

Sentencia T-766-09

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Alcance

DERECHO A LA SALUD-No suspensión por mora en el pago de aportes por empleador

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por cancelación de los aportes en salud

Referencia: expediente T-1727684

Acción de tutela promovida por Ángel María Sáenz Salamanca, en representación de Celso Sáenz Quiazua, contra el Consorcio FOPEP y la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

Procedencia: Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C, octubre veintinueve (29) de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado el 28 de agosto de 2007 por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, que negó la acción de tutela instaurada por Ángel María Sáenz Salamanca, en representación de su padre Celso Sáenz Quiazua, contra el Consorcio FOPEP y la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el despacho judicial mencionado, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 inciso 2° de la Constitución Política y 31 del Decreto 2591 de 1991, siendo acogido para su revisión por la Sala de Selección N° 10, de esta Corte, el 11 de octubre de 2007.

## I. ANTECEDENTES

Ángel María Sáenz Salamanca, actuando en representación de su padre Celso Sáenz Quiazua, elevó acción de tutela contra el Consorcio FOPEP y la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, por estimar que han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la vida digna, con base en los hechos que a continuación son resumidos.

### A. Hechos relevantes y narración realizada en la demanda.

El señor Celso Sáenz Quiazua, nacido el 20 de noviembre de 1923 (f. 10 cd. inicial), se encuentra pensionado desde 1984, correspondiendo a las entidades demandadas el pago de la mesada pensional y el respectivo descuento para el servicio de salud, a cargo de FAMISANAR EPS, entidad que en mayo 31 de 2007 le informó que los aportes de abril y mayo de ese año no habían sido consignados, incurriendo en mora, razón por la cual se suspendería la afiliación si en los tres meses siguientes no recibía respuesta.

Por la situación descrita, el 10 de julio de 2007 presentó reclamaciones ante CAJANAL y FOPEP, sin haber obtenido respuesta alguna a la fecha de presentación de la demanda, con el circunstancia de que FAMISANAR EPS estableció término perentorio para suspender el servicio, lo cual se indica en la demanda que convierte en “altamente vulnerable” el derecho fundamental a la salud, en conexidad con la vida de quien se encuentra en la tercera edad.

Por consiguiente, en la demanda se solicita ordenar a los entes accionados que realicen en el menor tiempo posible “los trámites administrativos a que haya lugar para solucionar la presunta mora en el pago de los aportes a Famisanar EPS de los meses de abril y mayo; o si no lo han hecho que de la manera más presurosa se ejecute tal desembolso, para que de esta manera mi padre y mi madre no queden sin el servicio de salud”.

### B. Contestación del Consorcio FOPEP

En escrito dirigido al juez de instancia, el gerente del Fondo de Pensiones Públicas, FOPEP, manifiesta que ese ente no ha dado lugar a la vulneración de derechos fundamentales del

padre del actor, por cuanto su función consiste en cancelar, por encargo fiduciario, las mesadas a las personas incluidas en nómina por las cajas y los fondos de pensiones que reconocen tal prestación, que le remiten en medio magnético, al momento de la inclusión en nómina, los datos de la persona y los valores a pagar, procediéndose a ubicar los valores en la entidad bancaria que haya sido escogida por el pensionado.

Afirma que los descuentos realizados sobre las mesadas pensionales para aportes a salud, se cancelan a la EPS seleccionada, conforme a la legislación vigente.

Manifiesta que consultada la base de datos, se estableció que el señor Celso Sáenz Quiazua, aparece incluido en nómina desde septiembre de 1995, fecha a partir de la cual el consorcio ha venido cancelando los pagos de las mesadas de los pensionados de CAJANAL, salvo las correspondientes a diciembre de 2006, enero y febrero de 2007, en proceso de devolución por no cobro de parte del pensionado.

Indica que acumuladas tres mesadas, el fondo o la caja respectivo suspende al pensionado de su nómina, temporalmente, mientras se realizan las averiguaciones de rigor por el no cobro, lo que explica que, en el presente caso, las mesadas hayan sido devueltas por Colmena BCSC al FOPEP.

Asegura que por encontrarse Celso Sáenz Quiazua en esa situación, “fue suspendido de la nómina de pensionados del orden nacional por parte de CAJANAL, motivo por el cual el fondo no había vuelto a ordenar al consorcio FOPEP realizar pagos al accionante” (f. 41 cd. inicial).

Expresa que en julio 30 de 2007 respondió el derecho de petición presentado por la parte actora el 10 de los mismos, informándole acerca de los inconvenientes surgidos con la EPS, la suspensión en nómina por parte de CAJANAL y la reinclusión del señor Celso Sáenz Quiazua a partir de junio de 2007, con orden de pago del retroactivo de las mesadas de abril, mayo y junio de ese año, de la mesada adicional y los descuentos para salud. Agregó que al no reportar CAJANAL pago para la mesada de marzo de 2007, no fue posible realizar el descuento para salud del mes de abril.

Finalmente, reitera que el FOPEP no se encarga de ordenar el pago de la mesada a los pensionados ni de los aportes de salud, dado que la actividad de la entidad consiste únicamente en “realizar los pagos y descuentos de acuerdo con lo ordenado por el fondo”.

#### C. Decisión del Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá

En providencia de agosto 28 de 2007, ese despacho negó la acción de tutela, al considerar que de acuerdo con la respuesta del FOPEP, el hecho generador de la amenaza o la vulneración a los derechos fundamentales del señor Celso Sáenz Quiazua fue superado, en la medida que CAJANAL “nuevamente lo incluyó en nómina y ordenó realizar el pago del retroactivo de los meses de abril, mayo y junio de 2007 y efectuar los descuentos para salud”.

#### D. Pretendida impugnación

En providencia de septiembre 4 de 2007, el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá dispuso no dar trámite a un escrito no firmado, en el cual se hacía constar que el derecho a la salud en conexidad con la vida de Celso Sáenz Quiazua continuaba vulnerado, habiendo FOPEP indicado que CAJANAL no ordenó el pago de la mesada de marzo de 2007, “por lo cual no se efectuó el descuento para FAMISANAR E.P.S.”, permaneciendo en mora el aporte de salud del mes de abril de 2007.

## II. VINCULACIÓN ADICIONAL Y PRUEBAS A ANALIZAR

Serán observadas como pruebas y consideraciones relevantes para tomar la decisión, los documentos y asertos aportados por el actor, la carta enviada por FAMISANAR EPS (f. 3 cd. inicial), la contestación del FOPEP (f. 18 ib.), y la comunicación remitida por ese Fondo a CAJANAL (f. 19 ib.).

Así mismo se tendrán en cuenta los escritos enviados a esta corporación por CAJANAL (f. 33 cd. Corte) y por FAMISANAR EPS (fs. 24 y 35 y ss ib.), empresa que al aparecer como eventualmente comprometida en la vulneración de los derechos reclamados, fue vinculada a la actuación.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### 1. Competencia

La Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. No suspensión del servicio de salud por mora en el pago de los aportes. Reiteración de jurisprudencia

En múltiples ocasiones esta Corte ha expresado que el servicio público de salud debe prestarse en forma continua e ininterrumpida, en virtud del principio superior de eficiencia (arts. 48 y 49 Const.), que incluye la continuidad del servicio, de manera que la atención médico-asistencial debe brindarse sin interrupciones y satisfactoriamente a los afiliados y beneficiarios del sistema.<sup>1</sup>

La continuidad es, entonces, una calidad imprescindible, que deben tener en cuenta las entidades prestadoras del servicio de salud en sus relaciones con los usuarios, en tanto contribuye a desarrollar sin suspensiones una de las finalidades sociales del Estado, en aras de la eficiencia del sistema. Todo lo que atente contra la continuidad del servicio de salud “ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”<sup>2</sup>.

Para tal fin, es necesario que los empleadores o el aportante al sistema general de salud, hagan efectivo el giro de los aportes requeridos para la prestación del servicio, toda vez que su omisión puede poner en riesgo la vida y la integridad de afiliados y beneficiarios, supuestos igualmente aplicables a las instituciones pagadoras de mesadas pensionales, obligadas también a transferir al sistema las cotizaciones descontadas por concepto de aportes de sus pensionados.<sup>3</sup>

La jurisprudencia ha precisado que si el empleador o el fondo de pensiones no transfieren a las EPS las sumas retenidas por aportes para salud, estarían sujetos no sólo a sanciones administrativas y económicas, sino a probables consecuencias penales por posible desvío, retención o apropiación de recursos ajenos, definidos por la ley como

contribuciones parafiscales, destinadas a propósitos específicos.<sup>4</sup>

También ha indicado que la entidad administradora de la seguridad social puede exigir judicialmente el pago de los aportes en mora, sin que esa circunstancia pueda pretextarse para dejar de atender a los usuarios, ya que según el principio de continuidad, la obligación en la prestación del servicio de salud puede mantenerse en la EPS.<sup>5</sup>

Por consiguiente, la mora en el pago de los aportes, por negligencia del empleador o de la respectiva caja o fondo de pensiones, no puede en ningún caso afectar la prestación del servicio al trabajador activo o retirado. Está vedado a las EPS interrumpir o suspender el servicio a sus afiliados y beneficiarios pretextando problemas administrativos, pues de hacerlo ponen en riesgo la salud, la dignidad y eventualmente la vida misma de esas personas; además, para obtener el cumplimiento de esas obligaciones, “tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal”.<sup>6</sup>

### 3. Hecho superado

En reiterada jurisprudencia<sup>7</sup>, esta corporación ha señalado que si en el trámite de determinada acción de tutela, sobrevienen hechos que demuestren que la vulneración a los derechos fundamentales ha cesado, o se ha consumado en forma tal que sea imposible restablecer al solicitante en su goce legítimo, la acción pierde eficacia y razón de ser, al extinguirse el objeto jurídico sobre el cual se pretendía, resultando inoportunas cualquier decisión que pudiere surgir al respecto.

Así, cuando en el curso de la acción se consolida el restablecimiento de los derechos quebrantados o la superación del riesgo, cualquier pretensión de la demanda de tutela queda sin materia y no se requiere ni es viable una resolución para propiciar algo que ya se ha alcanzado, o se ha tornado imposible.<sup>8</sup>

En un principio, la Corte consideró que en aquellos procesos en los que se presentaba un hecho superado, dado que la situación u omisión acusada de vulnerar o amenazar un derecho fundamental había desaparecido, se debía declarar la improcedencia de tutela, puesto que la orden que podría impartir el juez caería en el vacío; en otras ocasiones,

estimó pertinente confirmar los fallos de tutela, con base en el mismo argumento acerca de la carencia actual de objeto, o simplemente se abstuvo de pronunciarse de fondo.

En la actualidad, se acepta que en aquellos casos en los que sobreviene carencia de objeto de la acción de tutela, pero sea evidente que debía haberse decidido en un sentido distinto, se revocará, según corresponda, con la anotación de que no se pronunciará de fondo, ni impartirá órdenes para indicar un remedio judicial sobre el problema jurídico, que ya ha perdido materialidad.<sup>9</sup>

Frente al caso concreto, correspondería a esta Sala de Revisión determinar si los derechos invocados por Ángel María Sáenz Salamanca, obrando en legítima representación de su padre Celso Sáenz Quiazua, quien está próximo a cumplir 86 años de edad, fueron vulnerados por el consorcio FOPEP y la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, al no consignar a FAMISANAR EPS los aportes de abril y mayo de 2007, provocando una mora y el riesgo de suspensión de los servicios de salud del pensionado por parte de esta última entidad.

Advierte esta Corte que no obstante la respuesta dada por FOPEP al pensionado, comunicándole que CAJANAL lo reincorporó en nómina y efectuó los abonos de las mesadas de abril, mayo y junio de 2007 pero no reportó el pago de la mesada de marzo de 2007 ni el aporte a FAMISANAR EPS correspondiente al mes de abril del mismo año, esta empresa, mediante escrito de diciembre 18 de 2007, respondió que Celso Sáenz Quiazua “está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el programa del Régimen Contributivo en calidad de COTIZANTE desde el 1/01/04, y se encuentra en estado ACTIVO” (f. 24 cd. Corte).

Agregó que “Famisanar EPS no había recibido pago por concepto de aportes por parte del empleador correspondientes al mes de abril y de mayo se presentaron inconsistencias con la afiliación del accionante, no obstante el pasado 3 de julio se recibieron los aportes que se encontraban en mora quedando activo el servicio para el accionante” (ib.).

Lo anterior pone de manifiesto que la amenaza o potencial vulneración de los derechos fundamentales del actor ha desaparecido, pues si bien era inminente al momento de

interponerse la acción de tutela, es lo cierto, según se acredita en el expediente, que desde julio 3 de 2007 Celso Sáenz Quiazua cuenta con la reanudación de los servicios de salud por parte de FAMISANAR EPS, una vez recibidos por esta entidad los aportes que se encontraban en mora, correspondientes a los meses de abril y mayo de ese año.

Adicionalmente, en octubre 21 de 2009 (fs. 35 y 36 ib.) FAMISANAR EPS remitió a esta Corte, certificaciones sobre el estado de cotizante "ACTIVO" de Celso Sáenz Quiazua y el registro de sus aportes en salud, realizados entre el 1° de enero de 2004 y el 1° de octubre de 2009. Además, allegó informe de las autorizaciones y procedimientos médicos realizados desde 2004, confirmando no sólo la superación de los problemas administrativos relacionados con el pago de los aportes para salud a que se ha hecho referencia, sino la prestación real, efectiva y continua de los servicios de salud al pensionado, quien al hallarse en la tercera edad requiere habitual atención médica.

Sin embargo, ha de precisar la Corte que las contingencias administrativas no justifican lo sucedido, ante la obligación de la entidad prestadora del servicio de salud FAMISANAR de brindar la atención médico-asistencial requerida, de manera oportuna, sin interrupciones, conforme a los principios superiores de eficiencia y continuidad, antes enunciados y explicados, más aún tratándose de una persona que se encuentra en la tercera edad y merece especial protección.

Queda así establecido que en el asunto que se revisa se configura un hecho superado, toda vez que la alegada vulneración de los derechos del señor Celso Sáenz Quiazua quedó sin vigencia, debido a que cancelados los aportes para salud de abril y mayo de 2007, adeudados por Cajanal y/o FOPEP a FAMISANAR, esta entidad le presta los servicios que requiere el cotizante activo, según se ha apreciado (f. 36 cd. Corte).

En consecuencia, esta corporación declarará la carencia actual de objeto. Con todo, como es palmario que la tutela sí debió concederse en su oportunidad, al punto que por el no pago del aporte del mes de abril de 2007, FAMISANAR EPS puso en peligro la atención en salud que está en el deber de prestar al pensionado Celio Sáenz Quiazua, quien nuevamente quedó "activo" a partir de julio 3 de 2007, una vez recibidos los aportes que arbitrariamente se habían dejado de cubrir, será revocado el fallo de agosto 28 de 2007 dictado por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, en cuanto negó

un amparo que ha debido conceder, siendo claro que estando ya superado el riesgo, no es necesario ahora proferir orden alguna.

No obstante, por los antecedentes del caso y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, la Sala considera necesario prevenir a FAMISANAR EPS para que no vuelva a incurrir en conductas como la que dio origen a esta acción de tutela, dado que una situación como la presentada, debe ser subsanada directamente con las entidades responsables de la pensión, sin afectar a quien tiene el derecho.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión de los términos en el proceso de la referencia, decretada en auto de diciembre 11 de 2007.

Segundo. REVOCAR el fallo proferido el 28 de agosto de 2007 por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Ángel María Sáenz Salamanca, en representación de su padre Celso Sáenz Quiazua, contra el consorcio FOPEP y la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL.

Cuarto. PREVENIR a FAMISANAR EPS, para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en conductas como la que dio origen a la presente acción de tutela.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 SU-562/99.

3 T-055/07 (febrero 1°), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 C-575/92 (octubre 29), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

5 C-177/98 (mayo 4), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

6 T-417/01 (abril 26), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-055/07, precitada.

7 Cfr. T-488 /05 (mayo 12), M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-630/05 (junio 16), M. P. Manuel José Cepeda; T-806/07 (septiembre 28), M. P. Humberto Sierra Porto; entre otras.

8 T-486 de 2008 (mayo 15), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

9 T-442 de 2006 (junio 2), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.