

DERECHO A LA SALUD - Adquiere relevancia para su protección cuando la desatención de una patología amenaza con poner en peligro la vida / PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD - Es deber del Estado brindar mayor énfasis a la protección del acceso a la salud

En reiteradas oportunidades, se ha dicho que en los casos en que se presenta conexidad o un vínculo entre el derecho a la salud y algún derecho fundamental, el primero adquiere dicho carácter, por tanto, permite que la acción de tutela sea instaurada para solicitar su amparo. En otras palabras, el derecho a la salud adquiere relevancia para su protección por parte del juez constitucional cuando la desatención de una patología amenaza con poner en peligro la vida. Coherentemente, para garantizar el goce del derecho a la salud es necesario permitir que los afiliados al sistema general de seguridad social cumplan sus obligaciones, especialmente, el pago de los aportes, pues, dada la solidaridad en la que se funda el mencionado sistema, es necesario que concurren para su financiación todas las personas que tengan la obligación de afiliarse (Ley 100 de 1993 [2]). Igualmente, con base en el principio de la universalidad (ibídem), es deber del Estado brindar un mayor énfasis a la protección del acceso a la salud para aquellos sectores de la población que, por sus condiciones económicas, se encuentran en estado de indefensión, de manera que es ineludible remover la barreras que impidan el goce del servicio de salud, especialmente cuando éstas sean de índole económico.

DERECHO A LA SALUD - No se puede vulnerar el acceso a éste por el no pago de aportes en la seguridad social a través de la PILA / PILA - Este mecanismo no puede vulnerar el Derecho a la Salud

De manera que un trámite administrativo, como el pago de los aportes en salud mediante la PILA, mecanismo que exige simultáneamente cotizaciones para pensión, no puede desconocer la relevancia del derecho a la salud, por cuanto no resulta ajustado a la Constitución (art. 11 y 48) que a una trabajadora independiente de bajos ingresos se le imponga una carga adicional, que restringe el acceso al mencionado derecho y, en razón de ello, pone en riesgo la vida. Ahora bien, en casos similares al sub lite, el Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección “B” y la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal han precisado que conforme al artículo 3 del Decreto 3085 de 2007, norma que regula el pago de los aportes de los trabajadores independientes a través de la PILA, éstos pueden eximirse de la obligación de aportar en pensión cuando sus ingresos económicos son insuficientes. Conforme a esta norma la actora puede entregar a la EPS una declaración sobre su ingreso base de cotización (IBC), documento con el que puede demostrar que sus ingresos no le permiten aportar en pensiones; no obstante, la presentación de dicha declaración no garantiza el acceso inmediato al servicio de salud, pues, ante la imposibilidad de hacer el pago a través de la PILA, la demandante se encuentra en mora en el pago de sus aportes en salud. En este orden de ideas, las alternativas enunciadas no son un mecanismo inmediato para garantizar el acceso a la actora y a su núcleo familiar al servicio de salud, máxime, si se tiene en cuenta que ésta es madre cabeza de familia de tres hijos, no cuenta con los recursos necesarios para sufragar los aportes en salud y pensión, toda vez que sus ingresos mensuales equivalen a un salario mínimo -\$461.500- y la erogación a su cargo, por concepto de dichos aportes, es de \$131.540, cantidad de dinero que afecta el cubrimiento de otras necesidades como la vivienda y alimentación. Por tanto, como se concluye que en el asunto bajo estudio la tutela es procedente y que existe una amenaza real al derecho a la salud de la actora, toda vez que no ha podido realizar los aportes al

sistema de seguridad social, se revocará la providencia del a quo y se amparará el mencionado derecho.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00195-01(AC)

Actor: MARIA ISABEL GIRALDO ARRUBLA

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL Y OTRO.

FALLO

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la accionante contra la sentencia de 11 de agosto de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

1. ANTECEDENTES

Maria Isabel Giraldo Arrubla, en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad **Anderson Arrubla Giraldo**, **Neider Arrubla Giraldo** y **Yeniffer Arrubla Giraldo**, instauró acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social y la Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud (EPS SOS), por cuanto, en su sentir, le vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social y salud en conexidad con la vida (fls. 16 a 25).

2. PETICIÓN

La actora solicitó que se le protegieran los derechos fundamentales mencionados, para la cual pidió que se ordenara a la EPS SOS permitir el pago de los aportes en salud, mediante un mecanismo distinto a la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), pues, en ésta se le exige aportar al sistema general de pensiones.

También demandó que no se suspendiera la atención en salud para ella y su núcleo familiar, y, que para la liquidación del aludido pago no se cobraran intereses moratorios ni se declarara interrupción o solución de continuidad en la afiliación al sistema de salud, dado que la demora en el pago de las cotizaciones es una situación atribuible exclusivamente al Ministerio de la Protección Social.

Como medida previa pidió que se ordenara a la EPS continuar con la prestación del servicio de salud.

La accionante fundamentó su petición en los hechos que se compendian así (fls 16 a 19):

2.1. Es madre cabeza de familia y tiene a su cargo tres hijos menores de edad.

2.2. Se dedica al comercio informal, actividad de la que obtiene los recursos económicos para el sustento de su núcleo familiar; éstos ascienden a un salario mínimo mensual aproximadamente.

2.3. Hace tres años se afilió a la EPS SOS como trabajadora independiente. Desde que se vinculó al sistema general de salud ha pagado los aportes, sin que para ello se le exija cotizar al sistema de pensiones.

2.4. Su hijo, Neider Arrubla de 11 años, se encuentra en tratamiento por hipertiroidismo y requiere atención en neurología.

2.5. En mayo de 2008 la EPS le informó que en lo sucesivo debía realizar los aportes a través de la Planilla Integrada de Liquidación (PILA), de manera que era necesario que se afiliara al sistema general de pensiones y que aportara a éste.

2.6. El 23 de mayo de 2008 formuló recurso de reposición y subsidiario de apelación contra la decisión de la EPS; hasta la fecha aquél no ha sido resuelto.

2.7. En julio de 2008 fue a la oficinas de la EPS a solicitar la planilla de autoliquidación para pagar los aportes, allí le indicaron que dicho pago debía hacerlo mediante la PILA y por la Internet. En consecuencia, intentó realizar el

aporte por el citado medio sistema informático, pero éste le exigió realizar cotizaciones para pensión.

2.8. Como sus ingresos no superan los \$461.500, de los cuales debe destinar \$57.700 para aportar en salud, no tiene capacidad para pagar \$73.840 al sistema de pensiones, toda vez que ambas cotizaciones equivalen a \$131.540, suma de dinero que, dadas sus responsabilidades, es imposible de asumir.

2.9. Una vez más, se dirigió a la EPS para que le informaran que podía hacer para que sus hijos no quedaran sin servicio de salud, empero, como respuesta se le indicó que obligatoriamente debía realizar los aportes a través de la PILA, es decir, pagar salud y pensión.

2.10. A su juicio, la PILA perjudica a los trabajadores independientes de bajos ingresos, dado que los obliga a aportar dineros al sistema general de seguridad social en cuantía superior a su capacidad económica, de manera que los obliga a salirse de dicho sistema o a sacrificar necesidades básicas como la alimentación o vivienda.

3. OPOSICIÓN

3.1. El Director de la Seccional de Caldas de la EPS SOS solicitó que se denegara la tutela por improcedente, como quiera que la entidad actuó según la normatividad del sistema de seguridad social.

Indicó que la accionante, afiliada a la EPS como cotizante independiente, pretende continuar el pago de los aportes a través de la planilla de autoliquidación, esto es, mediante un mecanismo diferente al de la PILA, circunstancia que conforme al Decreto 1670 y las Resoluciones 634 de 6 de marzo de 2006 y 1747 de 21 de mayo de 2008 del Ministerio de la Protección Social es jurídicamente inviable, por cuanto, a partir del 1 de julio de este año, los aportes al sistema de seguridad social se deben hacer mediante la mencionada planilla.

Concluyó que todos los obligados a aportar al régimen contributivo en salud, es decir, los empleadores, trabajadores independientes, entre otros, tienen la obligación de acogerse al nuevo sistema de recaudo para cotizaciones, pues, es el la única manera de garantizar la ampliación de la cobertura y eficiencia del sistema de seguridad social (fls. 34 a 36).

3.2. La Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de la Protección Social, en escrito extemporáneo, solicitó que se declarara que la entidad no vulneró los derechos a la vida, igualdad y seguridad social de la actora.

Adujo que el derecho a la salud sólo tiene el carácter de fundamental cuando de su afectación se desprende una amenaza directa al derecho a la vida, de manera que, únicamente en estos casos la tutela es el mecanismo idóneo para su protección.

Argumentó que el sistema de seguridad social se rige bajo los principios de universalidad y solidaridad, conforme a los cuales se busca brindar cobertura a toda la población, mediante la financiación del Estado y la concurrencia de las personas con capacidad económica para aportar; en consecuencia, es obligación del Ministerio implementar sistemas eficientes para la recaudación de recursos como la PILA.

Señaló que con la iniciativa del Gobierno Nacional se tramita el Proyecto de Ley 26 de 2007 en el Senado, a través del cual se busca reformar el artículo 19 de la Ley 100 de 1993, para permitir que los trabajadores independientes afiliados al sistema de seguridad social, que no tengan capacidad económica, únicamente aporten para salud (fls. 46 a 55).

4. EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Caldas en auto de 31 de julio de 2008, accedió a la solicitud de medida previa de la actora y ordenó a la EPS continuar con la prestación del servicio de salud, especialmente, al menor Neider Arrubla (fls. 28 a 32).

En fallo de 11 de agosto de 2008 revocó la medida previa y denegó la tutela.

De la valoración probatoria que realizó, concluyó que, según el carné de afiliación a la EPS, la actora no tiene la condición de cotizante sino de empleada, de manera que le corresponde a la empleadora pagar los aportes en salud a través de la PILA.

Por lo anterior, consideró que no había vulneración a los derechos fundamentales y que los hechos narrados en la solicitud de tutela no eran ciertos (fls. 38 a 45).

5.- IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó la anterior sentencia, para lo cual adujo que:

La conclusión del Tribunal sobre su condición de empleada es falsa, pues, si bien es cierto, en el carné de afiliación figura como empleada de Claudia Patricia Cardona Meza, esta circunstancia antecedió a su última afiliación a la EPS, es decir, al 1 de octubre de 2005, cuando ingresó al sistema general de salud como trabajadora independiente. Para sustentar esta afirmación anexó el original del formulario de afiliación a la EPS SOS (fl. 58).

6.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La procedencia de la acción de tutela, por mandato constitucional (artículo 86 [4] C.P.), está condicionada, entre otras exigencias, a que no se disponga de otro medio de defensa judicial, es decir, se trata de una acción subsidiaria, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otros términos, en virtud de su carácter residual, la tutela no puede ser utilizada para reemplazar otras acciones, procedimientos o trámites establecidos para la defensa de los derechos ni siquiera con la excusa de que éstos son demasiado engorrosos o demorados. Si esto no fuera así, desaparecerían todas las acciones judiciales y la de tutela se tornaría en el único medio para controvertir cualquier diferencia.

Además, la acción de tutela se caracteriza por ser personal, esto es, únicamente puede ser interpuesta por quien tenga interés en la protección de su derecho o por su representante (artículo 86 [1] *ibídem*). Así mismo, debe tenerse en cuenta que el procedimiento es preferencial y sumario; el juez está facultado para proteger el derecho de manera efectiva, a través de órdenes que debe cumplir la persona frente a la cual se pide la tutela, no como restablecimiento del derecho, para lo cual existen las acciones correspondientes, sino como mecanismo para la inmediata garantía del derecho; cuando la situación deba resolverse por procedimiento ordinario, la protección que se otorgue mediante la

tutela es de naturaleza transitoria; finalmente, si la protección que se solicita tiene que ver con hechos o situaciones cumplidas, consumadas e irreversibles, la acción procedente no es la de tutela sino la de reparación por la vía ordinaria, si a ésta hubiere lugar.

En el caso concreto, la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social y salud en conexidad con la vida; en consecuencia, pide que se ordene a la EPS SOS permitir el pago de los aportes en salud a través de un mecanismo diferente a la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), pues en ésta se le exige pagar aportes al sistema general de pensiones.

También demanda que no se suspenda la atención en salud para ella y su núcleo familiar, y, que para la liquidación del aludido pago no se cobren intereses moratorios ni se declare interrupción o solución de continuidad en la afiliación al sistema de salud, pues, la demora en el pago de las cotizaciones es una situación atribuible exclusivamente al Ministerio de la Protección Social.

Se advierte que el análisis probatorio que hizo el *a quo* fue insuficiente, pues, con fundamento exclusivo en la fotocopia del carné de la EPS de la actora no podía establecer que ésta se encontraba afiliada al sistema general de salud como empleada y no como trabajadora independiente; además, esta circunstancia no estaba en discusión.

En efecto, la citada EPS, en su oposición a la demanda, manifestó que la accionante tenía la condición de trabajadora independiente (fl. 34).

Aunado a lo anterior, es claro que la demandante está afiliada al sistema general de salud en la condición que alegó en la demanda, como se infiere del formulario que se encuentra en el folio. 58.

De otra parte, se precisa que no le corresponde al juez de tutela analizar la legalidad de los Decretos 1465 de 2005 y 1931 de 2006, ni de las Resoluciones 634 de 6 de marzo de 2006 y 1747 de 21 de mayo de 2008 del Ministerio de la Protección Social, actos mediante los cuales se adoptó el sistema de recaudo de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA); tampoco, pronunciarse

sobre la legalidad del Decreto 3085 de 2007, que regula la forma en la que los trabajadores independientes deben pagar los aportes en seguridad social través de dicho sistema.

Sin embargo, en el asunto bajo estudio, es necesario estudiar la constitucionalidad de las citadas normas frente a los derechos que la accionante considera vulnerados.

En reiteradas oportunidades¹, se ha dicho que en los casos en que se presenta conexidad o un vínculo entre el derecho a la salud y algún derecho fundamental, el primero adquiere dicho carácter, por tanto, permite que la acción de tutela sea instaurada para solicitar su amparo. En otras palabras, el derecho a la salud adquiere relevancia para su protección por parte del juez constitucional cuando la desatención de una patología amenaza con poner en peligro la vida.

Coherentemente, para garantizar el goce del derecho a la salud es necesario permitir que los afiliados al sistema general de seguridad social cumplan sus obligaciones, especialmente, el pago de los aportes, pues, dada la solidaridad en la que se funda el mencionado sistema, es necesario que concurren para su financiación todas las personas que tengan la obligación de afiliarse (Ley 100 de 1993 [2]).

Igualmente, con base en el principio de la universalidad (*ibídem*), es deber del Estado brindar un mayor énfasis a la protección del acceso a la salud para aquellos sectores de la población que, por sus condiciones económicas, se encuentran en estado de indefensión, de manera que es ineludible remover la barreras que impidan el goce del servicio de salud, especialmente cuando éstas sean de índole económico².

De manera que un trámite administrativo, como el pago de los aportes en salud mediante la PILA, mecanismo que exige simultáneamente cotizaciones para pensión, no puede desconocer la relevancia del derecho a la salud, por cuanto no resulta ajustado a la Constitución (art. 11 y 48) que a una trabajadora independiente de bajos ingresos se le imponga una carga adicional, que restringe

¹ Ver entre otras, sentencia de 17 de julio de 2008, Exp. 2008-00532-01. C.P. doctor Héctor J. Romero Díaz.

² En ese mismo sentido, ver sentencia de 25 de septiembre de 2008, Exp. 2008-000350-01, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve.

el acceso al mencionado derecho y, en razón de ello, pone en riesgo la vida³.

Ahora bien, en casos similares al *sub lite*, el Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección “B”⁴ y la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal-⁵, han precisado que conforme al artículo 3 del Decreto 3085 de 2007⁶, norma que regula el pago de los aportes de los trabajadores independientes a través de la PILA, éstos pueden eximirse de la obligación de aportar en pensión cuando sus ingresos económicos son insuficientes.

Conforme a esta norma la actora puede entregar a la EPS una declaración sobre su ingreso base de cotización (IBC), documento con el que puede demostrar que sus ingresos no le permiten aportar en pensiones; no obstante, la presentación de dicha declaración no garantiza el acceso inmediato al servicio de salud, pues, ante la imposibilidad de hacer el pago a través de la PILA, la demandante se encuentra en mora en el pago de sus aportes en salud.

En cuanto al proyecto de ley que cursa en el Congreso de la República (Senado 26 de 2007 y Cámara de Representantes 121 de 2007), cuyo objeto es reformar el artículo 19 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual “[...] *no estarán obligados a cotizar para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones [...]*” las personas cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un salario mínimo⁷; se infiere que aquél es una simple expectativa que no remedia la situación de la actora, ni le permite un ingreso inmediato al servicio de salud.

En este orden de ideas, las alternativas enunciadas no son un mecanismo inmediato para garantizar el acceso a la actora y a su núcleo familiar al servicio de salud, máxime, si se tiene en cuenta que ésta es madre cabeza de familia de tres hijos, (fls. 1 a 3) no cuenta con los recursos necesarios para sufragar los aportes en salud y pensión, toda vez que sus ingresos mensuales equivalen a un salario mínimo -\$461.500- (fl. 18) y la erogación a su cargo, por concepto de dichos

³ Ver en el mismo sentido salvamento de voto de la doctora Martha Sofía Sanz Tobón. Auto de 28 de agosto de 2008, Exp. 2008-00217.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Tutela 254, M.P. doctor Alfredo Gómez Quintero.

⁶ Artículo 3 del Decreto 3085 de 2007: “**Otras Condiciones para los trabajadores independientes con ingresos de un (1) salario mínimo legal mensual.** Los trabajadores independientes, que no estén vinculados a contratante alguno mediante contratos de trabajo, como servidores públicos o mediante contratos de prestación de servicios u otros de similar naturaleza, que carezcan del ingreso exigido para afiliarse a los Regímenes Contributivos del Sistema de Seguridad Social Integral y, a pesar de ello, se afilien al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para los efectos del presente Decreto, deberán presentar su declaración anual de IBC ante la Entidad Promotora de Salud, EPS, en la que se encuentran afiliados, precisando por lo menos los siguientes aspectos: nombre y apellidos completos, sexo, fecha de nacimiento, identificación, tipo de cotizante, actividad económica de la cual deriva sus ingresos, datos de su residencia, nivel educativo. Esta declaración deberá estar suscrita por el trabajador independiente (...)”.

⁷ Senado de la República, Proyecto de Ley 26 de 2007.

aportes, es de \$131.540, cantidad de dinero que afecta el cubrimiento de otras necesidades como la vivienda y alimentación.

Por tanto, como se concluye que en el asunto bajo estudio la tutela es procedente y que existe una amenaza real al derecho a la salud de la actora, toda vez que no ha podido realizar los aportes al sistema de seguridad social, se revocará la providencia del *a quo* y se amparará el mencionado derecho.

En consecuencia, se ordenará a la EPS accionada que garantice el servicio de salud para la actora y su grupo familiar ,y, que habilite como sistema de pago de aportes la planilla de autoliquidación, puesto que este era el mecanismo que aquélla utilizaba. No obstante, se conminará a la accionante, para que dentro de un término prudencial de treinta (30) días hábiles, haga uso del mecanismo previsto en el artículo 3 del Decreto 3085 de 2007, esto es, que presente a la mencionada EPS la declaración de ingreso base de cotización (IBC), con los documentos previstos en la norma.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. **Revócase** la sentencia de 11 de agosto de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, dentro de la acción de tutela de **María Isabel Giraldo Arrubla** contra la **Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud EPS SOS y el Ministerio de la Protección Social**.

En su lugar:

a. **Ampárese** el derecho a la salud de la actora y **ordénase** a la EPS accionada que garantice el servicio de salud para la actora y su grupo familiar; también, que habilite como sistema de pago de aportes la planilla de autoliquidación, puesto que este era el mecanismo que aquélla utilizaba.

b. **Conmínase** a la accionante, para que dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, presente a la

EPS accionada la declaración de ingreso base de cotización (IBC), prevista en el artículo 3 del Decreto 3085 de 2007, y los documentos necesarios para ésta.

2. Remítase esta sentencia a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha-

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ
Presidente de la Sección

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

