**Providencia:** Tutela del 18 de enero de 2016

**Radicación No.:** 66001-31-05-005-2015-00612-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Delfín Jaramillo Jaramillo

**Accionado:** Salud Total EPS y otros

**Juzgado de origen:** QuintoLaboral del Circuito de Pereira

Tema:

MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES A SALUD/ Prohibición a la EPS de suspender la prestación de los servicios médicos por mora atribuible al fondo de pensiones.

“(…) debe tenerse en cuenta que Delfín Jaramillo Jaramillo como parte activa de la acción pertenece al grupo de la tercera edad -72 años de edad-, situación que obliga al Estado, a través de todas sus instituciones, a brindarle un mayor cuidado y protección por su avanzada edad (…)”

“(…) al encontrarse probada la novedad de retiro de la S.O.S y la subsecuente afiliación a Salud Total, es precisamente esta última la obligada a brindarle la totalidad de los servicios médicos requeridos, no encontrándose en posibilidad de suspender el servicio como lo ha venido haciendo bajo el argumento de la mora, pues como se expresó en el acápite anterior (…) cuando se presente deuda en los aportes, la EPS no solo está facultada sino obligada a adelantar las acciones de cobro respectiva, máxime cuando la mora se produce por el empleador o la administradora pensional, sin que en ningún caso se trasladen los efectos negativos de la mora al afiliado que ha cumplido con la contraprestación a su cargo, asumiendo los descuentos a su salario o mesada pensional que la ley ha dispuesto para cubrir el riesgo de salud.

(…) tanto Salud Total como Colpensiones están en la obligación legal de desarrollar las acciones administrativas para obtener el pago de los aportes en mora por parte de la administradora pensional.”

Citas: Corte Constitucional, sentencias T-766 de 2009 y T-724 de 2014.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Enero 18 de 2016**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 3 de diciembre de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por el señor **Delfín Jaramillo Jaramillo** en contra de **Salud Total EPS** y la **Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones,** a través de la cual pretende que se ampare el derecho fundamental a la **salud.**

Se vinculó a **Servicio Occidental de Salud S.A.-S.O.S**

#### La demanda

El actor manifestó que estuvo afiliado a Servicio Occidental de Salud S.A. hasta que decidió trasladarse a Salud Total EPS el 31 de agosto de 2015 con el formulario de afiliación No. 1954548 y el pleno convencimiento de que tan solo con su firma, la entidad se encargarían de los demás trámites del traslado.

Afirmó que el 2 de noviembre del 2015 solicitó una cita médica con el fin de que se le realizará un control a su presión arterial en Salud Total EPS, misma que fue negada al argumentar que Colpensiones no había pagado los aportes correspondientes. Así al cuestionar a la administradora pensional sobre el pago de los aportes, le comunicaron que estos fueron cancelados a la S.O.S. No obstante en la S.O.S le negaron el servicio médico por cuanto ya se había informado del traslado de EPS.

Agregó que una vez puesto en conocimiento de Colpensiones el pago equivocado de los aportes, la entidad lo requirió para que allegara el certificado de retiro de la S.O.S, fotocopia de la cedula, copia de la afiliación a Salud Total EPS, formulario de novedades de la EPS y un estado de cuenta de Salud Total EPS y; le manifestó que el trámite de traslado del saldo de una EPS a otra estaría listo en 2 meses.

Con fundamento en los hechos narrados, solicitó que se ordene a Salud Total EPS que le preste los servicios médicos a los que tiene derecho por haberle descontado de su mesada pensional para tal fin, puesto que fue su negligencia al no comunicar a Colpensiones del traslado lo que generó la consignación equivocada a la antigua EPS a la que estaba afiliado.

#### Contestación de la demanda

**Colpensiones** informó que en la nómina de noviembre de 2015 se giraron los valores correspondientes al pago de la EPS Salud Total, por lo que la entidad no ha trasgredido el derecho fundamental del accionante al no ser función de la administradora pensional la prestación del servicio deprecado. Finalmente solicitó su desvinculación de la acción por falta de legitimación en la causa por pasiva.

**Salud Total EPS** manifestó que no ha negado en ningún momento los servicios de salud al actor, siempre que su afiliación a la entidad se encuentre vigente y al revisar la base de datos encontró que se encuentra en mora debido a que Colpensiones no ha pagado los meses de octubre y noviembre de 2015, por lo que solicitó que se conmine al actor a radicar en la entidad el soporte de los pagos, para que una vez cuenten con dicho soporte procedan a activar la afiliación.

Agregó que Colpensiones como responsable del pago de los aportes del señor Delfín Jaramillo Jaramillo desconoció sus obligaciones legales, generando en su afiliado la imposibilidad de acceder a los beneficios del POS. Así, peticionó que se requiera a Colpensiones para que explique las razones por las cuales no ha pagado ni reconocido los aportes adeudados de los meses de octubre y noviembre de 2015.

Una vez vinculada al proceso, **Servicio Occidental de Salud S.A.** afirmó que el señor Delfín Jaramillo Jaramillo estuvo afiliado a esa entidad desde el 17 de abril de 2001 y hasta el 31 de octubre de 2015, fecha a partir de la cual cuenta con la novedad de “retirado sin derecho a servicios por medio de Colpensiones”. No obstante la administradora pensional realizó el pago a la SOS y no a Salud Total, sin que a la fecha se haya solicitado el traslado de los aportes a la respectiva EPS, toda vez que no es potestad de la SOS trasladar los aportes por iniciativa propia, pese a ser necesario para que el usuario pueda estar activo en Salud Total. En consecuencia, solicitó negar por improcedente la acción en lo relativo a Servicio Occidental de Salud S.A.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado tuteló los derechos fundamentales a la salud y vida de Delfín Jaramillo Jaramillo y, en consecuencia, ordenó a la EPS Salud Total que disponga lo necesario para la prestación del servicio de salud del actor, atendiendo que se encuentra activo en dicha entidad. Asimismo ordenó a Colpensiones que cancele a Salud Total EPS los meses de cotización en los que se encuentra en mora y fueron efectivamente descontados de la mesada pensional del señor Jaramillo. Por último ordenó a Servicio Occidental de Salud que disponga lo necesario para la suspensión de la afiliación de Delfín Jaramillo Jaramillo y en caso de haberlo hecho ya, haga caso omiso.

Como fundamento de su decisión esgrimió que teniéndose por probado que el actor es miembro de la tercera edad y ostenta la calidad de pensionado a cargo de Colpensiones, se tiene que el señor Jaramillo padeció traumatismos por las inconsistencias en la realización del traslado y desafiliación, mismas que no tiene el deber de soportar, pues efectivamente se le han descontado de su mesada pensional los porcentajes estimados para realizar los aportes a salud, además de que padece afectaciones de salud que lo obligan a requerir controles continuos para su presión arterial.

#### Impugnación

Salud Total EPS manifestó su inconformidad con el fallo de tutela trayendo a colación los mismos argumentos que presentó en su contestación. Con relación a la inobservancia por parte de Colpensiones de su obligación legal de pagar los aportes a la salud de sus pensionados reiteró que es precisamente la mora en los aportes de los meses de octubre y noviembre de 2015 lo que impide la atención del señor Delfín Jaramillo Jaramillo. Finalmente solicitó que se revoque la orden de autorizar servicios de salud al actor y que se requiere a Colpensiones para que explique las razones por las cuales no ha pagado ni reconocido los aportes adeudados.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Se ha vulnerado el derecho a la salud del que es titular Delfín Jaramillo Jaramillo al negársele los servicios de salud bajo el argumento de encontrarse en mora en los aportes Colpensiones, como entidad encargada de realizarlos?

* 1. **Mora en el pago de los aportes y continuidad en los servicios de salud**

El derecho a la salud ha sido objeto constante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, llegando a considerarlo el alto tribunal con el rango de derecho fundamental por cuanto su garantía se encuentra íntimamente ligada a la efectividad del derecho a la vida y la dignidad humana. Asimismo le ha dado preponderancia cuando la persona que alega la vulneración ostenta una calidad que lo acredite como de especial cuidado y protección por parte del Estado. Sin embargo, en determinados casos el estudio de la Corte Constitucional se ha encaminado a determinar aspectos de apariencia netamente administrativa del sistema de salud, pero que generan traumatismo en la prestación del servicio, desconociendo el carácter fundamental del derecho a la salud previamente aludido.

De esta manera, en cuanto a la mora en el pago de los aportes a salud y la consecuente suspensión del servicio por parte de las EPS como medida de presión para asegurar el pago, ha definido la Corte Constitucional que tal medida tan solo puede aplicarse cuando no se vea interrumpido un tratamiento médico necesario para la estabilización de la salud del afiliado y cuando la mora sea atribuible al mismo cotizante; contrario sensu se afectaría el derecho a la salud de los afiliados. Basada en esta postura es que el Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla en sentencia T-766 de 2009 expresó:

*“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.*

*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.*

*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.*

*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”.”*

Igualmente, en sentencia T-724 de 2014 la Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa reiteró las anteriores consideraciones:

*“Cuando se trata de suspensión al acceso de servicios de salud de afiliados que registran mora, porque sus empleadores no han efectuado el aporte mensual al Sistema de Salud. En tales casos, la Corporación ha interpretado que las EPS deben hacer uso de la competencia para ejercer el cobro de lo debido, con base en el dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, a fin de garantizar tanto la sostenibilidad del Sistema, como asegurar el pago efectivo de los derechos amparados, y la continuidad en la prestación de los mismos. No requerir al empleador para el pago de los aportes en mora, a pesar de existir los mecanismos para hacerlo, es lo que se constituye en el allanamiento a la mora. Para la Corte, entonces, el no pago de los aportes, y de forma subsecuente, la falta de la diligencia de la entidad responsable en cobrarlos, no puede afectar los derechos del trabajador, a quien mensualmente se le han descontado las sumas legales para cubrir sus cotizaciones. Este es un caso recurrente en la jurisprudencia, no sólo frente al acceso a los servicios de salud, pero también de otras prestaciones que se derivan del Sistema, como la licencia de maternidad y las incapacidade.”*

* 1. **Caso concreto**

 En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude al mecanismo constitucional para que se proteja el derecho fundamental a la salud, toda vez que la EPS Salud Total ha negado los servicios de salud al actor bajo el argumento de encontrarse en mora de los aportes, los cuales resultan del resorte de Colpensiones, al estar Delfín Jaramillo Jaramillo pensionado por dicha entidad. Previo a desatar el problema jurídico planteado, debe tenerse en cuenta que Delfín Jaramillo Jaramillo como parte activa de la acción pertenece al grupo de la tercera edad -72 años de edad-, situación que obliga al Estado, a través de todas sus instituciones, a brindarle un mayor cuidado y protección por su avanzada edad, tal como lo acredita su cédula de ciudadanía (folio 11).

En ese orden de ideas, en cuanto a la alzada debe decirse que con las ordenes emitidas por la A-quo efectivamente se está declarando la responsabilidad de la Administradora Colombiana de Pensiones, tal como es la intención de la recurrente, toda vez que el no pago adecuado de los descuentos realizados a la mesada pensional del actor, motivaron el numeral tercero de la providencia, en el que no solo se le ordena a Colpensiones cancelar a la EPS los meses en mora, sino que además se le requiere para que en lo sucesivo sea oportuno en la consignación de los aportes, en aras de evitar un agravio al derecho a la salud del señor Jaramillo Jaramillo.

No obstante, la petición de Salud Total EPS en cuanto a revocar la orden de prestación de los servicios de salud al actor no tiene acogida por esta Colegiatura, toda vez que al encontrarse probada la novedad de retiro de la S.O.S y la subsecuente afiliación a Salud Total, es precisamente esta última la obligada a brindarle la totalidad de los servicios médicos requeridos, no encontrándose en posibilidad de suspender el servicio como lo ha venido haciendo bajo el argumento de la mora, pues como se expresó en el acápite anterior, la Corte Constitucional ha reiterado asiduamente que cuando se presente deuda en los aportes, la EPS no solo está facultada sino obligada a adelantar las acciones de cobro respectiva, máxime cuando la mora se produce por el empleador o la administradora pensional, sin que en ningún caso se trasladen los efectos negativos de la mora al afiliado que ha cumplido con la contraprestación a su cargo, asumiendo los descuentos a su salario o mesada pensional que la ley ha dispuesto para cubrir el riesgo de salud.

En efecto, del contenido de las contestaciones de la demanda se tiene que Delfín Jaramillo Jaramillo si bien estuvo inicialmente afiliado a la S.O.S, en la actualidad se encuentra vinculado a Salud Total, entidad que aceptó su afiliación mas no le presta el servicio por encontrarse en mora de los meses de octubre y noviembre pasados, situación que aunada a la certificación de pensión obrante a folio 22 y aportada por Colpensiones, en la que se demuestra que al actor se le hizo un deducido de $237.200.000 a favor de Salud Total en la nómina de noviembre, lo que permite a la Sala compartir a cabalidad el discernimiento de primer grado en cuanto al derecho que le asiste a Delfín Jaramillo Jaramillo de que le sean prestados los servicios de salud por la EPS a la cual se trasladó.

En consecuencia, procede la confirmación de la sentencia de primera instancia en el entendido de que tanto Salud Total como Colpensiones están en la obligación legal de desarrollar las acciones administrativas para obtener el pago de los aportes en mora por parte de la administradora pensional.

Con todo, y teniendo en cuenta que los aportes de salud fueron erróneamente consignados a la EPS Servicio Occidental de Salud S.A., se adicionará el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en el sentido de ordenar a dicha EPS que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reembolsar los aportes de salud que por error recibió de parte de Colpensiones para cubrir la contingencia de salud del señor Delfín Jaramillo Jaramillo con posterioridad a la desafiliación de dicho usuario de esa EPS.

Corolario de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR el** ordinal cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 3 de diciembre de 2015, en el sentido de ORDENAR a la EPS Servicio Occidental de Salud S.A., a través de su Gerente, Dr. Jesús Ayala Moreno o quien haga sus veces, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a reembolsar los aportes de salud que por error recibió de parte de Colpensiones para cubrir la contingencia de salud del señor Delfín Jaramillo Jaramillo con posterioridad a la desafiliación de dicho usuario de esa EPS.

**SEGUNDO: Confirmar** en todo lo demás la providencia impugnada.

**TERCERO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**CUARTO:**Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

**Secretaria**