

CONCEPTO 9463 DE 2005

(junio 28)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

PARA: Doctora Martha Isabel Garavito Linares

Directora Jurídica Seccional Cundinamarca

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: DJS – 017 – 2005 - 1421

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual solicita pronunciamiento con el fin de solucionar la autorización de prestación de los servicios médicos al afiliado Luis Alvaro Perdomo Molano, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 11.425.654, el cual se encuentra hospitalizado en la Clínica San Pedro Claver y hasta el momento no ha recibido atención médica, por cuanto existen meses de mora en el pago de los aportes por parte de la empresa Intercontinental de Aviación S.A. Inter. S.A. en Liquidación Obligatoria.

Sobre el particular, el artículo [81](#) del Decreto 806 de 1998 estatuye:

“Cuando un trabajador requiera atención médica y su afiliación se encuentre suspendida por causa del no pago por parte del empleador, éste deberá asumir totalmente el costo de dicha atención o cancelar el valor total de las cotizaciones atrasadas **respecto de la totalidad de sus trabajadores.**”

En aplicación del precepto citado, por ministerio de la ley la EPS no puede aceptar el pago parcial de aportes al Sistema de Salud por un trabajador para que sólo este puede acceder a los servicios, porque además de contravenir esta norma, la EPS estaría permitiendo la violación de los Derechos Constitucionales a la Igualdad y a la Seguridad Social, contenidos en los artículos [13](#) y [48](#) de nuestra Carta Fundamental.

Ahora bien, es suficientemente sabido que en el proceso de liquidación forzosa administrativa "el bien jurídico más importante a proteger es el de la igualdad de los acreedores" (sentencia C-403 de 2001), lo que se conoce como el principio par conditio creditorum (igualdad entre los acreedores en los procesos liquidatorios). Las consecuencias que este objetivo trae consigo se traducen en que los activos de la empresa en liquidación se convierten en prenda común de todos los acreedores, y que ante la insuficiencia de activos, los derechos de los acreedores se satisfacen a prorrata, es decir, a través de la llamada "comunidad de pérdidas".

Estos parámetros operan como regla general para todos los acreedores, excepto, cuando se está ante créditos derivados de acreencias laborales, dado que en estos casos, dicha clase de acreencias goza no sólo de la prelación o privilegio reconocido por la ley, sino que, inclusive, cuando se está ante una mora en el pago oportuno de mesadas pensionales o en el pago de

salarios, y éstos constituyen "la única fuente para satisfacer las necesidades personales y familiares" (SU-995/99), el juez de tutela puede amparar el pago oportuno, no obstante que la empresa responsable del pago se encuentre en proceso concursal.

Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional en Sentencia T-1217 de 2000 unificó recientemente su criterio en relación con la mora en el pago de los aportes a salud por parte del empleador – Protección del derecho a la Seguridad Social, indicando para ello:

“...que en el evento en que el empleador no cancele puntualmente los aportes a la correspondiente empresa de salud, deberá asumir de forma directa todos los riesgos que con su omisión se generen, de tal forma que tendrá que correr por su cuenta, con todos los gastos que con ocasión de la prestación del servicio de salud requiera eventualmente el accionante, por cuanto éste no puede padecer los problemas que sin su culpa, atraviesa la empresa”.

Con respecto a la suspensión de servicios de salud por parte de las EPS, a los trabajadores de las empresas en liquidación que no cancelan en forma oportuna los aportes al Sistema, la Corte Constitucional en Sentencia T 004 del 15 de Enero de 2001, en la parte pertinente expuso:

“8. ¿La prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por un paciente afiliado al régimen contributivo del S.G.S.S.S. por cuenta de una empresa actualmente en liquidación obligatoria y que requiere de una intervención quirúrgica, cuya afiliación se encuentra suspendida, se encuentra a cargo del empleador o de la respectiva E.P.S.?”

Para responder el anterior interrogante, es necesario hacer referencia a la jurisprudencia de la Corporación, que ha sostenido que entratándose de afiliados al régimen contributivo en calidad de trabajadores dependientes y frente a la prestación de los servicios médico-asistenciales derivados del POS, existe una responsabilidad compartida entre los empleadores y las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud. Lo anterior bajo el entendido de que las E.P.S. tienen la obligación de velar por que cada uno de los empleadores realice en forma oportuna el pago de los aportes que le corresponde hacer al Sistema, para lo cual pueden hacer uso de los mecanismos de cobro que consideren pertinentes. Y es precisamente en este orden de ideas, que el Seguro Social E.P.S., Seccional Cundinamarca, en el caso bajo estudio, puede y debe hacerse parte dentro del proceso de liquidación obligatoria que se adelanta en la empresa Mecanizados y Motores S.A., con el fin de obtener el pago de las sumas que tal entidad le adeuda por concepto de aportes a la seguridad social de sus trabajadores y extrabajadores.

Ello, sin embargo, no implica que la E.P.S. correspondiente deba seguir prestando indistintamente, los servicios médico-asistenciales que requieran los afiliados de la empresa morosa, como pretende darlo a entender el liquidador de la empresa Mecanizados y Motores S.A.. Al contrario, esta Corporación al estudiar el contenido del artículo [209](#) de la Ley 100 de 1993, que contempla la suspensión de la afiliación de los empleados cuyo empleador incurra en mora en el pago de aportes a seguridad social, la consideró ajustada a la Constitución por cuanto "la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la E.P.S. es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia..." (Sentencia C-[177](#) de 1998). Con todo, en este fallo se fijó una excepción a la aplicación ciega del mencionado artículo, al establecer que "en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya

que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la E.P.S., la cual podrá repetir contra el patrono."

Ha de entenderse, entonces, que ante la mora patronal en el pago de aportes al Sistema de Salud, la responsabilidad de atender y cubrir las contingencias de salud que se presenten a los trabajadores y a sus beneficiarios por este aspecto, se traslada al empleador, en donde la E.P.S. correspondiente sólo de forma subsidiaria y excepcional tendría que asumir el cubrimiento de éstas, hecho éste que se presenta, cuando se comprueba que es fácticamente imposible para el empleador cubrir los requerimientos médico-asistenciales de su trabajador, evento en el cual corresponderá a la E.P.S. atender las contingencias de salud del afiliado, aún cuando la afiliación se encuentre legalmente suspendida (sentencia T-484 de 1999, entre otras). En estos casos, la E.P.S. contará con los correspondientes conductos legales en contra del empleador para el pago de lo adeudado.

Entiende esta Sala de Revisión, que en el caso bajo estudio, corresponde a la empresa Mecanizados y Motores S.A. en liquidación obligatoria asumir la obligación de atender las contingencias en salud del actor, y solo subsidiariamente dicha responsabilidad se trasladaría al Seguro Social E.P.S., Seccional Cundinamarca. Pero se pregunta la Sala, ¿en qué casos o bajo qué supuestos fácticos podría concluirse que la responsabilidad de atención de las contingencias en salud de un paciente en las condiciones del actor, ha de ser cubierta por la E.P.S. pese a la mora del empleador? En otras palabras, ¿en cuáles eventos se puede apelar a la responsabilidad subsidiaria de la E.P.S. para ordenarle a ella y no al empleador, que atienda los requerimientos de salud de un afiliado cuyo empleador presenta mora en el pago de aportes al Sistema de Salud? La respuesta a este interrogante depende, fundamentalmente, de las condiciones particulares de cada caso concreto, esto es, **por un lado de la situación financiera de la empresa morosa y por otro, de la urgencia en la atención médica que requiera el trabajador- afiliado.**

En este sentido, se considera que mal podría ordenarse a una E.P.S. que prestara los servicios de **atención médica general** a un afiliado cuyo empleador se encuentre en mora en el pago de aportes al Sistema, cuando tal atención no reviste ninguna urgencia para el paciente, o cuando se establece que la empresa está en capacidad de cubrir las contingencias en salud de sus empleados, ya que tal orden haría nugatorio el contenido del citado artículo 209 de la Ley 100 de 1993. Pero igualmente resultaría desproporcionado sustraer a la E.P.S. de la obligación subsidiaria de atender a un afiliado cuya afiliación se encuentra suspendida en virtud del referido artículo 209, si se comprueba que la empresa morosa no se encuentra en capacidad para prestar la atención en salud requerida por el empleado más aún cuando determinado tratamiento o servicio médico-asistencial es requerido con urgencia, ya que ello haría nugatorio el ejercicio de los derechos a la seguridad social y a la salud del trabajador.

Finalmente, habrá la Corte de llamar la atención sobre la vulneración, por parte de la empresa Mecanizados y Motores S.A. en liquidación obligatoria, del derecho que tienen los empleados al pago completo y oportuno de las prestaciones sociales, derecho éste que mantiene vigencia aún cuando la empresa empleadora se encuentre en proceso de liquidación obligatoria. Al respecto, ha señalado esta Corporación que la situación de liquidación de una empresa no constituye excusa que haga legítimo el no pago de los salarios y prestaciones a que tienen derecho los trabajadores (Sentencia T-261 de 2000).

En este orden de ideas, y como punto adicional a lo ya señalado en el presente caso, la Corte

reconoce que la empresa Mecanizados y Motores S.A., al omitir el pago de los aportes que le corresponde hacer al sistema general de seguridad social, está afectando a todos los trabajadores de la entidad, lo que es inadmisibles. En atención a ello, se ordenará también a la empresa Mecanizados y Motores S.A. en liquidación obligatoria, a través del señor Liquidador de la misma y bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, inicie las gestiones administrativas y financieras necesarias para pagar al Seguro Social E.P.S., Seccional Cundinamarca, - E.P.S. los aportes que por concepto de Seguridad Social se le adeuden, con el fin de que dicha entidad, entre otras cosas, restablezca la prestación del servicio de salud al que tienen derecho los trabajadores de la empresa.

En consecuencia, acorde con el fallo citado y una vez verificada fácticamente que a la empresa morosa le es imposible financieramente responder por los requerimientos médico-asistenciales, la EPS en forma subsidiaria y excepcional tendría que asumir el cubrimiento de éstas, comprobando igualmente, la urgencia de la atención médica que se requiere, sin perjuicio de las acciones de recobro que le asiste a la EPS.

En los anteriores términos esperamos absolver su consulta.

Cordialmente,

RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

Vo.Bo: EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

MNLP

Rad: 9018 – P-57

2005.06.22



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

