

JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE IPIALES
Carrera 5 No. 18-45 Palacio de justicia Piso 2 Teléfono 7733781
J01cmpalipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co

09 de agosto de 2018

Oficio No. 1600

Señor:

SEGUNDO BELISARIO BOTINA YEPEZ

Referencia: Acción de Tutela 2018-0432

Demandante: HAROLD FERNANDO CHAVES PRADO

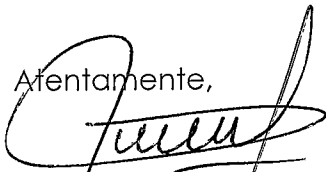
Demandados: SANITAS EPS

Cordial saludo.

Por medio del presente me permito comunicarle lo resuelto en sentencia del 09 de agosto de 2018:

"PRIMERO: Conceder amparo constitucional a los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal del ciudadano Harold Fernando Chaves Prado, con base en los motivación consignada en precedencia. SEGUNDO: En consecuencia, se ordena al representante legal de SANITAS EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, inicie las gestiones administrativas necesarias, para garantizarle a Harold Fernando Chaves Prado, el derecho a obtener la movilidad entre regímenes para acceder al servicio de salud. TERCERO: Advertir a la entidad accionada, que no incurra en las mismas conductas que dieron lugar a la concesión del presente amparo, y que en caso renuencia puede incurrir en desacato. CUARTO: Notifíquese la presente providencia a las partes por el medio más rápido y eficaz, Ejecutoriada esta decisión, remítase a la Corte Constitucional para eventual revisión."

Atentamente,



CARLOS EDUARDO RUIZ VELASCO
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL

Nueve (09) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

I. OBJETO DEL PRONUCIAMIENTO.

Resolver sobre la acción de tutela promovida por HAROLD FERNANDO CHAVES PRADO, en contra de SANITAS EPS.

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS TUTELADOS:

Considera el señor HAROLD FERNANDO CHAVES PRADO, que SANITAS EPS le vulnera el derecho fundamental a la SALUD, VIDA DIGNA E INTEGRIDAD PERSONAL.

II. ANTECEDENTES.

Afirma el accionante que el 15 de enero de 2015, fue contratado como obrero de construcción por el señor SEGUNDO BELISARIO BOTINA YEPEZ, razón por la que fue afiliado para salud, en la EPS SANITAS.

Señala que al pretender movilizarse entre regímenes, Sanitas negó la solicitud bajo el supuesto que su empleador debe registrar la novedad de retiro y pagar lo adeudado ya que no está al día en el pago de aportes.

Manifiesta que no puede hacer gestión alguna, porque, desconoce el paradero de su antiguo empleador, y en el momento no cuenta con los recursos suficientes para pagar la suma adeudada.

ACTUACION ADELANTADA

Admitida la solicitud de amparo, bajo la consideración del desconocimiento del paradero del accionado, fue requerida su comparecencia a través de anuncio divulgado en la página virtual de la Rama Judicial, entendiéndose así su vinculación formal al presente trámite, los restantes accionados, y vinculados fueron notificados debidamente.

INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADAS

EPS SANITAS

Manifestó que el accionante se encuentra vinculado con la EPS, y que a la fecha reporta mora en el pago, pues está afiliado en el régimen contributivo, aunado a ello aduce que la EPS SANITAS. no puede proceder a la movilidad de regímenes en tanto no se cumplan con los requisitos establecidos por la ley, siendo así que lo movilidad sólo se puede dar para los usuarios focalizados en los niveles 1 y 2 del SISBEN.

Finalmente enfatizan en el pago de la mora para proceder a levantar la suspensión y proceder al retiro del accionante de su base de datos.

SECRETARIA DE SALUD DEL MUNICIPIO DE IPIALES.

Aduce que para que se dé la movilidad del accionante es necesario que el empleador manifieste la novedad de retiro, y se ponga al día con el pago de los aportes, aclara también que para que se dé la movilidad la persona que lo solicita debe estar incluida en el Sisben.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ACCION SOCIAL

Pone de presente que revisada la base de datos del SISBEN, el accionante tiene la ficha No. 13208 con un puntaje del 49.38, que lo faculta para realizar la movilidad entre regímenes en la EPS SANITAS.

PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN

Corresponde al Despacho conocer de la presente acción en virtud de lo dispuesto en el ordinal 2, del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo indicado en el Decreto 1382 de 2000, que asigna el reparto de esta clase de solicitudes a los juzgados de categoría municipal.

LEGITIMIDAD DE LAS PARTES

El artículo 86 de la Constitución Política, prevé la acción de tutela contra particulares, cuando estén encargados de la prestación de un servicio público, o que su conducta afecte al solicitante quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión; el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, obra en similar sentido, y señala que frente a esas circunstancias constituye un mecanismo judicial excepcional, sobre este tema la Corte constitucional, en sentencias T- 1302 de 2005 y T-791 de 2009, expresó:

"3.3 La jurisprudencia constitucional ha señalado que las grandes diferencias entre lo público y lo privado son cada vez menores, de tal forma que en la actualidad, la violación de los derechos fundamentales no solo puede provenir del Estado, sino también, de los particulares, concretamente cuando llevan a cabo actividades que los ubican en una posición de superioridad frente a la comunidad, lo que implica el reconocimiento de que las relaciones entre estos sujetos no siempre se desarrollan en planos de igualdad."

Y sobre la subordinación e indefensión, en sentencia T-290 del 28 de julio de 1993, concluyó:

"Entiende esta Corte que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate."

Para el presente caso la subordinación se infiere de la relación existente el actor y la accionada, que si bien se trata de una entidad particular, cumple funciones inherentes a la finalidad del Estado, dada su situación de concesionaria del sistema de seguridad social en salud, en la que ostenta el rango de administradora, y el demandante se ubica como usuario, administrado.

PROBLEMA JURÍDICO.

¿Concurren en el *subexamine* los presupuestos para que el accionante, ejerza su derecho a la movilidad entre regímenes, no obstante los reparos expresados por la accionada Eps Sanitas?

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La seguridad social como garantía establecida en la Carta Política de 1991, posee doble connotación, pues, tiene el carácter de derecho y a su vez de servicio público obligatorio.

Las personas que poseen los ingresos para cotizar en el régimen contributivo de salud, deben sufragar sus aportes directamente o a través de su empleador para recibir los servicios médicos por parte de la entidad promotora de salud de su elección, la cual asumirá la garantía de su derecho y la prestación del servicio a ellos y a sus familiares.

Cuando el trabajador que cotiza en régimen contributivo deja de pagar debidamente sus cuotas, atenta contra la buena prestación del servicio y sostenibilidad fiscal del sistema que debe en gran parte su funcionamiento a las participaciones de los usuarios.

Por ese motivo, la EPS puede hacer uso de la figura de la "suspensión de la afiliación", establecida en el Artículo 209 de la Ley 100 de 1993, "*SUSPENSIÓN DE LA AFILIACIÓN. 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.*", y que fue reglamentada en el Artículo 57 del Decreto 806 de 1998.

Al respecto se pronunció la Corte, en sentencia de constitucionalidad C-177 de 1998, en la que declaró la exequibilidad condicional del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que la suspensión de la afiliación, podrá ser aplicada a los afiliados al régimen contributivo vinculados como trabajadores independientes, con relación a los asalariados y servidores públicos; aclaró que no resulta razonable la suspensión de la afiliación, sin embargo, puede la EPS interrumpir los servicios de salud, asumiendo el empleador la obligación de prestarlos tanto al trabajador como a su grupo familiar.

En suma, si bien la seguridad social y la prestación del servicio de salud constituyen un derecho para los ciudadanos, también tienen éstos la obligación de realizar las respectivas cotizaciones, pues de no hacerlo estarían atentando contra la calidad del servicio y la estabilidad del sistema, facultando a las entidades promotoras de salud para suspender los servicios.

La suspensión del servicio frente al principio de continuidad

En virtud del principio de continuidad del servicio de salud, cuando las personas son objeto de tratamientos cuya interrupción puede poner en peligro sus vidas y que adicional a esto no poseen la capacidad económica para sufragar de manera particular el costo de tales tratamientos, la suspensión del servicio resulta atentatoria a sus derechos fundamentales.

La aplicación de este principio está condicionada a la afectación que por la suspensión se pueda ocasionar a la salud y la vida del paciente.

En conclusión, para reclamar la continuidad de la prestación del servicio médico, aún estando suspendido por mora, es necesario probar que la persona está recibiendo un tratamiento o procedimiento que no es susceptible de interrupción, y que no puede costearlo particularmente, porque de lo contrario vería afectado su mínimo vital.

Al abordar el caso concreto se determinará la concurrencia de estos requisitos.

CASO CONCRETO.

Se advierte la negativa de un traslado entre regímenes de un usuario de la Eps Sanitas, bajo los supuestos, de no encontrarse el empleador al día con el pago de las cotizaciones, aportes que como expone el accionante, no está en condiciones de sufragar, pues en el momento atraviesa una difícil situación económica, y desconoce el paradero de su antiguo empleador.

No hay que perder de vista que, para materializar los principios de accesibilidad, libre escogencia, continuidad, solidaridad, obligatoriedad y universalidad, en la actualidad se cuenta con variados instrumentos, entre estos, la *movilidad* entre regímenes y el *traslado* entre EPS.

El artículo 2.1.1.3, y el capítulo VII del Decreto 780 de 2016, establecen la distinción entre movilidad y traslado, tratándose entonces de dos figuras diferentes, pero permiten el acceso a los servicios de salud.

El traslado consiste en el derecho del cual gozan los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pertenecientes tanto al régimen contributivo, como al subsidiado, para cambiar la entidad promotora del servicio de salud, a la que estén afiliados, una vez cumplan el tiempo mínimo de permanencia.

Por su parte, la movilidad permite a los usuarios del sistema continuar en la misma EPS cuando por circunstancias económicas, como la pérdida de la calidad de cotizante, o la adquisición de recursos para adquirirla, es obligatorio el cambio de régimen.

En ese sentido para que opere la movilidad entre regímenes, se tendrán en cuenta los siguientes requisitos:

(i) *Pertenecer a los niveles I y II del Sisbén o hacer parte de las comunidades indígenas, población desmovilizada, población rom, personas incluidas en el programa de protección de testigos o ser víctimas del conflicto armado.*

(ii) *Haber solicitado la movilidad ante la EPS¹.*

Se tiene entonces, que la movilidad entre regímenes está dirigida a otorgar una mayor protección del derecho fundamental a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social, pues para no comprometer la continuidad del servicio de salud de aquellos afiliados que pierden su condición de cotizantes del régimen contributivo, pero pertenecen al nivel I y II del Sisbén como en el presente caso (fls. 36-50) o para aquellas poblaciones especiales que no cuenten con los recursos para afiliarse en el régimen contributivo, se prevé la permanencia en la misma EPS.

¹ Artículo 2.1.7.8 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016

Para el asunto bajo estudio se advierte, que el accionante ha manifestado su deseo de efectuar la movilidad entre regímenes, encontrándose con la negativa de su EPS, al afirmar, que hasta tanto no se encuentre a paz y salvo, con la mora en el pago de las cotizaciones, no podrá proceder a evaluar la novedad por él presentada, sin considerar que la mora no corresponde al no pago del usuario, sino, al incumplimiento de las obligaciones propias del empleador, dicho que se presume cierto, ya que la EPS accionada, encontrándose en mejor posición jurídica, no agotó la carga de la prueba para desvirtuar esta premisa, situación que evidencia que el responsable de la mora en el pago de aportes no es el accionante, sino, su antiguo empleador, y ese hecho lo releva de asumir cargas administrativas y económicas que no está en la obligación de asumir.

En consecuencia, y advirtiendo de antemano las peculiaridades del presente caso, debe conminarse a la EPS, para que en ejecución de la movilidad, se abstenga de efectuar acto alguno que llegue a comprometer la continuidad, eficiencia, solidaridad y universalidad del servicio de salud, pues la falta a la obligación y responsabilidad de pago de estas cotizaciones se encontraba en cabeza del empleador, de quien se desconoce el paradero, y la única información que pudo obtener el despacho es su afiliación en estado activo a la NUEVA EPS, (fls. 54), debiendo entonces la promotora de salud accionada, ejecutar contra aquel como deudor, las acciones administrativas correspondientes.

Desconocer entonces la responsabilidad del empleador frente a los aportes en salud, y la mora que esto conllevó sería premiar la irresponsabilidad, y el poco compromiso del empleador frente a sus empleados, situación que haría más gravosa la situación del trabajador, pues la omisión por parte del empleador en la solución de los aportes a salud, puede llegar a afectar el derecho a la salud, y la vida digna del trabajador, pues del pago oportuno que se haga de los mismos depende directamente el reconocimiento de la atención médica.

Así, pues en innumerables fallos de tutela se ha expresado que las EPS no puede negar la atención en salud a sus usuarios argumentando el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al trabajador se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual, y no resulta justo que deba soportar tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador y por la cual aquel debe responder.

En armonía con lo anterior, la sentencia C-177 de 1998 ya citada sostuvo sobre el incumplimiento patronal:

“En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado”.

“Dicho de otra forma, retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez”.²

Ahora bien, con el fin de evitar que la mora en el pago de los aportes pueda afectar directamente los derechos fundamentales del accionante,

² En este sentido se puede consultar, entre otras, las sentencias T-334 de 1997 y T-553 de 1998.

el legislador ha consagrado mecanismos para que las entidades administradoras cobren, recauden aquellos, y además, sancionen su pago extemporáneo, como medio para corregir el funcionamiento del sistema de seguridad social integral y no desproteger al afiliado. Así, los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, consagran mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora, y las acciones de cobro contra el empleador.

De lo expuesto, resulta claro entonces, que la ley atribuye claramente a las EPS la función de exigir al patrono el pago de los aportes a salud, para solventar las situaciones en mora, y para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia para conjurar esa atribución.

Además de lo anterior, tampoco les es dable a tales entidades, hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes, toda vez que, no obstante, la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades responsables, al trabajador se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, por lo cual se encuentra ajeno a dicha situación de mora.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Ipiales, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Conceder amparo constitucional a los derechos fundamentales a la *salud, vida digna e integridad personal* del ciudadano Harold Fernando Chaves Prado, con base en los motivación consignada en precedencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena al representante legal de SANITAS EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, inicie las gestiones administrativas necesarias, para garantizarle a Harold Fernando Chaves Prado, el derecho a obtener la movilidad entre regímenes para acceder al servicio de salud.

TERCERO: Advertir a la entidad accionada, que no incurra en las mismas conductas que dieron lugar a la concesión del presente amparo, y que en caso renuencia puede incurrir en desacato.

CUARTO: Notifíquese la presente providencia a las partes por el medio más rápido y eficaz, Ejecutoriada esta decisión, remítase a la Corte Constitucional para eventual revisión.

CÚMPLASE



Campo Elías CORDOVA ARTIAS
Juez