

Sentencia T-768/01

## DERECHO A LA SALUD-Mora en aportes por empleador

Si bien en principio las EPS no están obligadas a prestar servicios cuando no les han cotizado oportunamente, pues la obligación directa en tal materia es del patrono y a éste debe exigirse su cumplimiento, ello no exonera totalmente a las EPS de un deber esencial a su función, cual es el de atender a la persona que se encuentra en delicado estado de salud, en una situación de urgencia, o afrontando grave peligro de muerte. En tales opciones se parte del supuesto de que el trabajador ya está inscrito a una entidad promotora de salud, y de que ha existido simplemente una mora en el pago de las cotizaciones, y la entidad de seguridad social se niegue a atender al afiliado. Pero cuando ni siquiera se ha llevado a cabo la inscripción, o la afiliación está suspendida, no existe responsabilidad de EPS alguna y ésta recae totalmente en el empleador negligente.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-463551

Acción de tutela instaurada por Jesús María Ortega Fabra contra Caprecom E.P.S. Seccional Montería.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Montería y por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela iniciada por el señor Jesús María Ortega Fabra contra Caprecom E.P.S. Seccional Montería.

## I. ANTECEDENTES.

El señor Jesús María Ortega Fabra interpuso acción de tutela contra Caprecom E.P.S. Seccional Montería, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la salud, en razón a que esa entidad se niega a prestarle los servicios de salud a que alega tener derecho. Para fundamentar su solicitud de tutela relató los siguientes hechos:

Como pensionado del Municipio de Montería se encuentra afiliado a la entidad demandada desde abril 11 de 1996; indica que padece de hipertensión, por lo que venía siendo atendido por Caprecom, sin embargo, desde hace aproximadamente dos años no recibe atención médica por parte de la E.P.S. Agregó que de acuerdo con los dictámenes médicos presenta un crecimiento moderado de la silueta cardiaca, una inflamación en el hígado y en el estómago, que podrían agravarse si no se controla su problema de presión.

Solicita en consecuencia se ordene a CAPRECOM E.P.S que le preste todos los servicios de salud a que tiene derecho, pues de su pensión se le descuenta el porcentaje correspondiente a salud.

Por su parte, CAPRECOM E.P.S, en oficio dirigido al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Montería señaló que la afiliación del señor Ortega Fabra se encuentra suspendida por el no pago de los aportes de la administradora de pensiones del Municipio de Montería a esa entidad desde noviembre de 1997 hasta la fecha de presentación del escrito (febrero 1 de 2001).

También, el Municipio de Montería respondió al Juzgado de primera instancia, reconociendo que efectivamente el señor JESÚS MARIA ORTEGA, pertenece a la lista de pensionados del Municipio de Montería y se encuentra afiliado a la E.P.S. -Caprecom-. Por nómina se le realizan descuentos mensuales con destino a la salud, siendo su última deducción la correspondiente a febrero del 2001. Igualmente afirma que “debido a la crisis económica financiera que atraviesa el Municipio el último pago de los aportes de los pensionados a Caprecom, se realizó el día 8 de septiembre de 1998”.

## II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

Conoció del presente caso en primera instancia el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Montería, quien en providencia de 8 de febrero de 2001, concedió el amparo solicitado por el señor

Jesús María Ortega.

Consideró el fallador de primer grado que Caprecom E. P. S. Suspendió inconstitucionalmente la prestación del servicio de salud al accionante, y con ello vulnera su derecho a la seguridad social que, por ser el actor una persona de tercera edad, puede solicitar el amparo constitucional mediante la acción de tutela, amén de que la protección del derecho a la seguridad social resulta también necesaria para proteger su salud y su vida, los cuales se encuentran amenazados porque el petente viene padeciendo problemas de hipertensión que a su vez, le han traído como consecuencias el crecimiento de alguno de sus órganos.

La sentencia ordenó a CAPRECOM E.P.S que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la misma, iniciara la prestación de servicios de seguridad social en salud al señor Ortega Fabra. Igualmente la parte resolutive también recuerda el derecho que le asiste a Caprecom de cobrar los respectivos aportes y de repetir contra el Municipio todos los gastos clínicos que dicha empresa haga a favor del accionante.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

#### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

#### 2. Consideraciones Jurídicas y caso concreto. La mora en el pago de los aportes obrero-patronales.

Varios son los asuntos que merecen ser tratados en este caso: de un lado la mora del empleador en trasladar los aportes correspondientes a las entidades de salud, de otro, la actitud legítima de la empresa promotora de salud, la negligencia del Municipio frente a la salud de sus pensionados.

La omisión en la que incurre el empleador, en este caso el Municipio de Montería, al no trasladar oportunamente los aportes correspondientes a las entidades promotoras de salud, vulnera directamente entre otros, los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al trabajo

y a la seguridad social, pues al tratarse de un régimen contributivo, la mora en el pago incide directamente en la prestación del servicio, ya que la empresa no puede desarrollar el objeto social para el cual fue creada, ocasionando por ende serios perjuicios a todos sus afiliados, quienes ven desmejoradas la calidad de la prestación, ante la ausencia de recursos económicos. Es esa la posición reiterada de esta Corporación en materia de mora en el pago de los aportes obrero- patronales<sup>1</sup>.

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la atención en salud a cargo de las E.P.S., está circunscrita al pago oportuno de los aportes; por lo tanto, cuando la empresa promotora suspende el servicio médico, quirúrgico y hospitalario de uno de sus usuarios, como ocurre en el caso que nos ocupa, por falta de pago de las cotizaciones, está asumiendo una conducta legítima; quedando a cargo del empleador moroso, la responsabilidad de la prestación del servicio, como consecuencia de su omisión.

De igual forma, el artículo 57 del Decreto 806 de 1998 establece que cuando el patrono no ha pagado las cotizaciones, éste deberá garantizar la prestación de los servicios de salud a los trabajadores que así lo requieran, “sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y de las sanciones a que haya lugar por este hecho, de conformidad con lo establecido por el parágrafo del artículo 210 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993”.

Pero también debe señalar la Corporación una vez más que si bien en principio las EPS no están obligadas a prestar servicios cuando no les han cotizado oportunamente, pues la obligación directa en tal materia es del patrono y a éste debe exigirse su cumplimiento, ello no exonera totalmente a las EPS de un deber esencial a su función, cual es el de atender a la persona que se encuentra en delicado estado de salud, en una situación de urgencia, o afrontando grave peligro de muerte. En tales opciones se parte del supuesto de que el trabajador ya está inscrito a una entidad promotora de salud, y de que ha existido simplemente una mora en el pago de las cotizaciones, y la entidad de seguridad social se niegue a atender al afiliado. Pero cuando ni siquiera se ha llevado a cabo la inscripción, o la afiliación está suspendida, no existe responsabilidad de EPS alguna y ésta recae totalmente en el empleador negligente<sup>2</sup>.

Cabe recordar que mediante Sentencia C-177 de 1993, la Sala Plena de esta Corporación avaló la constitucionalidad del artículo 209 de la Ley 100, el cual prevé las consecuencias

que trae consigo el incumplimiento de la obligación patronal, según el cual dicha omisión genera la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Dicha norma fue declarada exequible bajo las siguientes pautas interpretativas:

“Ahora bien, pese a que en ocasiones se confunden, las consecuencias jurídicas de estas relaciones, lo cierto es que ellas no son las mismas, como quiera que cuando un trabajador decide afiliarse a una entidad determinada, inmediatamente vincula a su empleador, quien será el medio para conseguir la protección de sus derechos constitucionales. Por consiguiente, si se eluden los deberes que se derivan de cada una de las relaciones, las consecuencias jurídicas serán diferentes. En efecto, al estudiar con detenimiento el momento de la afiliación y de la cotización al sistema de salud, se evidencia que las consecuencias del incumplimiento de las dos relaciones encuentran claras coincidencias y diferencias legales. Así, la negativa a la afiliación, como es obvio, no vincula jurídicamente a la entidad administradora de seguridad social, y el empleador se obliga a asumir directamente el pago de los servicios médicos (artículo 161 de la Ley 100 de 1993). En consecuencia, si no hay afiliación, la entidad promotora de salud no debe prestar los servicios al trabajador, como quiera que “la existencia del sistema de seguridad social no desplaza la obligación primaria radicada en cabeza del patrono”. No obstante, la inobservancia de la obligación de cotizar a la seguridad social genera sanciones moratorias, administrativas y disciplinarias en caso de que el incumplimiento del deber se ocasione por culpa de un servidor público. Igualmente, si el patrono no transfiere a las EPS las sumas retenidas, no solamente se encuentra sujeto a las sanciones administrativas y económicas previstas por la Ley 100 de 1993 sino que además su conducta podría ser penalmente sancionada, pues estaría desviando recursos que no son suyos, ya que tales dineros, tal y como esta Corte lo ha precisado, son contribuciones parafiscales afectadas a propósitos específicos. De la misma manera, la posición jurídica de la entidad que administra la seguridad social frente al incumplimiento de la afiliación y de la cotización no es la misma, como quiera que mientras la omisión de afiliación no le genera potestades ni deberes, la negligencia en el pago de la cotización sí, puesto que puede exigir judicialmente su cumplimiento”. (Subrayado fuera de texto).

En el caso bajo examen, nos encontramos en las hipótesis del aparte transcrito, vale decir: ausencia de afiliación, por suspensión de la E.P.S., no transferencia por parte del patrono de los aportes que realiza el pensionado demandante, o lo que es lo mismo, sumas retenidas de dineros que no le pertenecen, y falta de servicios médicos debido a las situaciones

expuestas.

Se tiene entonces, de una parte, que la entidad demandada no es la responsable por la falta de pago de los aportes patronales, lo que es atribuible íntegramente al empleador, y de otra, que el Municipio de Montería conoce a cabalidad la excepcional situación de salud del demandante y la necesidad de atenderlo y por tanto, al motivar la suspensión de los servicios por parte de la E.P.S. pone en peligro su derecho a la vida.

Esta Corporación ha señalado la necesidad de proteger al trabajador cuando quiera que sus derechos se encuentren amenazados o vulnerados, ante la omisión bien sea del empleador, de la E.P.S. o de ambas. Por ello, es preciso analizar la situación concreta con el fin de determinar quién debe asumir de manera inmediata la protección de la salud del actor, ante sus padecimientos por la falta de la atención médica requerida.

En este caso se demostró: que el demandante es persona de la tercera edad y sus quebrantos de salud ameritan una atención especial por parte de una entidad promotora de salud, que Caprecom suspendió la afiliación del actor en razón de la mora patronal, actitud que como ya se dijo es legítima, relevándose de tal responsabilidad, y que en consecuencia lo que procede es que el empleador moroso, en este caso, el Municipio de Montería, asuma directamente la prestación del servicio como consecuencia de su omisión en el traslado de las transferencias, o proceda a afiliar al pensionado a una nueva E.P.S.

No entiende la Corte la actitud reiterada de ciertos entes territoriales de dejar a la deriva la atención de la salud de sus pensionados, ignorando serios mandatos constitucionales y comprometiendo de paso su responsabilidad penal, pues, como se ha dicho reiteradamente, los aportes a la seguridad social son de carácter parafiscal y de darles una destinación diferente, se incurre en una responsabilidad que debe ser investigada por la Fiscalía General de la Nación.

A pesar de que el Municipio de Montería no fue demandado en este asunto, sí fue citado por el juez de primera instancia, y tuvo la oportunidad de exponer las razones que lo llevaron al incumplimiento de sus obligaciones patronales. Teniendo en cuenta lo anterior, tal como se ha procedido en ocasiones pasadas y similares<sup>4</sup> la Sala procederá a la respectiva reconvención para que el Municipio de Montería asuma la atención en salud que requiera el demandante, y proceda a su afiliación en caso de que se continúen descontando los aportes

hechos por el pensionado sin que se trasladen respectivamente a una E.P.S.

#### 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. CONFIRMAR la decisión proferida por el 16 de marzo de 2001 por el Juzgado Civil del Circuito de Montería en cuanto absolvió de toda responsabilidad a la empresa promotora de salud, Caprecom, E. P. S. Seccional Montería.

Segundo. SE ADICIONA el fallo de segunda instancia, en el sentido de reconvenir al Municipio de Montería, para que asuma directamente la atención en salud que requiera el señor JESÚS MARIA ORTEGA FABRA, o proceda a su afiliación en caso de que actualmente los pensionados de dicho Municipio no se encuentren afiliados a ninguna entidad prestadora de servicios de salud.

Tercero. REMITASE, copia de la presente sentencia a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.

Cuarto. 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.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 C- 177- de 1998 , T- 2235 de 2000, T- 1522 de 2000 entre otras.

2 C-177 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero

4 Cfr. Sentencia T-235 de 2000 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.