

Sentencia T-648/15

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

Esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.

OBLIGACION DEL PAGO DE APORTES AL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y AL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSION

En principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, tanto a salud como a pensiones, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia. No obstante, como lo ha resaltado la Corte y ha sido replicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicha obligación resulta imperiosa siempre y cuando el trabajador independiente cuente con los recursos suficientes para cumplir con ellos, pues, de carecer en forma absoluta de los mismos o no contar con los necesarios para efectuar cotizaciones a ambos sistemas aquella no se hace exigible.

DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a EPS afiliarse al actor y a su hija, en calidad de beneficiaria, sin exigir la certificación de cotización de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, y brindar los servicios de salud que requieran

Referencia: Expediente T-4.968.081

Accionante: Jayson Ricardo González Barrera

Accionado: Saludcoop EPS

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil quince (2015)

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Chía, en el trámite de la acción de tutela promovida por Jayson Ricardo González Barrera contra Saludcoop EPS.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Seis por medio de auto del 24 de junio de 2015 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Jayson Ricardo González Barrera presentó acción de tutela contra Saludcoop EPS con el objeto de que le fueran protegidos su derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, los cuales estima vulnerados por la entidad demandada al impedir su afiliación en la modalidad de independiente de bajos recursos, es decir, sin exigir el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

2. Hechos:

Pueden resumirse de la siguiente manera:

1. El 29 de marzo de 2015, Nicole González Muñoz de 14 años de edad, hija de Jayson Ricardo González Barrera, tuvo que ser atendida de urgencias en la Clínica La Colina, por presentar un dolor en su abdomen bajo.
2. Le fue realizada una ecografía en la que se pudo determinar la presencia de un quiste simple en el ovario derecho, por lo que fue remitida a ginecología y le ordenaron ciertos exámenes para verificar si se trataba de un tumor maligno. No obstante, en vista de que no cuenta con servicio de salud estos no se han podido llevar a cabo.
3. Lo anterior, toda vez que el 31 de marzo de 2015, el servicio de salud del actor fue suspendido, pues se encuentra desempleado desde noviembre de 2014 y no ha logrado ubicarse de nuevo laboralmente. Por ende, cuenta con bajos recursos económicos.

4. Debido a la condición de su hija, el 6 de abril de 2015, el accionante acudió a Saludcoop Chía para solicitar su afiliación como independiente de bajos recursos. Sin embargo, le informaron que era necesario presentar el certificado de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

5. Al día siguiente se dirigió nuevamente a la entidad para presentar los fundamentos normativos que, según él, permitían su afiliación en calidad de independiente de escasos recursos, sumado a la urgencia con la que requiere dicha vinculación. No obstante, le fue negada una vez más.

6. Sostiene que la negativa de afiliación por parte de la EPS implica un gran riesgo para la vida de su hija menor de edad lo que conlleva una grave vulneración de su derecho fundamental a la salud.

3. Pretensiones

El accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social y, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada permitir su afiliación en calidad de independiente de bajos ingresos, al igual que a su hija menor de edad como beneficiaria, sin exigir la certificación de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, debido a que carece de recursos para realizar dichos aportes.

De igual manera, que se autorice y se programe de manera inmediata cita con el especialista en ginecología que su hija requiere.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia del Registro Civil de Nacimiento de Nicole González Muñoz, hija menor de edad de Jayson Ricardo González Barrera (folio 1, cuaderno 2).
- Copia de la tarjeta de identidad de Nicole González Muñoz (folio 2, cuaderno 2).
- Copia de la cédula de ciudadanía de Jayson Ricardo González Barrera (folio 3, cuaderno 2).

- Copia del resultado de ecografía abdominal y de los exámenes de laboratorio realizados a Nicole González Muñoz (folios 4 a 7, cuaderno 2).
- Copia del escrito de petición suscrito por el actor y dirigido a Saludcoop Chía, con fecha 7 de abril de 2015, a través del cual solicita su afiliación como independiente de bajos ingresos (folios 8 a 9, cuaderno 2).
- Copia del recibo de servicios públicos en el que se evidencia que el actor reside en una vivienda estrato 2 (folio 24, cuaderno 2).
- Copia del Acta de la Audiencia de Conciliación, celebrada el 22 de febrero de 2010, entre los padres de Nicole González Muñoz en la que se acuerda que la custodia y cuidado de la menor queda a cargo de Jayson Ricardo González (folios 25 y 26, cuaderno 2).
- Acta de Declaración Juramentada en la que el actor manifiesta que desde noviembre de 2014, se encuentra desempleado y no percibe ningún ingreso (folio 27, cuaderno 2).

5. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, al ser vinculado por el juez de primera instancia[1], solicitó declarar que la entidad no es responsable de la vulneración de derecho fundamental alguno, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, manifiesta que la entidad es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público que funge como órgano rector en materia de salud, correspondiéndole la formulación y adopción de políticas generales en el área, mas no la prestación directa de los servicios relacionados.

En cuanto a la pretensión del accionante, relacionada con su vinculación al registro de independientes de bajos ingresos del Sistema de Seguridad Social en Salud, para que no le sea exigido el pago de aportes a pensión, sostiene que dicho beneficio fue consagrado en la Ley 1250 de 2008, por un periodo de 3 años, hasta noviembre de 2011. No obstante, a través de los Decretos 445 de 2011, 1396 de 2012, 2638 y 1623 de 2013, la medida fue prorrogada hasta la entrada en vigencia de los Beneficios Económicos Periódicos, pero solo

para aquellas personas que se encontraran inscritas en el Registro de Independientes de Bajos Ingresos para noviembre de 2011, es decir, para quienes ya realizaban aportes de esta manera a tal fecha (cotizante 42 de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes) lo que no ocurre con el actor.

Por otro lado, indica que una vez verificada la Base de Datos Única de Afiliados, evidencia que el actor se encuentra afiliado a Sanitas EPS, registrando aportes a salud y a pensiones, pero sin percatarse, según lo que esta Sala advierte, que la información que relaciona corresponde a una persona distinta al accionante, a saber: Jesús Antonio Calderón Prada C.C. 14.242.568.

5.2 Vencido el término de traslado Saludcoop EPS se abstuvo de emitir respuesta a la presente acción constitucional.

6. Decisión judicial que se revisa

El Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Chía, en fallo del 23 de abril de 2015, resolvió negar el amparo pretendido al considerar que, en vista de que el accionante realizó aportes al Sistema de Seguridad Social (Salud y Pensiones) hasta el año 2014, se evidencia que a 25 de noviembre de 2011, fecha de entrada en vigencia del Decreto 4465 de 2011, no hacía parte del Registro de Independientes de Bajos Ingresos, requisito indispensable para que se le aplicara la medida solicitada.

Por tanto, señala que es necesario que el actor acredite los requisitos exigidos para su afiliación al régimen contributivo a través de la EPS demandada o, de lo contrario, vincularse al sistema por medio del régimen subsidiado con el fin de acceder a los servicios de salud que requiere.

La decisión no fue objeto de impugnación.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por

los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del actor, al impedir su afiliación en la modalidad de independiente de bajos ingresos, es decir, sin exigirle el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Previo a dilucidar la cuestión planteada, se abordará el estudio de lo que ha expresado la jurisprudencia de esta Corte en relación con: (i) el derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela, (ii) la obligación del pago de aportes al Régimen de Seguridad Social en Salud y al Régimen de Seguridad Social en Pensiones y, finalmente, (iii) se procederá a analizar el caso concreto.

4. Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 48 de la Constitución consagró la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano, y como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

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.”[2]

Por su parte, el artículo 49 de la Carta, en relación con lo anterior, consagró que toda persona tiene el derecho de acceso a la protección y recuperación de su salud, el cual se encuentra a cargo del Estado reiterando que este debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993, “por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica. En ese orden, 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) Servicios Sociales Complementarios.

De igual forma, y por interesar a esta causa, la mencionada ley dispone como uno de los objetivos del Sistema General en Salud, crear condiciones de acceso a todos los niveles de atención para toda la población, orientado por los principios de universalidad, calidad y eficiencia, entre otros.

Importante es señalar también que hay 3 formas distintas de participar en el Sistema a saber: los afiliados a través del (i) régimen contributivo, (ii) el subsidiado o (iii) aquellos que no cuentan con capacidad de pago, pero que tampoco pertenecen a este último régimen, clasificados como participantes vinculados.

Asimismo, la Ley 1751 de 2015[3] reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible.[4]

En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.

Lo anterior cobra mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad, quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer[5], y también sujetos que padecen algún tipo de discapacidad[6], puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado.

5. Obligación del pago de aportes al régimen de seguridad social en salud y al régimen de seguridad social en pensión

Como se mencionó en el capítulo anterior, la seguridad social es consagrada en el artículo 48 de la Constitución como un servicio público de carácter obligatorio, sujeto, entre otros, a los principios de solidaridad y universalidad, como un derecho de carácter irrenunciable.

Se indicó también, que en desarrollo del precitado mandato, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 “por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”. Esta norma, en su artículo 15, determinó que todo aquel que se encuentre vinculado laboralmente a través de un contrato de trabajo o como servidor público debe afiliarse, de manera obligatoria, al sistema de pensiones. Lo anterior fue modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, en el sentido de extender dicha obligación a las personas naturales que presten servicios al Estado o a entidades del sector privado por medio de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad, así como los trabajadores independientes.

De igual manera, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, el cual también fue objeto de modificación por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, señala que es imperativo realizar cotizaciones al Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario o ingreso que perciban, mientras se encuentre en vigencia la relación laboral o el contrato de prestación de servicios.

Por otro lado, la mencionada ley, en su artículo 19, modificado por el artículo 6º de la Ley 797 de 2003, sostiene que quienes no se encuentren vinculados por medio de un contrato de trabajo, de prestación de servicios o como servidores públicos, deben cotizar de acuerdo con los ingresos declarados ante la entidad a la cual se afilien con base en lo que efectivamente perciben y, en ningún caso, la base de cotización puede ser inferior al salario mínimo vigente.

En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1465 de 2005, reglamentó la manera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes la cual permite pagar los mismos vía electrónica y de manera unificada. Esta fue adoptada por el Ministerio de Protección Social en marzo de 2006.

En el año 2007, el legislador expidió la Ley 1122, por medio de la cual “se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” la que, en su artículo 44, impuso al mencionado ministerio la obligación de definir el plan de implementación del Sistema Integrado de Información de la Protección Social. Lo anterior cobra relevancia, dado que en desarrollo de dicho artículo se expidió el Decreto 3085 de 2007 el que, en su artículo 3º, determinó que los trabajadores independientes que no se encuentren vinculados laboralmente a través de algún tipo de contrato y que no cuenten con recursos suficientes, pero a pesar de ello se afilien al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del Régimen Contributivo deben presentar una declaración anual de IBC ante la correspondiente EPS junto con otros datos como identificación, actividad económica y fecha de nacimiento, entre otros.

Posteriormente, se expidió la Ley 1250 de 2008 a través de la cual se permitía al trabajador independiente realizar los aportes solo al sistema de salud, dado el caso que no contara con los recursos suficientes para pagar lo correspondiente en pensiones a través de la Planilla Integral de Liquidación de Aportes, tal y como lo permitía el Decreto 3085 de 2007.[7]

Por su parte, la Corte Constitucional al pronunciarse respecto al tema, en sentencia C-1089 de 2003, puso de presente lo señalado en el informe de ponencia sobre el primer debate de lo que fue el proyecto de la precitada ley, en el cual el Gobierno Nacional reconoce que existían falencias en lo referente al aseguramiento en salud de quienes perciben ingresos inferiores a un salario mínimo legal o simplemente carecen de ellos, pues estos resultan insuficientes para realizar aportes a ambos sistemas. Específicamente, se indicó que:

“Dicho de otro modo, se acepta que la disposición que obliga a los trabajadores independientes a cotizar de manera obligatoria a salud y pensiones de manera concurrente no consulta la realidad económica, especialmente de quienes declaran recibir un salario mínimo, y por tanto, está afectando la permanencia de muchos colombianos en el Régimen Contributivo de Salud, lo cual no es consecuente con una política de aseguramiento universal como propósito de Estado. Por tanto, se propone retirar de la norma dicha obligación y permitir, a los cotizantes, libertad en cuanto al aporte pensional equivalente hoy a sesenta y siete mil doscientos veinticuatro mil pesos (\$67.224), que no es una suma despreciable en relación con un salario mínimo de cuatrocientos treinta y tres mil setecientos pesos (\$433.700)”.

“Aunque lo deseable es que todos los colombianos tengamos en perspectiva la posibilidad de una pensión que asegure el mínimo vital para nuestro retiro, se hace necesario acudir a la realidad económica y aprobar esta disposición ya que por buscar una situación ideal no es posible afectar el acceso de miles de colombianos al aseguramiento en salud, un bien indispensable para la calidad de vida personal y familiar de los más desposeídos económicamente. Por ello, se impone aplicar un criterio de la llamada Justicia Distributiva, según la cual quien tenga más debe contribuir a subsidiar a quienes tienen menos”[8]

Por tanto, la Ley 1250 de 2008, en su artículo 2º, adicionó el artículo 19 de la Ley 100 de 1993 al disponer que aquellas personas que perciban un ingreso inferior o igual al salario mínimo legal vigente y que así lo registren conforme a los procedimientos establecidos, no se les exigirá realizar la cotización al Sistema General de Pensiones durante 3 años contados a partir de la vigencia de dicha ley, sin perjuicio de quienes voluntariamente quieran asumir dicho aporte.

No obstante, el periodo antes señalado fue prorrogado en distintas ocasiones, inicialmente a través del Decreto 4465 de 2011, el cual extendió la vigencia del mecanismo transitorio hasta el 30 de junio de 2012, pero solo para quienes a la entrada en vigencia del señalado decreto (25 de noviembre de 2011), se encontraran inscritos en el Registro de Independientes de Bajos Ingresos. Posteriormente, se amplió dicho plazo por medio de los Decretos 1396 y 2638 del 2012 hasta el 31 de diciembre del mismo año y luego hasta el 30 de julio de 2013, respectivamente, bajo el argumento de que aún no se contaba con los instrumentos necesarios para determinar la reglas de permanencia en el sistema de salud de las personas de bajos ingresos.

Finalmente, se realizó una última prórroga con el Decreto 1623 de 2013, el cual señaló que el periodo se ampliaba hasta la entrada en vigencia del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos- BEPS, pero reiterando que solo para quienes a 25 de noviembre de 2011 se encontraran inscritos como cotizantes tipo 41 y 42.

Cabe señalar también, que la Ley 1328 de 2009, en su artículo 87, crea los BEPS, básicamente como un mecanismo para incentivar el ahorro para la vejez de las personas de escasos recursos que no se encuentran en la capacidad de realizar aportes a pensión. A su vez, que dicha medida fue reglamentada a través del Decreto 604 de 2013, el que dio un

plazo de 5 meses a partir de su entrada en vigencia para su implementación, por lo que, actualmente, ya se encuentra activo y, en consecuencia, se halla vencido el plazo señalado en el Decreto 1623 de 2013.

No obstante, se torna necesario considerar lo señalado por la jurisprudencia constitucional respecto al tema. En efecto, la Ley 797 de 2003 que implementa la obligación de realizar los aportes a ambos sistemas, tanto a salud y a pensiones, fue objeto de análisis de constitucionalidad en varios de sus artículos por parte de la Corporación, a saber: en la sentencia C-1089 de 2003 se estudió la demanda contra el artículo 3º parcial en la cual el actor afirmaba que “se desconoce el artículo 2 constitucional, toda vez que ‘...al imponer la obligatoriedad a los trabajadores independientes de afiliarse al sistema general de pensiones, para el caso de los contratos de prestación de servicios o cualquier modalidad que se adopte, contraría los fines esenciales del Estado de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en cuanto con una norma aplicable exclusivamente a un sector de la población, se pretende obligar a otro sector, limitándolo e imponiéndole cargas al cien por ciento...’”[9]

Al realizar su análisis, la Corte señaló que el hecho de imponer el deber imperativo de afiliación al Sistema de Seguridad Social no solo no contradice los mandatos constitucionales sino que los desarrolla. De igual manera, dada la obligatoriedad e irrenunciabilidad del derecho fundamental a la seguridad social, no es posible dejar al libre albedrío el cumplimiento de los deberes sociales del ciudadano en esta materia.

Lo anterior en concordancia con el principio de solidaridad, que implica que todos deben contribuir al sistema para su sostenibilidad, equidad y eficiencia y con el objetivo también de preservarlo, además de recibir los beneficios individuales correspondientes.[10]

No obstante, respecto a la obligación de efectuar los aportes al sistema de pensiones por parte de los trabajadores independientes, en esa oportunidad la Corte sostuvo que era necesario evaluar la posible vulneración de sus derechos fundamentales en el evento en que los ingresos percibidos fueran inferiores al salario mínimo, o cuando en efecto dejan de recibir recursos económicos.

Específicamente la Corte afirmó que:

“Resultaría en efecto contrario al principio de igualdad que se pudieran entender dichas normas en el sentido de poder exigir a los trabajadores independientes la cotización al sistema independientemente de que perciban o no ingresos, mientras que para quienes tienen una vinculación laboral o un contrato de prestación de servicios dicha cotización resulta obligatoria solamente en tanto dure la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios. Una interpretación en este sentido daría razón al actor en cuanto a la inequidad que se generaría para los trabajadores independientes que se verían obligados a contribuir al sistema sin que su participación en el mismo guardara relación alguna con la realidad de sus ingresos, mientras que dicha exigencia no se plantearía para quienes tienen una vinculación laboral o un contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, la existencia o no de ingresos en cabeza de los trabajadores independientes debe examinarse tanto desde la perspectiva del principio de buena fe, como desde la obligación que tiene el Estado de asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales de los particulares y la sostenibilidad del sistema de seguridad social en pensiones evitando la evasión y la elusión al mismo por parte de quienes se encuentran obligados a contribuir a él.”[11]

Así, luego de aclarar que lo señalado no aplicaba a la suspensión de aportes en salud pues el caso planteado era sobre el sistema de pensiones, resolvió declarar la exequibilidad de los apartes demandados, en el entendido de que “las expresiones “El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado” contenidas en el literal a) del referido párrafo presuponen la existencia de un ingreso efectivo por parte del trabajador independiente para hacer obligatoria su cotización.”[12]

De otra parte, en la sentencia C-259 de 2009 se estudió una demanda presentada por considerar el accionante que el “literal a) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que reza: “a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, se presenta una omisión legislativa relativa, toda vez que el legislador no fijó en el supuesto de hecho de la norma el tipo o clase de trabajadores independientes obligados a cotizar a pensión, pues existen trabajadores independientes que solo pueden cotizar para salud por falta de recursos para cotizar a pensión.”

En esa oportunidad, la Corte reiteró lo señalado en la sentencia C-1089 de 2003 y afirmó que no se le puede exigir al trabajador independiente que carece de recursos efectuar aportes al sistema de pensiones, o que teniéndolos los realice afectando su mínimo vital, pues no se cumple con la condición de contar con un ingreso que así se lo permita. Básicamente, no resulta obligatorio para el trabajador independiente realizar los aportes a pensión cuando no cuenta con los ingresos suficientes.

Lo anterior ha sido acogido por la jurisprudencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Por ejemplo, en sentencia del 12 de febrero de 2015, se resolvió una demanda de nulidad de la “expresión y ‘pensión’, contenida en el artículo 1° de la Resolución núm. 0634 de 6 de marzo de 2006, “Por el cual se adopta el contenido del Formulario Único o Planilla Integrada de Liquidación de Aportes”, expedida por el Ministerio de la Protección Social” por considerar el demandante que se restringía el acceso a salud de los trabajadores independientes.

Al estudiarla, el Consejo de Estado se remitió a lo señalado por esta Corte en las sentencias C-1089 y C-259 antes citadas, reiterando que la obligación en cuestión, parte de la base de contar con recursos que así lo permitan, de conformidad con el principio de igualdad. Así, afirmó que “Del recuento anterior se tiene que si bien en un principio los trabajadores independientes estaban obligados a cotizar al Sistema General de Pensiones, tanto el Legislador como la Administración, atendiendo la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, han atemperado la norma, de manera que a quien se encuentre en la situación de trabajador independiente cuyos ingresos no le permitan cotizar para pensión, le está permitido mantener su vinculación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o bien afiliarse al Régimen Subsidiado con la opción de cotizar al Sistema General de Pensiones u optar por acceder al Sistema de Beneficios Económicos Periódicos BEPS”[13]

Lo anterior fue reiterado en la sentencia de la misma Sala con fecha 4 de junio de 2015, señalando que el deber imperativo de cotizar a ambos subsistemas se debe interpretar conforme a los lineamientos planteados por la Corte Constitucional y las normas superiores.

Así las cosas, se observa que, en principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador

efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, tanto a salud como a pensiones, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia. No obstante, como lo ha resaltado la Corte y ha sido replicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicha obligación resulta imperiosa siempre y cuando el trabajador independiente cuente con los recursos suficientes para cumplir con ellos, pues, de carecer en forma absoluta de los mismos o no contar con los necesarios para efectuar cotizaciones a ambos sistemas aquella no se hace exigible.

6. Caso concreto

Con fundamento en las anteriores consideraciones, pasa la Sala a analizar si, efectivamente, se presentó la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de Jayson Ricardo González Barrera por parte de Saludcoop EPS, al impedir su afiliación en la modalidad de independiente de bajos recursos, es decir, sin exigir realizar aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En el asunto bajo estudio, está acreditado en el expediente que el 31 de marzo de 2015, Saludcoop EPS suspendió la prestación de servicios de salud al accionante, en vista de que fue desvinculado laboralmente desde noviembre de 2014.

Su menor hija, de 14 años de edad, requiere el acceso a dichos servicios, toda vez que le fue encontrado un quiste simple en el ovario derecho y se hace necesario su evaluación por parte de ginecología y la práctica de una serie de exámenes para determinar si se trata de un tumor maligno. No obstante, lo anterior no se ha podido llevar a cabo dado que no se encuentran afiliados al sistema de salud.

Por tanto, el actor solicitó su afiliación ante la EPS demandada, pero con la condición de no exigir para ello el requisito de efectuar los aportes a pensión, pues no cuenta con los recursos económicos suficientes. Sin embargo, recibió respuesta negativa por parte de la entidad.

De otro lado, el Ministerio de Salud y Protección Social sostuvo que la no exigencia del pago de aportes a pensión para la afiliación al régimen contributivo en salud, fue consagrada en la Ley 1250 de 2008, pero durante un periodo de 3 años. Este lapso fue prorrogado a través de distintos decretos que permitían mantener la vigencia de dicha medida, solo para

aquellas personas que a 25 de noviembre de 2011, ya realizaran aportes como cotizante 42 de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.

De las circunstancias fácticas anotadas, la Sala observa que el actor tiene a su cargo su hija menor de edad que, además de ser sujeto de especial protección, requiere de valoraciones y exámenes urgentes que permitan establecer la gravedad del dolor que la aqueja.

Por otro lado, se advierte que la medida que permitía efectuar aportes al sistema de salud sin tener que realizarlos al sistema de pensiones establecida en la Ley 1250 de 2008 ya no se encuentra vigente, por tanto, en principio, al actor no le sería aplicable dicho beneficio y, de no contar con recursos suficientes para cotizar a ambos regímenes, su opción es vincularse al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado.

Ahora bien, para el caso bajo estudio, es pertinente traer a colación lo ya señalado por la jurisprudencia constitucional respecto de la obligación de realizar los aportes a ambos sistemas para poder mantener la afiliación al régimen contributivo. Así, la Corte ha señalado que no atenta contra el principio de igualdad el hecho de exigirle a un trabajador independiente efectuar aportes en ambos sentidos y que tampoco vulnera los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital de estos últimos. Estos deben cumplir con dicha obligación de acuerdo con lo que declaren como ingresos.

No obstante, este Tribunal también ha sido claro en señalar que dicha regla aplica, siempre y cuando el ingreso percibido no atente contra el mínimo vital de la persona; en otras palabras, si el cotizante recibe un ingreso menor al salario mínimo o si carece en lo absoluto de recursos económicos, no se puede exigir el cumplimiento de dicha obligación y así lo ha reiterado el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia.

En este caso, el actor cuenta con una declaración juramentada en la que afirma que no percibe ingresos, anexa recibos de servicios públicos en los que se evidencia que pertenece a estrato 2, y al revisar la base de datos del Fosyga, se observa que no se encuentra afiliado al sistema de salud. Lo anterior permite a la Sala afirmar que, en efecto, el demandante no percibe recursos suficientes que le permitan realizar los aportes al sistema de pensiones, por tanto, dicha obligación no se le puede exigir. Sumado a que es deber del Estado verificar tal situación.

Por otro lado, resultaría contradictorio sostener que el ideal propuesto por el Estado es que toda persona se encuentre vinculada al sistema de salud a través del régimen contributivo, en virtud del principio de progresividad, pero, a su vez, impedirle a un ciudadano que quiere hacer el esfuerzo de pertenecer al mencionado régimen, su acceso al mismo, por el hecho no contar con los recursos suficientes para efectuar los correspondientes aportes a pensión, máxime cuando la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicha exigencia, en este caso, no es de recibo. De otra parte, tampoco se puede pretender seguir aumentando la población que pertenece al régimen subsidiado que en la actualidad presenta graves problemas de sostenibilidad financiera.

También cabe señalar que, de acuerdo con el debate mencionado en párrafos anteriores relacionado con la discusión del proyecto de Ley 1250 de 2008, la medida que se implementó en ese entonces, por un periodo de 3, años se dirigía a brindar una solución de ahorro para la vejez de quienes no contaban con los ingresos suficientes para cotizar a pensión, motivo por el cual, en la actualidad, se encuentra en marcha el Servicio Complementario de Beneficios Económicos Periódicos con el fin de incentivar el ahorro voluntario. Situación que nada tiene que ver con la prestación de los servicios de salud, es decir, la herramienta no estaba orientada a solucionar el problema de quienes intentaban mantenerse en el régimen contributivo a pesar de contar con recursos bastante limitados.

Se considera entonces que, debido a ello, el Consejo de Estado arribó a la conclusión de que “quien se encuentre en la situación de trabajador independiente cuyos ingresos no le permitan cotizar para pensión, le está permitido mantener su vinculación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o bien afiliarse al Régimen Subsidiado con la opción de cotizar al Sistema General de Pensiones u optar por acceder al Sistema de Beneficios Económicos Periódicos BEPS”[14]

Para el caso que ocupa a esta Sala, como ya se observó, es aplicable la anterior regla en el sentido en que se debe permitir la afiliación del actor al régimen contributivo de salud, con su menor hija como beneficiaria, sin exigirle para ello el comprobante de aportes a pensión, pues no cuenta con los recursos suficientes para efectuar cotizaciones a ambos sistemas, sin perjuicio de que lo anterior sea verificado por las entidades correspondientes, según lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte y también de la Sección Primera de la Sala de lo

contencioso administrativo del Consejo de Estado.

Así las cosas, al evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de Jayson Ricardo González Barrera, la Sala ordenará a Saludcoop EPS, permitir la afiliación del actor y de su hija en calidad de beneficiaria, sin exigir la cotización de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y proceder a brindar los servicios de salud que tanto él como la niña requieran, incluyendo la autorización y programación de la cita con el especialista en ginecología que la menor de edad necesita.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Chía, el 23 de abril de 2015, dentro del proceso de tutela promovido por Jayson Ricardo González Barrera contra Saludcoop EPS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en consecuencia, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del actor.

SEGUNDO.- ORDENAR a Saludcoop EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, afiliar al actor y a su hija, en calidad de beneficiaria, sin exigir la certificación de cotización de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, y proceder a brindar los servicios de salud que tanto él como la niña requieran, incluyendo la autorización y programación de la cita con el especialista en ginecología que la menor de edad necesita.

Lo anterior, sin perjuicio de que si las entidades correspondientes verifiquen la real situación económica del actor, pues, si posteriormente logran evidenciar que cuenta con los recursos para efectuar aportes a ambos sistemas, la obligación de realizar las cotizaciones a pensión se torna exigible.

TERCERO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Folio 20 y 21, cuaderno 2.

[2] Sentencia T-1040 de 2008.

[3] “Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.”

[4] Ver sentencias T-499 de 2009 y T-152 de 2010 entre otras.

[5] Al respecto ver sentencia T-920 de 2013.

[6] La respecto ver las Leyes 1346 de 2009 (art. 25 y 26), 1618 de 2013 (art.7, 9,10) y 1751 de 2015 (art. 11).

[7] Sentencia T-1227 de 2008.

[8] Gaceta del Congreso 460 del 20 de septiembre de 2007
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

[9] Sentencia C-1089 de 2003.

[10] Ibídem.

[12] Ibídem.

[13] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015). Consejera ponente: doctora María Elizabeth García González. REF: Expediente núm. 2008-00217-00. Acción: Nulidad. Actor: Ferney Andrade Salinas Riaño.

[14] Ibídem.