promotoras de Salud. Principalmente, puede verse alterada la administración del riesgo de salud, y en consecuencia, el cubrimiento del plan obligatorio para los afiliados, tal como lo enumera el artículo 209 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, el pago de las licencias de maternidad y de las incapacidades por enfermedad general podría verse afectado, así como el acceso a algunos servicios de alto costo y la realización de la misma calificación por pérdida de capacidad laboral, como derechos ligados a la afiliación e incluso a la permanencia en el sistema. En sentencia C-177/98, la Corte distinguió entre trabajadores asalariados e independientes, señalando que la relación de los primeros con el sistema parte de un principio triangular, en la medida que 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, mientras que la relación de los segundos dibuja un esquema lineal,

pues su pago es directo y está libre de intermediarios y otros responsables que no sean ellos. En el caso de los trabajadores asalariados, la Corte señaló que en su situación, siendo el empleador responsable por efectuar su aporte y trasladar la totalidad de la cotización a la correspondiente EPS, podría generarse una restricción contraria a la Carta, en la medida que el incumplimiento del patrono implicaría la interrupción de los servicios de salud establecidos en el POS para el trabajador, e incluso la suspensión de su afiliación al sistema por una omisión ajena.

**DERECHO A LA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL-Caso en que EPS negó la calificación, argumentando suspensión de la afiliación por mora patronal en el pago de los aportes a salud**

El accionante ha padecido de una hipoacusia profunda bilateral de orden neurosensorial desde el año 2010, que con el paso del tiempo ha venido agudizándose y con ella incrementándose su discapacidad. De tal forma que, estando vinculado como trabajador asalariado y afiliado a SaludCoop EPS, solicitó la calificación de su pérdida de capacidad laboral a dicha entidad, recibiendo una negativa de parte de la misma al encontrarlo suspendido en el Sistema por problemas con el pago de las cotizaciones a cargo de su empleador. La Corte ha sido enfática en manifestar que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta imputable a su patrono, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que desatendió sus compromisos de vigilancia en el recaudo. En ese orden, siendo el derecho a la calificación una prestación inaugural a la afiliación y del cual dependen la satisfacción de otras garantías fundamentales como la dignidad humana y el mínimo vital, es ilegítimo que las EPS nieguen o demoren su concesión argumentando la suspensión de la afiliación, toda vez que la operatividad de esta figura es considerada por la Corte como desproporcionada en el caso de los trabajadores asalariados.

**DERECHO A LA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL-Orden a EPS, de acuerdo con el Manual Unico de Calificación de Invalidez, proceda a realizar la calificación por pérdida de la capacidad por hipoacusia profunda bilateral del accionante**

Referencia: expediente T-3.769.037

Acción de tutela instaurada por Ernesto Francisco Arenas Dueñas contra SaludCoop EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 20 de diciembre de 2012[1].

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1. Hechos relevantes

a) El accionante, con 47 años de edad[2], fue vinculado a la EPS SaludCoop el 12 de mayo de 2010 mediante el régimen contributivo, en condición de cotizante. A partir del 5 de enero de 2012, debido a un cambio en el aportante, su afiliación continuó en la misma entidad pero en calidad de trabajador dependiente bajo la razón social cotizante Servando Garzón.

b) Durante casi 15 años estuvo laborando en el área de la construcción, y sus primeros exámenes de ingreso laboral lo calificaron como apto y sin deficiencias auditivas.

c) El 23 de junio de 2010, especialistas de la IPS Clínica José Antonio Rivas encontraron que el accionante padecía de una “Pérdida auditiva profunda con hallazgos sugestivos de hipoacusia neurosensorial bilateral o de ambos lados”[3], desarrollada desde 2009 y acompañada con síntomas como vértigo, pérdida de equilibrio, mareo constante y riesgo de caídas.

d) Por tal motivo, los especialistas tratantes del señor Arenas Dueñas le ordenaron el uso de los audífonos Starkey Destiny 800 BTE, los cuales solo fueron autorizados y entregados

al accionante mediante una orden de tutela dictada en 2010 por el Juzgado Quince Penal Municipal con Función de control de Garantías de Bogotá contra SaludCoop EPS.[4]

e) Desde entonces, continuó un tratamiento dirigido por los especialistas de la demandada, cuya última cita se registró el 17 de julio de 2012 con su médico otorrino, oportunidad en la cual, el especialista ordenó la práctica de “audiometría y logaudiometría con y sin audífonos para tomar en 4 meses”-las cuales fueron programados para el 23 de octubre de 2012- y una nueva consulta de control.[5]

f) En el transcurso de su tratamiento, el 12 de enero de 2012, el accionante elevó derecho de petición ante SaludCoop EPS solicitando la remisión a medicina ocupacional y la calificación de su pérdida de capacidad laboral, a lo que la entidad respondió, mediante oficio del 31 de enero de 2012, que frente a la mora presentada por el empleador en el pago de sus aportes, se encontraba “suspendido, razón por la cual [lamentaban] no poder acceder a sus servicios.”

g) Ante dicha negativa, el demandante acudió al Instituto de Seguros Sociales y mediante un derecho de petición presentado el 17 de febrero de 2012, solicitó la calificación de su pérdida de capacidad laboral. El Instituto le señaló que para efectuarla, era necesario presentar varios documentos, entre ellos, un informe actualizado del diagnóstico, evolución y pronóstico por el médico especialista, la historia clínica del paciente y copia de los exámenes especializados actualizados en relación con la patología; adicionalmente, le indicó que para proceder a la solicitud era necesario que “(...)las Entidades del Sistema de Seguridad Social Integral, (...) [hubieran] adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se [comprobara] la imposibilidad para su realización(...)”.

h) Según el accionante, no pudo continuar con el trámite de calificación ante el ISS, debido a que las citas, terapias y exámenes que hacen parte del proceso de tratamiento y rehabilitación, y son requeridos por la entidad fueron continuamente pospuestos o las órdenes invalidadas por SaludCoop EPS debido a su falta de vigencia.

i) Adicionalmente, señala que desde finales de julio de 2012 se encuentra desafiliado del sistema[6], como quiera que la falta de estabilidad laboral de su empleador, “como contratista de obras civiles”, impidió que éste le ofreciera más trabajo. Asimismo, solo hasta junio de 2012 se efectuaron sus cotizaciones en pensión.

j) Como consecuencia de su desafiliación, los exámenes ordenados por su médico otólogo el 17 de julio de 2012, no fueron practicados a pesar de haber sido ya autorizados por SaludCoop EPS y la cita de control tampoco tuvo lugar.

k) Finalmente, indica que no cuenta “con recursos que [le] permitan cotizar más al (sic) Sistema de Seguridad Social Integral”, toda vez que sus condiciones físicas le impiden conseguir trabajo y para todos los exámenes de ingreso laborales a los que aplica resulta ser “no apto”.

## 1.2. Demanda

Considerando la reseña fáctica expuesta, el demandante solicita la intervención del juez constitucional para que ordene a SaludCoop EPS la continuidad de su tratamiento médico y la autorización de los servicios médicos pendientes, así como la calificación de su pérdida de capacidad laboral.

## 2. Contestación de la accionada

Si bien el juez de instancia no tuvo en cuenta el escrito de respuesta de la accionada, por considerarlo extemporáneo[7], la Gerente Regional para Bogotá de SaludCoop explicó que el accionante registró afiliación al Sistema en calidad de cotizante dependiente hasta el 1 de junio de 2012, dado que el 23 de julio del mismo año, el empleador reportó la novedad de retiro y efectuó el último pago por cotización a salud.

Advirtió que por esta razón, el accionante se encontraba desafiliado del sistema y no le asistía responsabilidad alguna frente al mismo, y que “por lo tanto, es el ESTADO quien debe garantizarle es (sic) servicio médico que requiera a través de la población vinculada.” Asimismo, indicó que el accionante, por su situación económica, tenía la opción de pertenecer al régimen subsidiado.

Finalmente, señaló que durante el tiempo que el señor Arenas Dueñas estuvo activo en el Sistema la entidad nunca le negó ningún servicio de salud.

## 3. Medios de prueba

3.1. El señor Arenas Dueñas aportó como pruebas los siguientes documentos:

3.1.1. Exámenes de Audiometría y Logaudiometría tomados por la Clínica José Antonio Rivas el 23 de junio de 2010, en los que se determina la pérdida auditiva profunda del accionante con hallazgos que sugieren hipoacusia neurosensorial bilateral.

3.1.2. Reprogramación del examen “potenciales evocados auditivos de frecuencia específica vía aérea” para el 19 de junio de 2012, toda vez que la orden fue anulada por falta de vigencia.

3.1.3. Orden médica del Otólogo tratante y adscrito a SaludCoop, Román Velandia, del 17 de julio de 2012, en la que prescribe examen de audiometría y logaudiometría con y sin audífonos para dentro de 4 meses y nueva consulta.[8]

3.1.4. Informes de seguimiento y evaluación de la patología del accionante por la Clínica de Rehabilitación Integral Físico- Cognitivo, de fechas 20 y 24 de enero de 2012.

3.1.6. Resumen de la Historia Clínica del señor Arenas Dueñas expedida por la Clínica José Antonio Rivas el 10 de junio de 2011, donde se relacionan todas las consultas médicas, exámenes y terapias de rehabilitación relacionadas con su patología desde el 23 de septiembre de 2009 al 24 de mayo del 2011.

3.1.7. Resultados del examen de “potenciales evocados auditivos de frecuencia específica vía aérea” del 19 de junio de 2012, que sugieren umbrales electrofisiológicos de compromiso auditivo de moderado a profundo.

3.1.8. Derecho de petición elevado por el accionante a SaludCoop el 12 de enero de 2012, solicitando la calificación por invalidez, y respuesta de la entidad del 31 del mismo mes, negando la prestación por suspensión del servicio.

3.1.9. Derecho de petición elevado por el accionante el 17 de febrero de 2012 al Instituto de Seguros Sociales, solicitando la calificación por invalidez y respuesta de la misma entidad del 22 de febrero de 2012.

3.1.10. Derecho de petición elevado por el accionante el 1 de agosto de 2012 a la Clínica Antonio José Rivas, solicitando la expedición de su historia clínica y la calificación por pérdida de capacidad laboral; y respuesta al mismo del 15 de agosto de 2012, en la que la IPS le señala al señor Arenas Dueñas que ellos no son los encargados de dicha calificación y



que ponen a su disposición la historia clínica.

3.2. Como soporte de su defensa, la entidad demandada presentó la siguiente prueba:

3.2.1. Certificado web de información de afiliados en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, en el que consta la desafiliación del señor Arenas Dueñas.

#### 4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 20 de diciembre de 2012, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá denegó el amparo solicitado, argumentando que no había vulneración alguna por parte de la entidad demandada. Resaltó que si bien las EPS tienen unos deberes respecto de sus afiliados, el cumplimiento de estos se deriva del respectivo pago de los aportes al Sistema, de manera que si los pacientes no registran sus cotizaciones, es apenas admisible que la entidad se niegue a prestar el servicio de salud y que aquellos no puedan hacer exigencias en la prestación del servicio.

Por otro lado, el juez de instancia exhortó al señor Arenas Dueñas a realizar los trámites administrativos correspondientes para afiliarse al régimen subsidiado de salud, e instó a SaludCoop EPS, “que de contar con resultados de exámenes practicados al señor Ernesto Francisco Arenas”, los entregara al paciente.

4.2. En la oportunidad procesal, ninguno de los extremos procesales impugnó el fallo.

#### 5. Actuaciones surtidas en sede de revisión

5.1. Con el propósito de esclarecer ciertos hechos relacionados con el estado de afiliación actual del accionante al Sistema General de Seguridad Social- Salud y Pensión- y con la culminación de su tratamiento de rehabilitación, el 2 de mayo de 2013, el despacho del Magistrado Sustanciador ofició a SaludCoop EPS para que, en el término máximo de cinco días, informara y explicara a este Despacho:

“(…)

1. Desde que fecha el señor Arenas Dueñas aparece como suspendido en el Sistema de Salud por falta de capacidad de pago;

3. En caso de encontrarse desafiado, (i) si su desafiliación se produjo respetando el debido proceso del artículo 11 del Decreto 1703 de 2002; (ii) hasta qué fecha le fueron prestados los servicios médicos al accionante; (iii) si al momento de su desafiliación ya había culminado el tratamiento y rehabilitación integral o se había comprobado la imposibilidad para su realización; (iv) si al momento de su desafiliación quedaron servicios pendientes por autorizar; y (v) si las órdenes médicas dictadas el 17 de julio de 2012 fueron autorizadas y si éstas hacían parte integrante de la historia clínica para actualizar su diagnóstico.”

Asimismo, se ofició al Fondo de Pensiones y Cesantías del accionante, Colfondos S.A. para que, en idéntico término, informara sobre “(...)el estado del accionante frente al Sistema de Pensiones, activo o inactivo; (...) y si se [encontraba] como inactivo, hasta qué fecha [había cotizado] al Sistema.”

Finalmente, con el fin de conocer el curso del proceso de calificación por invalidez que el accionante había solicitado al ISS[9], se ordenó a la misma entidad en liquidación y a Colpensiones, que rindieran un informe sobre: “1. (...) el estado del proceso para calificar la invalidez del señor Ernesto Francisco Arenas Dueñas (...); y 2. Si además del derecho de petición enviado el 17 de febrero de 2012 al ISS, el accionante [había] adelantado otras gestiones para obtener el dictamen de calificación ante [dichas entidades].”

5.2. Ante la renuencia de las entidades oficiadas[10] y al considerar la importancia de las referidas pruebas para tomar una decisión de fondo, mediante providencia del 17 de mayo de 2013, la Sala Tercera de Revisión requirió a la demandada y demás oficiadas para que enviaran en el menor tiempo posible las pruebas solicitadas por la Corte, a la vez que suspendió el término de revisión hasta tanto fueran recibidas.

5.3. El 29 de mayo de 2013, la Secretaria General acusó recibo de un (1) folio con 4 anexos, que integraban la contestación del Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos al Auto del 2 de mayo de 2013.

En respuesta al proveído, la entidad señaló que el estado actual del accionante frente a Colfondos era activo, “con fecha de vinculación inicial del 12 de diciembre de 2005” y que los aportes por concepto de Pensión Obligatoria, “se encontraban acreditados, siendo su última fecha de pago para el periodo de junio de 2012”. [11]

5.4. Posteriormente, el 12 de junio de 2012 la misma dependencia acusó recibo de la respuesta dada por SaludCoop EPS al oficio de la Corte.[12]

En dicha oportunidad, la demandada se refirió al periodo de afiliación del accionante, indicando que fue “desde el 05 de enero hasta el 01 de junio de 2012, de acuerdo con la novedad de retiro reportada por dicho empleador en el último aporte realizado a esta afiliación mediante planilla No. 32093044 cancelada el 23 de julio de 2012, registrando estado actual desafiado sin capacidad de pago”.

Adicionalmente, señaló los servicios POS prestados al accionante durante el año 2009, todos relacionados con su patología, como citas por otorrinolaringología, adaptaciones de audífonos y audiometrías tonales. Asimismo, indicó que desde el año 2010 hasta el 12 de junio de 2012, le fueron extendidos servicios NO POS, como exámenes auditivos, evaluaciones neuropsicológicas y resonancias magnéticas de oído, así como baterías para audífono y medicamentos.

Finalmente, señaló que la última cita a la que asistió el paciente se registró el 14 de septiembre de 2011, por medicina neurológica.

Sobre el resto, la demandada no se pronunció; no indicó la fecha del estado de suspensión, ni explicó las condiciones de la desafiación. Tampoco se manifestó sobre la continuación o culminación del tratamiento médico del accionante al momento de su desafiación, ni se refirió a la suerte de las órdenes médicas dictadas el 17 de julio de 2012.

5.5. Ni el Instituto de Seguros Sociales en liquidación ni Colpensiones respondieron del requerimiento.

## II. CONSIDERACIONES y fundamentos

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

### 2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

2.1. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, Ernesto Francisco Arenas Dueñas, con un diagnóstico de hipoacusia neurosensorial profunda, le atribuye a SaludCoop EPS la vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida digna, al negarse a calificar su pérdida de capacidad laboral por encontrarlo en estado de suspensión por mora patronal ante el sistema. Asimismo, la práctica de unos exámenes de audiometría y logaudiometría con y sin audífonos- autorizados para el 24 de octubre de 2012- y una nueva consulta de control con su médico otólogo quedaron pendientes, debido a su desafiliación del sistema desde junio-julio de 2012.

2.2. De acuerdo con la situación fáctica planteada y la decisión adoptada en sede de tutela, corresponde a la Corte resolver si una EPS (SaludCoop) vulnera los derechos a la seguridad social y a la vida digna de un paciente (el accionante), si (i) se niega a calificar su pérdida de capacidad laboral, argumentando el estado de suspensión del afiliado al sistema por mora en el pago patronal de los aportes y (ii) con motivo de su posterior desafiliación, omite la prestación de diversos servicios médicos ya autorizados y afines a su proceso de calificación, tales como el examen de audiometría y logaudiometría, y la cita de control ordenada por su médico otólogo tratante.

2.3. En primer término se analizará la procedencia de la acción de tutela para el caso concreto, y de serlo, entrará la sala a estudiar de fondo. Iniciará por el estudio jurisprudencial de la calificación por pérdida de la capacidad laboral como derecho de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, y hará referencia a la caracterización esencial del dictamen, a las entidades responsables del mismo y a la importancia del estudio médico integral y actualizado al momento de su emisión. Luego examinará la proporcionalidad de la figura de la suspensión de la afiliación en salud y los derechos que se derivan de ella, según la sentencia C-177 de 1998. Finalmente, la Sala analizará ambos problemas jurídicos conjuntamente, como quiera que uno es tributario del otro y persiguen el mismo fin de protección.

### 3. Procedencia de la acción de tutela

3.1.1. En el mismo orden de desarrollo, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el

respeto y la protección de los derechos constitucionales de los asociados. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto.

3.2. Respecto de las controversias que puedan suscitarse por la prestación de servicios de seguridad social entre los afiliados y las entidades administradoras o prestadoras, el Numeral 4 del Artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social señala que la competencia para resolverlas está en cabeza de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social. Asimismo, el legislador atribuyó a los jueces de la misma especialidad la resolución de conflictos entre otros actores del sistema, como beneficiarios, usuarios y empleadores, exceptuando aquellas controversias que se deriven de la responsabilidad médica y las relacionadas con contratos.

En efecto, la calificación por pérdida de capacidad laboral constituye una prestación derivada del sistema de seguridad social, y los eventuales conflictos que puedan surgir entre las entidades que, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se encuentran obligadas a emitir tal dictamen y el afiliado que lo solicita- porque aquellas lo niegan o lo retardan-, son ejemplos típicos que corresponde conocer a la jurisdicción laboral y de la seguridad social, según la regla de competencia definida por el artículo 2 del Estatuto Procesal del Trabajo.

3.2.1. Anotado esto, la Sala observa que, en principio, el accionante dispone de las acciones ordinarias laborales para controvertir la decisión de la EPS SaludCoop de negarse a calificar su pérdida de capacidad laboral argumentando la suspensión de su afiliación. Sin embargo, analizado en concreto, dicho mecanismo de defensa judicial no resulta lo suficientemente eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable a los derechos fundamentales invocados, por cuanto se trata de una calificación que el señor Arenas Dueñas ha perseguido infructuosamente por más de 1 año y medio probablemente con el fin de obtener una pensión de invalidez, debiendo además, afrontar una situación de desempleo por su misma discapacidad que le impide desempeñarse laboralmente en condiciones normales, y paraliza cualquier ánimo contractual de los empleadores.

Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues la acción ordinaria en el asunto estudiado es idónea en orden a proteger los derechos alegados y puede asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que estos no son lo suficientemente expeditos frente a la situación particular del accionante, que sin contar con otros medios económicos y estando discapacitado, demanda una protección inmediata.

Si bien la Sala comprende que los procesos judiciales requieren formalidades propias y deben surtir conforme a determinadas etapas dispuestas por el legislador para garantizar una recta administración de justicia, la Corte ha señalado que frente a situaciones apremiantes como la presentada y que merecen especial atención del Estado en razón a las pretensiones de los sujetos involucrados[13], por tratarse del reintegro de personas vulnerables económica y socialmente, dichos medios ordinarios no siempre responden a la inmediatez y celeridad requerida para el restablecimiento de los derechos fundamentales, como si la tutela, más aún, si se tiene en cuenta no solo la notoria tardanza de la justicia laboral en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento, sino también la situación de necesidad y desprotección a la que, en este caso, está expuesto el accionante, como una persona discapacitada y marginada laboralmente en razón de ello.

3.3. Por otro lado, la Sala debe establecer si las funciones jurisdiccionales en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud desplazan la acción de tutela en el caso concreto, y en particular, si respecto de la pretensión de calificación del accionante y el cumplimiento de los servicios médicos pendientes tiene una procedencia principal.

3.3.1. Mediante la Ley 1122 de 2007[14], el legislador confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para garantizar la efectiva prestación de este derecho fundamental; y en tal sentido, conocer y fallar, con las facultades propias de un juez, las controversias relacionadas con la negativa del reconocimiento de actividades o intervenciones contenidas en los planes obligatorios, el reembolso a los afiliados por gastos de urgencias, conflictos en materia de multifiliación y también los relacionados con la libre elección de los usuarios.

En tal sentido, la competencia jurisdiccional de la Superintendencia no ampara aquellos conflictos surgidos con motivo de la negativa a calificar la pérdida de la capacidad laboral, dado que sus facultades están enderezadas a resolver controversias sobre el cumplimiento de prestaciones médicas y económicas a cargo de las EPS y aquellas relacionadas con los derechos de los usuarios frente a dificultades administrativas.

3.3.2. Ahora bien, la controversia respecto de los servicios médicos pendientes, tanto los exámenes de audiometría y logaudiometría como la cita de control por otología, son, en principio competencia del ente administrativo, por cuanto se trata de prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud Unificado[15].

Sin embargo, el recurso judicial ante la Superintendencia procede siempre que haya habido una negativa respecto de la “cobertura de procedimientos, actividades e intervenciones POS”, esto es, respecto de las prestaciones del plan; supuesto que no se muestra en el caso concreto, por cuanto la negativa de SaludCoop EPS para llevar a cabo los servicios médicos ya autorizados al accionante, ocurre como consecuencia de la desafiliación del mismo, es decir, por una dificultad en razón a la cobertura temporal. En esa medida, el señalamiento legislativo sugiere que la competencia jurisdiccional de dicho ente está encaminada a resolver sobre el cubrimiento que ofrece el POS respecto de sus inclusiones y exclusiones, pero no sobre las dificultades que se presenten con motivo de la vigencia de la afiliación de un paciente al sistema, tal como la desafiliación del señor Arenas Dueñas.

3.4. Visto tal supuesto, la Sala concluye que el mismo es atípico a la norma que regula el mecanismo ante la Superintendencia, por lo que afecta la idoneidad de este medio en orden a solucionar la inconformidad del accionante, y en consecuencia, la acción más eficaz e idónea para resolver el petitum es la tutela.

3.5. Hechas estas observaciones, y establecida la procedencia de la acción para el caso concreto, esta Sala procede a estudiar de fondo la actuación adelantada por SaludCoop EPS en relación con la negativa de calificar la pérdida de capacidad laboral del accionante, al encontrarlo suspendido en el sistema por mora patronal en el pago de los aportes.

4. La importancia del derecho a la calificación por pérdida de capacidad laboral en el marco del Sistema General de Seguridad Social.

4.1. La seguridad social, consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, ha sido singularizada por la misma Carta y entendida por esta Corporación bajo una doble configuración jurídica, como derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional, y como servicio público de carácter obligatorio y esencial a cargo del Estado, que debe prestarse bajo su dirección, coordinación y control, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[16]

Acorde con lo dispuesto por el citado artículo, la jurisprudencia de esta Corte ha determinado que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra definido como aquel “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”[17].

4.1.1. Y con el propósito de materializar ese conjunto de medidas a cargo del Estado, en ejercicio de la competencia atribuida por el mismo Artículo al legislador, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993, con el objetivo principal de atender de manera eficiente y oportuna las contingencias a que puedan estar expuestas las personas por una eventual afectación de su estado de salud -física o mental- o de su capacidad económica.

4.1.2. En ese sentido, como servicio público, el sistema de seguridad social creado por el legislador de 1993 y estructurado bajo una plataforma de componentes[18], ha sido desarrollado para salvaguardar la dignidad humana y la integridad física o moral contra toda clase de adversidades que quebranten el desenvolvimiento regular de la vida individual, familiar y laboral, por cuanto la gran misión del Estado, como responsable de velar por la garantía de este derecho, es prevenir y combatir las calamidades que, por causa de la vejez, el desempleo, las cargas familiares o una enfermedad o incapacidad, generen desventajas a diversos sectores, grupos o personas de la colectividad, prestándoles asistencia y protección.

La institución de dicha tarea encuentra además soporte en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, que le imponen al Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se hallan en situación de manifiesta vulnerabilidad, con miras a hacer efectivo el postulado de justicia



distributiva y el principio de igualdad material como agente de garantía general y particular para hacer efectivos los derechos fundamentales de los asociados[19].

4.2. Dentro de un orden amplio de las contingencias contempladas por el sistema, éstas pueden clasificarse en tres grandes grupos; las derivadas de la vejez, la muerte y la invalidez. Respecto de las últimas, las personas que deben afrontar contingencias relacionadas con la pérdida de su capacidad laboral de origen común o profesional, el Sistema General Integral de Seguridad Social[20], ha previsto un conjunto de prestaciones de tipo asistencial y económico, de diversa naturaleza. En relación con las primeras, han sido contemplados servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos o farmacéuticos; así como prótesis y órtesis, incluyendo su reparación y reposición en casos de deterioro, la rehabilitación física y profesional y gastos de traslado para la prestación de estos servicios.[21] Sobre las segundas, el sistema ha dispuesto beneficios como el subsidio por incapacidad temporal, la indemnización por incapacidad permanente parcial y la pensión de invalidez.[22]

4.2.1. En este contexto, la calificación de la pérdida de capacidad laboral, a través de los procedimientos previstos en la ley, es determinante para establecer si una persona tiene derecho al reconocimiento de aquellas prestaciones asistenciales o económicas en los eventos de incapacidad permanente parcial o de invalidez.

4.3. La determinación de la disminución física o mental con secuelas laborales, se propone establecer el origen y el porcentaje de afectación del “conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual”[23]. Tal propósito, conjugado con la importancia de la función prestacional que cumple ha convertido este procedimiento, desde una visión constitucional, en un derecho de los usuarios del sistema, inescindible a determinadas prestaciones del mismo y que cobra especial relevancia al convertirse en el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como el mínimo vital. En otras palabras, es decisivo para establecer a qué tipo de auxilios tiene derecho quien padece una discapacidad como consecuencia de una actividad laboral, o por causas de origen común.

4.4. Adicionalmente, la Corte ha considerado que el derecho a la calificación sobre el estado

de invalidez, como garantía derivada de la afiliación al sistema[24], precisa cuatro aspectos: (i) la pérdida de capacidad laboral; (ii) el grado de invalidez; (iii) la fecha de estructuración; y (iv) el origen de las contingencias.

4.4.1. La evaluación de la pérdida de capacidad laboral, se efectúa una vez se haya establecido el diagnóstico clínico de la persona y constituye un paso anterior a la determinación del grado de invalidez, en caso de que exista. En esta etapa, se analiza la disminución porcentual que el individuo ha experimentado en sus habilidades, destrezas y competencias, que como consecuencia de una enfermedad o un accidente, le impiden desempeñarse laboralmente en condiciones normales.

Sobre los fundamentos de hecho de aquella disminución, el Artículo 9° del Manual Único de Calificación de Invalidez, señala que se debe contar con un diagnóstico de carácter definitivo, que supone la terminación del tratamiento y la realización de los procesos de rehabilitación integral, o aún sin terminar los mismos la existencia de un concepto médico desfavorable de recuperación o mejoría. Para la consecución de tal diagnóstico, el Artículo 9° del Decreto 2463 de 2001,[25] establece que la calificación se basa, entre otros, en las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y, en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, indistintamente si tales medios de prueba provienen de la ARP, la EPS, los planes complementarios de salud o de profesionales contratados particularmente. Asimismo, según el artículo 10 del mismo Decreto las IPS, EPS y ARP- ARL- tienen el deber de remitir todos los documentos y la historia clínica del afiliado a la entidad responsable del dictamen.

4.4.2. En tal sentido, constituye un derecho para el trabajador que al proceso de calificación se arrimen todas las historias clínicas e informes de los médicos y terapeutas que lo hubiesen tratado, que se encuentren actualizadas para el momento de la calificación y constituyan una valoración íntegra y objetiva de su patología.

4.4.3. Una vez ha sido determinado dicho porcentaje, puede ocurrir que el mismo ascienda al 50% o más, lo que según el Artículo 2 del Manual Único de Calificación, es considerado como un estado de invalidez. Y para efectos de la calificación integral, luego de especificado tal porcentaje, la entidad calificadora ha de indicar la fecha de estructuración de la misma y el origen de la enfermedad o el accidente, que puede provenir de causas profesionales o

comunes según el contexto de ocurrencia. Asimismo, el dictamen debe discriminar los criterios de deficiencia, discapacidad y minusvalía.[26]

4.4.4. Ahora bien, respecto de las entidades encargadas de calificar la pérdida de capacidad laboral en los términos descritos, el artículo 41 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, dispone que “[C]orresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.”(Subrayado fuera de texto)

Estas entidades, así como las Juntas de Calificación, quienes conocen en caso de controversia sobre el grado y el origen de la limitación determinados por aquellas, deben evaluar la pérdida de la capacidad laboral, con base en el Manual Único de Calificación de Invalidez, observando criterios éticos, científicos y de oportunidad, con el fin de garantizar el acceso a los derechos que tienen las personas afiliadas a la seguridad social.[27]

Precisamente, la responsabilidad de estas entidades en los procesos de calificación, envuelve gran trascendencia al momento de garantizar los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital del trabajador que sufre un accidente o enfermedad que lo inhabilita para desempeñarse en condiciones normales, razón por la que no solo están en la obligación de adelantar el procedimiento, considerando todo el material probatorio que se relacione con las deficiencias diagnosticadas, sino también en no demorar la realización del mismo.[28]

4.5. En suma, la calificación por pérdida de capacidad laboral en el marco del Sistema Integral de Seguridad Social, constituye a la vez, un derecho autónomo de todos los afiliados al mismo, y una garantía de enlace para acceder a otras prestaciones asistenciales y económicas contempladas por la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias. Al contribuir con la realización de otros derechos fundamentales como la dignidad humana y la vida, las entidades obligadas a efectuar dicha calificación deben observar rigurosamente las pautas éticas y técnico-científicas dispuestas por el legislador a lo largo del proceso de valoración, comprendiendo la enfermedad o el accidente del afiliado desde sus

consecuencias, esto es, desde los verdaderos factores que alteran su entorno y que varían desde los puramente personales y económicos hasta los ambientales u ocupacionales.

Asimismo, las solicitudes de los afiliados deben atenderse con prontitud por estas entidades. De lo contrario, la mora en la expedición del dictamen puede ocasionar la violación de otras garantías constitucionales, puesto que aquel se constituye en una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos como los pensionales, más aún si se tiene en cuenta el estado de debilidad en el que se encuentra un ciudadano que sufre de cierto grado de discapacidad o posiblemente invalidez.

5. La figura de la suspensión de la afiliación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y su aplicación a los trabajadores asalariados. Sentencia de Constitucionalidad C- 177 de 1998.

5.1. De conformidad con el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, “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.”

La operatividad de dicha figura fue desarrollada por el Decreto 806 de 1998[29], que mediante su artículo 57 establece una penalidad para el usuario: “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.”

Así como la desafiliación, la suspensión es una figura que afecta la condición de afiliado de una persona al sistema de seguridad social. Sin embargo, a diferencia de aquella, ésta última solo afecta de forma temporal y no definitiva los efectos legales de la afiliación. Así lo ha expresado insistentemente la Superintendencia Nacional de Salud en sus boletines jurídicos:

“Ahora bien, existen situaciones que afectan la afiliación en forma temporal o también definitiva, en cuanto a sus efectos legales y derechos del afiliado frente al Sistema, por razones como, el incumplimiento de las normas y deberes adquiridos por el afiliado, los

empleadores, las Cooperativa de Trabajo Asociado y las administradoras de pensiones responsables del pago de las cotizaciones, así como otros deberes inherentes a la relación del afiliado con el Sistema, como son, la suspensión de la afiliación, que es una medida de pérdida temporal de los derechos frente al Sistema, la interrupción de la afiliación y la desafiliación, como medida de pérdida definitiva de los derechos del afiliado frente al Sistema.”[30]

5.2. Tal como está, en principio, la pérdida temporal de los derechos del sistema puede implicar la suspensión automática de los servicios derivados de la afiliación, que de modo equivalente, erigen las obligaciones- económicas o asistenciales- de las Empresas Promotoras de Salud. Principalmente, puede verse alterada la administración del riesgo de salud[31], y en consecuencia, el cubrimiento del plan obligatorio para los afiliados, tal como lo enumera el artículo 209 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, el pago de las licencias de maternidad[32] y de las incapacidades por enfermedad general[33] podría verse afectado, así como el acceso a algunos servicios de alto costo[34] y la realización de la misma calificación por pérdida de capacidad laboral, como derechos ligados a la afiliación e incluso a la permanencia en el sistema[35].

5.3. Justamente, al ser la suspensión una figura que con certeza puede ocasionar turbaciones al desarrollo normal en la prestación de los servicios por la EPS, y en consecuencia, generar probables violaciones a los derechos fundamentales de los afiliados, la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad, mediante sentencia C- 177 de 1998[36], del artículo 209 de la normatividad general en seguridad social.

5.3.1. Si bien la Corte en dicha oportunidad analizó otras disposiciones demandadas frente a un amplio catálogo de cargos, en lo referido al artículo citado la accionante señaló que la capacidad económica no podía ser vista como un obstáculo para la lograr la atención efectiva en salud, contemplada en el artículo 365 de la Constitución Política como una obligación estatal en materia de servicios públicos.

5.3.1.1. Para adelantar el análisis, la Corte aclaró que dicha disposición estaba orientada a toda la clase trabajadora perteneciente al régimen contributivo del Sistema, esto es, aquellos afiliados como dependientes e independientes, contemplando a los jubilados, pensionados y servidores públicos. Por lo tanto, distinguió entre trabajadores asalariados e

independientes, señalando que la relación de los primeros con el sistema parte de un principio triangular, en la medida que 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, mientras que la relación de los segundos dibuja un esquema lineal, pues su pago es directo y está libre de intermediarios y otros responsables que no sean ellos.

Lo anterior, para decir que en el caso de los trabajadores independientes y pensionados con capacidad económica, la suspensión de la afiliación y de la atención en el POS era constitucional, como quiera que la incorporación era directa y por ello se generaban derechos y deberes recíprocos inmediatos, entre la EPS y la persona obligada a efectuar la correspondiente cotización.

5.3.1.2. No así en el caso de los trabajadores asalariados, pues la Corte distinguió que en su situación, siendo el empleador responsable por efectuar su aporte y trasladar la totalidad de la cotización a la correspondiente EPS, podría generarse una restricción contraria a la Carta, en la medida que el incumplimiento del patrono implicaría la interrupción de los servicios de salud establecidos en el POS para el trabajador, e incluso la suspensión de su afiliación al sistema por una omisión ajena.

5.4. Particularmente, la Corte condicionó la exequibilidad de esta norma entendiendo que, en la primera hipótesis- suspensión del POS-, no se limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador ni queda desprotegido, sino que simplemente se desplaza la responsabilidad para su prestación al empleador, que 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. Asimismo aclaró que 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.

No obstante, respecto de la segunda consecuencia prevista en la norma- suspensión de la afiliación-, esta Corporación manifestó que sí resultaba desproporcionada para los casos de trabajadores asalariados, como quiera que se podían afectar importantes derechos del

afiliado que dependían de tal condición, y ejemplificó los relacionados con la antigüedad del trabajador y la garantía de acceso a algunos servicios de alto costo. Igualmente, enfatizó que en ningún caso el trabajador debía soportar “(...) las nocivas consecuencias de la negligencia e irresponsabilidad patronal”[37], motivo por el cual resultaba excesivo suspender la afiliación de un trabajador y de su grupo familiar por una conducta 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.

En estos términos, para los afiliados al sistema contributivo como servidores públicos o vinculados a través de relación de trabajo la norma demandada fue declarada exequible condicionada.

5.5. Esta última conclusión, en relación con la prohibición de que la responsabilidad por el no pago de los aportes patronales recaiga sobre el trabajador, ha recibido dentro de la jurisprudencia un tratamiento unánime[38], en la medida que dicha omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador, y por ende con el principio de la buena fe dispuesto por el Artículo 83 de la Constitución Política[39].

Adicionalmente, conviene aclarar en este punto que dicha obligación patronal tiene su fundamento legal en el inciso 2º del Artículo 161 de la Ley 100 de 1993, y que en virtud de la misma, el empleador está obligado tanto a descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, como a girar los mismos a las EPS, y de igual manera, en caso de que no realice la deducción obligatoria, el empleador es responsable por la totalidad del aporte, según el Artículo 22 de la Ley 100 de 1993 en consonancia con el ya mencionado 161.

5.5.1. 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.

5.6. Por las razones expresadas, a juicio de la Corte es desproporcionado que las EPS impongan la suspensión de la afiliación a un asalariado y por esa línea, se nieguen a prestar ciertos servicios que garantizan derechos derivados de la misma, como la calificación por invalidez, aún cuando la mora de los aportes es imputable al patrono y las mismas Entidades Promotoras de Salud son negligentes con la supervisión del recaudo.

## 6. Caso Concreto

6.1. En el presente caso, se pretende establecer si ha existido violación de los derechos fundamentales del accionante, a quien la entidad demandada le negó la calificación por pérdida de capacidad laboral, argumentando la suspensión de la afiliación por mora patronal en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

De las pruebas que obran en el expediente, se tiene que el señor Arenas Dueñas ha padecido de una hipoacusia profunda bilateral de orden neurosensorial desde el año 2010, que con el paso del tiempo ha venido agudizándose y con ella incrementándose su discapacidad. De tal forma que, estando vinculado como trabajador asalariado y afiliado a SaludCoop EPS, el 12 de enero de 2012 solicitó la calificación de su pérdida de capacidad laboral a dicha entidad, recibiendo una negativa de parte de la misma al encontrarlo suspendido en el Sistema por problemas con el pago de las cotizaciones a cargo de su empleador.

Por su parte, SaludCoop EPS acreditó que el accionante se encontraba desafiado desde junio de 2012 por novedad de retiro reportada por su empleador, sin aclarar, a pesar de lo



solicitado por la Sala, de qué forma se había surtido la desafiliación. Respecto de la suspensión del señor Arenas Dueñas en el sistema, la demandada tampoco indicó haber hecho uso de las herramientas de cobro coactivo dispuestas por el legislador, en los casos de mora patronal.

Finalmente, la entidad tampoco demostró haber prestado los servicios que quedaron pendientes y que fueron ordenados por el médico otorólogo el 17 de julio de 2012- los exámenes de audiometría y logaudiometría con y sin audífonos para el 24 de octubre de 2012 y la cita de control-. Tan solo acreditó que el último procedimiento efectuado al accionante fue el 12 de junio de 2012.

6.2. Por tal motivo, se tiene que el accionante se encuentra desafiliado del sistema, sin haber sido calificado respecto de su pérdida de capacidad laboral y sin haber recibido a plenitud, para la época en que fue desafiliado, la atención que requería según los servicios que el médico tratante ya había prescrito y que son afines a su patología. Adicionalmente, el accionante cotizó a su fondo de pensiones solo hasta el mes de junio de 2012, fecha en que también opero la desafiliación de su EPS y desde la cual se encuentra sin trabajo.

6.2.1. En primer lugar, la Sala habrá de pronunciarse respecto del derecho a la calificación por pérdida de capacidad laboral del accionante.

Como bien fue reseñado, con el propósito de proteger la buena fe del trabajador y la confianza depositada por él en su empleador, la Corte ha sido enfática en manifestar que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta imputable a su patrono, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que desatendió sus compromisos de vigilancia en el recaudo.

En ese orden, siendo el derecho a la calificación una prestación inaugural a la afiliación y del cual dependen la satisfacción de otras garantías fundamentales como la dignidad humana y el mínimo vital, es ilegítimo que las EPS nieguen o demoren su concesión argumentando la suspensión de la afiliación, toda vez que la operatividad de esta figura es considerada por la Corte como desproporcionada en el caso de los trabajadores asalariados.

Por lo anterior, considera la Sala que SaludCoop EPS ha vulnerado el derecho a la seguridad social del accionante, al negarse a calificar su condición argumentando la suspensión en el sistema, toda vez que le trasladó al señor Arenas Dueñas la negligencia del empleador Servando Garzón por no efectuar las transferencias de los aportes obrero- patronales, y a pesar de los múltiples pronunciamientos de la Corte en este sentido, optó porque las consecuencias jurídicas de aquél incumplimiento afectaran la afiliación del trabajador y su derecho a ser calificado.

6.2.2. Por otro lado, la Sala deberá pronunciarse respecto de los servicios que quedaron pendientes y que fueron ordenados por el médico otólogo, consistentes en dos exámenes y una cita de control.

Sobre este asunto, se observa que la totalidad de los servicios médicos pendientes se encuentran estrechamente relacionados con la patología por la que ha de ser calificado el accionante, de modo que hacen parte de la prolija lista de reportes y valoraciones que la EPS requiere, en principio, para completar un diagnóstico definitivo en orden a garantizar el derecho a la calificación del mismo.

Sin embargo, no pasa desapercibido para la Sala que el diagnóstico definitivo y actualizado del peticionario deba determinarse mediante otro tipo de procedimientos más o menos complejos que los ya autorizados, por lo que deberá ser SaludCoop EPS, como la entidad calificadora, quien en virtud del Manual Único de Calificación de Invalidez y el Decreto 2463 de 2001, adelante todas las prácticas médicas necesarias con el fin de obtener un diagnóstico completo y real sobre la patología del accionante, analizando la pertinencia de los exámenes y la cita ya autorizada dentro del proceso de calificación.

Además de practicar la valoración diagnóstica completa al accionante en los términos anteriores, SaludCoop EPS deberá recepcionar todas aquellas historias clínicas e informes de los médicos y terapeutas que lo han tratado, con el fin de considerarlas igualmente en el proceso de calificación.

Expuesto lo anterior, la Corte deberá revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, tutelar el derecho constitucional fundamental a la seguridad social del accionante. En consecuencia, se ordenará a SaludCoop EPS, que adelante todos los trámites pertinentes- médicos y administrativos-, sean estos previos, del curso o posteriores al procedimiento,

para que el señor Ernesto Francisco Arenas Dueñas sea calificado bajo la responsabilidad de dicha entidad, por funcionarios que representen a la misma y según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias, así como teniendo en cuenta todos los criterios técnico- científicos y éticos dispuestos por el Manual Único de Calificación de Invalidez y demás normas concordantes.

Para el cumplimiento de la orden, la demandada tendrá un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia.

Igualmente, en virtud del Manual Único de Calificación de Invalidez y el Decreto 2463 de 2001, SaludCoop EPS deberá adelantar todas las prácticas médicas necesarias con el fin de obtener un diagnóstico completo, real y actualizado sobre la patología del accionante previamente a la calificación, analizando la pertinencia de los exámenes de audiometría y logaudiometría con y sin audífonos y la cita de control con su otólogo tratante. Además, deberá recepcionar todas aquellas historias clínicas e informes de los médicos y terapeutas que lo han tratado, con el fin de considerarlas igualmente en el proceso de calificación.

En tal sentido, el recaudo de todas estas pruebas, -historias clínicas, reportes, valoraciones, exámenes médicos periódicos; y, en general, todos los soportes necesarios y que hagan falta para calificar cabalmente la pérdida de capacidad laboral del señor Ernesto Francisco Arenas Dueñas – según el Decreto 2463 de 2001 y el Manual Único de Calificación de Invalidez deberá efectuarse en los sesenta (60) días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

Finalmente, de todas las gestiones que realice la EPS dará cuenta en forma inmediata al juez de primera instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección.

#### IV. DECISIÓN

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

**RESUELVE**

PRIMERO.- LEVANTAR la orden de suspensión del trámite de revisión en la tutela de Ernesto Francisco Arenas Dueñas contra SaludCoop EPS dictada mediante providencia del 17 de mayo de 2013, para en su lugar resolver de fondo con las pruebas allegadas durante el mismo.

SEGUNDO.- REVOCAR la decisión adoptada el 20 de diciembre de 2012 por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que denegó el amparo a los derechos fundamentales invocados, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Ernesto Francisco Arenas Dueñas contra SaludCoop EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social del accionante.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal de SaludCoop EPS, que dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a recaudar las historias clínicas, reportes, valoraciones, exámenes médicos periódicos; y, en general, todas las pruebas necesarias y que hagan falta, según el Decreto 2463 de 2001 y el Manual Único de Calificación de Invalidez para calificar cabalmente la pérdida de capacidad laboral del señor Ernesto Francisco Arenas Dueñas.

Para el efecto, la entidad deberá adelantar todas las prácticas médicas necesarias con el fin de obtener un diagnóstico completo, real y actualizado sobre la patología del accionante previamente a la calificación, analizando la pertinencia de los exámenes de audiometría y logaudiometría con y sin audífonos y la cita de control con su otólogo tratante. Además, deberá recepcionar todas aquellas historias clínicas e informes de los médicos y terapeutas que lo han tratado, con el fin de considerarlas igualmente en el proceso de calificación.

CUARTO.- ORDENAR al representante legal de SaludCoop EPS, que dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes- médicos y administrativos-, sean estos previos, del curso o posteriores al procedimiento, para que el señor Ernesto Francisco Arenas Dueñas sea calificado bajo la responsabilidad de dicha entidad, por funcionarios que representen a la misma y según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias, así como teniendo en cuenta todos los criterios técnico- científicos y éticos dispuestos por el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas

concordantes. En todo caso, el dictamen que califique la pérdida de capacidad laboral del accionante deberá estar listo a más tardar dentro del plazo previsto en este numeral.

QUINTO.- ORDENAR al representante legal de SaludCoop EPS, que de todas las gestiones que realice la entidad dará cuenta en forma inmediata al juez de primera instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección. En todo caso, deberá reportar el estado del proceso de calificación del accionante, los días treinta (30) de cada mes, durante los siguientes 3 meses.

SEXTO.- Por secretaría, líbrese la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos, mediante auto del 15 de febrero de 2013, notificado el 07 de marzo de 2013.

[2] A partir de la Historia Clínica del accionante, aportada con el escrito de tutela, se señala como fecha de nacimiento del señor Arenas Dueñas el 17 de agosto de 1965, folio 41 y 44,

cuaderno principal.

[3] Folios 9 y 34 del cuaderno principal.

[4] Folio 119 Ibídem. Fallo proferido el 17 de junio de 2010.

[5] Folios 18 y 19 Ibídem.

[6] En la actualidad, según el registro web del Fosiga, el accionante se encuentra desafiado del Sistema de Salud y conforme consta en los folios 135 a 143, registró afiliación en calidad de cotizante dependiente hasta el 1 de junio de 2012, de acuerdo con la novedad de retiro reportada por su empleador en el último aporte realizado mediante planilla cancelada el 23 de julio de 2012.

[7] Según consta en el expediente, la respuesta de la accionada llegó oportunamente al Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, el 10 de diciembre de 2012; sin embargo, esta dependencia lo remitió 11 días después al Juzgado correspondiente.

[8] Esta orden médica fue autorizada el 23 de julio de 2012. Folio 19 Ibídem.

[9] Cuyas funciones respecto de la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida fueron trasladadas a COLPENSIONES según la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 de 2012.

[10] El 15 de mayo de 2013, vencido el término probatorio, la Secretaría General de esta Corporación informó que no se había recibido respuesta alguna por las entidades oficiadas. Folio 134 del cuaderno de la Corte en sede de revisión.

[11] Como soportes de su respuesta, la entidad adjuntó la historia laboral del señor Arenas Dueñas y su certificado de afiliación.

[12] La respuesta consta de 4 folios, con extractos de su historia clínica y los servicios autorizados, así como con la certificación de afiliación del accionante.

[13] Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha estimado que en este tipo de casos los requisitos de procedibilidad excepcional de la acción de tutela deben ser analizados de manera menos estricta, por cuanto se encuentran involucrados los derechos

fundamentales de personas en situación de debilidad manifiesta por su discapacidad física o psíquica, las cuales son sujetos de especial protección. Al respecto pueden verse las sentencias T-859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y la T-108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[14] “Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

[15] Según las prestaciones incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud del Acuerdo 29 de 2012 anexo 2, unificadas definitivamente mediante el Acuerdo 032 de 2012 para el régimen contributivo y subsidiado, el examen de audiometría se identifica con el CUPS 954107 y el de logaudiometría con el 954301; asimismo las consultas por control o seguimiento por medicina especializada con el número 890302.

[16] Al respecto, es de advertir que la misma norma constitucional le impone al Estado “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad...” ; conforme al Literal a) del artículo 2º de la Ley 100 de 1993 “por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” la eficiencia,

precisamente, hace referencia a la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

[17] Sentencia T-1040 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[18] El sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) los Servicios Sociales Complementarios.

[19] Para un desarrollo más extenso sobre este tema, se sugieren las Sentencias T- 176 de 2011 y T-1040 de 2008.

[20] Su regulación se encuentra contenida no solo en la Ley 100 de 1993, sino en el Decreto 1295 de 1994, el Decreto 917 de 1999, Manual Único de Calificación de Invalidez, el Decreto 2463 de 2001 y la Ley 776 de 2002.

[21] Ver artículos 2, 5 y 7 del Decreto 1295 de 1994 y artículo 1º de la Ley 776 de 2002.

[22] Ver los artículos 38 y 206 de la Ley 100 de 1993, así como el artículo 40 del Decreto Ley 1295 de 1994.

[23] Artículo 2 del Decreto 917 de 1999.

[24] El artículo 5 del Manual Único de Calificación, el 41 de la ley 100 de 1993 y el 12 del decreto 1295 de 1994, adjudican la responsabilidad de la Calificación del origen y el grado de invalidez a diversas entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social a favor de sus afiliados.

[25] “Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”.

[26] Ver artículo 7 del Manual Único de Calificación de la Invalidez.

[27] Artículo 4 y 5 del Manual Único de Calificación

[28] Sobre este punto, en Sentencia T-038 de 2011, la Corte señaló que “(...) la vulneración



de los derechos fundamentales por la negación del derecho a la valoración no sólo ocurre cuando ésta se niega, sino cuando no se practica a tiempo, complicando en algunos casos la situación del afectado. En ambas situaciones la consecuencia de negarlo o dilatarlo en el tiempo afecta gravemente a la dignidad humana poniendo a quien pretende ser beneficiario de la pensión de invalidez en una grave situación de indefensión”.

[29] “Por medio del 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”.

[30] Boletín Jurídico No. 23, enero a marzo de 2012. Superintendencia Nacional de Salud, Oficina Jurídica.

[31] Según las normas vigentes las funciones básicas de las EPS son la de “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100)” y la de “Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad...” (literal b, artículo segundo del decreto 1485 de 1994). Las EPS en cada régimen “son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del

aseguramiento” (artículo 14 de la Ley 1122) por lo cual se consideran aseguradoras. Ellas ofrecen un plan de seguros especial completamente regulado por el Estado.

[32] Ver el Artículo 207 de la ley 100 de 1993.

[33] Ver el Artículo 206 Ibídem.

[34] Artículo 164 de la Ley 100 de 1993. En el Sistema General de Seguridad en Salud, las Empresas Promotoras de Salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados.

El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100\* semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con

su capacidad socioeconómica.

[35] Respecto de las prestaciones que demandan además de la afiliación, cierta permanencia en el sistema y cotizaciones uniformes, pueden exponerse las incapacidades por enfermedad general que, según el numeral 1 del artículo 3 del Decreto 47 de 2000, exigen 4 semanas de cotización ininterrumpida y completa. Asimismo, el pago de la licencia de maternidad sea este parcial o total, según ha sido analizado por la Corte, también depende de la afiliación y la cantidad de cotizaciones aportadas.

[36] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[37] Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[38] La Corte ha sostenido dos tesis en sus decisiones de tutela frente a la mora patronal. La primera puede analizarse en las sentencias T-057 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-406 de 1993, y T-669 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-154A de 1995 y T-158 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-072 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-202 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz, en donde se dispone que, con base en los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. Por el contrario, la segunda tesis considera que si por descuido o dolo del empleador aquel no realiza los correspondientes traslados, él debe prestar directamente los servicios médicos. (Sentencias T-330 de 1994 y T-01 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-341 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-571 de 1994 y T-131 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía, T-005 de 1995 y T-287 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Pese a que ambas posturas enfatizan y diferencian las consecuencias sobre la mora patronal, están plenamente de acuerdo en la premisa inicial del juicio, y es que en ningún caso puede oponerse al trabajador la irresponsabilidad o negligencia de su patrono, sea porque aquél tenga la posibilidad de acudir ante la EPS o ante el mismo empleador.

[39] Sentencia T-323 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se reiteró en la sentencia T-299 de 1997.