



## Sentencia 1838 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012)

No. de Referencia: 110010325000200600116 00

Número interno: 1838-2006

Actor: DANNY MANUEL MOSCOTE ARAGÓN.

Autoridades Nacionales

DANNY MANUEL MOSCOTE ARAGÓN, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación se declare la nulidad parcial del inciso segundo del párrafo 2 del artículo 10 del Decreto 1703 de 2 de agosto de 2002, por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y del inciso segundo del párrafo 2 del artículo 2º literal a) del Decreto 2400 de 25 de octubre de 2002, que modifica el anterior.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda se resumen así:

El Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria expidió el Decreto 1703 de 2002, adoptando medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social, el cual fue modificado posteriormente por el Decreto 2400 de 2002.

Dentro de las modificaciones introducidas por este último está la de la limitación en el tiempo del proceso de compensación de aportes en mora para la EPS, en el sentido de señalar que solamente se podrán compensar los tres primeros meses, esto es, por el término de suspensión de la afiliación, con la obligación de girar sin derecho a compensar el resto de aportes recaudados.

La compensación es la apropiación por parte de la EPS de la UPC, la cual se encuentra regulada por el artículo 205 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 43 de la Ley 789 de 2002 en concordancia con lo dispuesto por la Ley 828 de 2003, señala que la EPS tiene la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud a los afiliados que se encuentran en mora, mientras la relación laboral se mantenga vigente y no solo por tres meses. El término de 3 meses que se le había dado, fue declarado inexistente por la Corte Constitucional mediante sentencia T-1059 de 2003.

En esas condiciones, si la EPS recauda los aportes en mora por un periodo superior a los tres meses iniciales de suspensión de la afiliación, solamente puede compensar por estos y el resto de aportes recaudados tendrán que ser girados al Fondo de Solidaridad y Garantía sin derecho a compensar, sin embargo la entidad estuvo obligada a prestar los servicios de salud, lo cual quiere decir que la EPS tiene el deber de prestar servicios sin la correspondiente financiación.

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, con el artículo 9 de la Ley 100 de 1993, y la Circular Externa No. 26 de 9 de febrero de 2006 de la Superintendencia Nacional de Salud, las EPS no pueden hacer uso de los recursos del sistema, UPC, para actividades diferentes a la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus Afiliados.

### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas se invocan en la demanda los artículos 4, 11, 13, 48 y 49 de la Constitución Política; y los artículos 24, 205, 156 literal, 182 de la Ley 100 de 1993.

El derecho a la vida es inviolable y es de especial protección, lo cual conlleva una serie de obligaciones para lograr la efectividad del mismo. Así, corresponde al Estado garantizar la efectiva protección de la vida dirigiendo y desarrollando un conjunto de políticas que les permitan a las personas ejercer este derecho en condiciones dignas.

Las Promotoras de Salud cumplen un papel importante en el acceso de sus afiliados a los beneficios del Plan Obligatorio de Salud Contributivo y

Subsidiado en algunos casos. Tienen la obligación de administrar eficiente, oportuna e integralmente el servicio de salud, garantizando de este modo la vida en condiciones dignas.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud se financia con el pago de un aporte económico previo que comparten el empleador y el trabajador cuando haya una relación laboral, el trabajador independiente y por la entidad administradora de pensiones, según sea el caso.

El artículo 48 establece que el dinero de la seguridad social no puede destinarse a fines distintos a ella, así al prohibir que las EPS apropien los recursos de las cotizaciones recaudadas durante la mora en la que incurra el afiliado, aunque se le haya tenido que garantizar la prestación del servicio, está impidiendo que beneficien al mismo grupo que los tributa.

No es de recibo el argumento según el cual cuando las EPS giran los recursos al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, se está respetando el destino parafiscal de las cotizaciones, pues no se trata solamente de mantener los recursos dentro de un sector, sino que también tiene que ver con un correcto flujo de recursos hacia las personas que intervienen, con "sus roles obligatorios y legales en cada uno de los procesos". La parafiscalidad se irrespetá en la medida en la que el Fondo de Solidaridad y Garantía retiene indebidamente los recursos girados por las EPS, impidiendo la financiación.

La Superintendencia de Salud ha manifestado a través de sus circulares, que por la naturaleza de los recursos del régimen contributivo, las EPS no pueden destinar los recibidos por UPC, para actividades diferentes a la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados.

Es claro que al no recibir la EPS la UPC captada en el proceso de compensación, sobre la totalidad de los aportes en mora que se recauden se atenta contra el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida de los afiliados, toda vez que se reducen los ingresos de la entidad.

Dado que las EPS deben prestar los servicios tanto a los afiliados que se encuentran al día como a los morosos y sin límite de tiempo, no es entendible la razón por la cual sí opera una distinción injustificada frente a su financiación.

De otra parte si la prestación de los servicios de salud depende de la Unidad de Pago por Capitación reconocida por el Estado a las Entidades Promotoras de Salud, y dicha unidad no es girada cuando se trate de aportes en mora por más de tres meses, entonces vulnera el principio de eficiencia establecido en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, puesto que limita la utilización de los recursos para garantizar la prestación del servicio a los afiliados.

Igualmente se desconocen los principios de universalidad, dado que discrimina sin justificación alguna a quienes han incurrido en más de 3 meses de mora, y de equidad, pues no existe justicia retributiva al obligar a las EPS a prestar servicios a la totalidad de los afiliados en mora sin límite temporal en virtud de la sentencia C-800 de 2003, pero sí se le niega la financiación de la prestación de dichos servicios.

Los anteriores argumentos los sustenta con el siguiente ejemplo: Un empleador presenta mora por un cotizante por 7 aportes, una vez se pone al día y consigna el 100% de los aportes en mora, a la EPS solamente se le reconocen los primeros tres meses y los otros cuatro debe girarlos sin derecho a compensar, tal situación que se constituye en la desigualdad propuesta.

Los artículos 156 f) y 182 de la Ley 100 de 1993 no limitan el hecho de que la EPS pueda recibir como ingreso las UPC derivadas de las cotizaciones en mora en su totalidad, por lo tanto, la norma reglamentaria no puede hacer estipulaciones en contrario, generando en este caso el vicio de nulidad que se alega.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda. Para el efecto expuso los siguientes razonamientos:

El pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud es condición necesaria para la materialización de los derechos que la afiliación brinda, es decir, de la prestación de los servicios de salud.

De los artículos 157, 202 y 203 de la Ley 100 de 1993, se deduce que el acceso a los servicios de salud puede darse por su afiliación a los regímenes contributivo o subsidiado, o con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones destinado a la atención de la población pobre no asegurada. Siendo así, solamente las personas que tienen capacidad de pago, están obligadas al aporte total y oportuno de las cotizaciones previstas por la ley, de lo contrario podrá acceder a la seguridad social en salud a través del régimen subsidiado o al Sistema General de Participaciones.

El derecho a la salud es prestacional y progresivo, y su cobertura depende de en gran parte de los recursos que se tengan destinados para su prestación, así los aportes que realizan los afiliados y empleadores garantizan la sostenibilidad financiera del régimen contributivo, por tal motivo el cumplido pago se constituye en deber tanto para los empleadores como para los trabajadores, de lo contrario los costos corren por cuenta del empleador como lo señala el artículo 161 de la Ley 100 de 1993.

Los aportes que se realizan al Régimen Contributivo tienen la naturaleza de parafiscales, motivo por el cual luego de transcurrido un plazo razonable en el cual no se verifique el pago de aportes y luego de un debido proceso, se debe suspender la afiliación, sin que quien haya incurrido en la mora pueda beneficiarse de los servicios del Régimen Contributivo, debiendo el empleador moroso hacerse cargo de dichos costos.

El hecho de que las EPS no puedan compensar los aportes en mora que efectúen los empleadores, resulta violatorio del derecho a la igualdad,

por tal motivo la misma Ley 100 de 1993 brinda la posibilidad de recuperar la totalidad de los costos en que se incurrió por los servicios prestados a los afiliados en mora.

En esas condiciones si la EPS tiene la posibilidad de repetir contra el empleador en mora para que asuma los costos, de ninguna manera podría el Sistema entregar los recursos de las UPC, pues se constituiría en un doble pago en favor de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud.

No sobra mencionar que para que las EPS puedan acceder a los recursos destinados para la atención de los afiliados en mora, se deben ejercer acciones contra los empleadores, dirigidas a recuperar tales costos, de otra manera la EPS se vería privada de los mismos, y no puede pretenderse que el FOSYGA asuma el pago de la UPC frente a la omisión de pagos de un empleador.

Si las EPS pueden recuperar los costos de la atención de los afiliados en mora no se afecta la estabilidad financiera de dichas entidades, pues se encuentra garantizada por la misma Ley 100 de 1993 que estableció los mecanismos para garantizar el equilibrio financiero, además tienen la posibilidad de percibir a título de ingreso el valor de los costos en los que incurrió por la prestación de los servicios, suma que puede resultar superior al valor de la UPC.

En consecuencia, si se retiran del ordenamiento jurídico los apartes demandados de los Decretos 1703 y 2400 de 2002, se consagra un enriquecimiento sin causa en cabeza de los empleadores y trabajadores que sin concurrir al cumplimiento de sus deberes pudieran gozar de los servicios que otros financian en su lugar.

#### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación estima que se debe acceder a las súplicas de la demanda, y declarar la nulidad de las expresiones acusadas, con fundamento en las siguientes razones:

El artículo 152 de la Ley 100 de 1993 contempla el Sistema General de Seguridad Social en Salud como un servicio público esencial, que debe ser prestado a toda la comunidad en todos los niveles de atención, con fundamento en el principio de la universalidad.

Igualmente está sometido a los postulados de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía administrativa y patrimonial de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad (art. 153 ibídem).

Teniendo en cuenta el contenido de la demanda, es necesario determinar a los afiliados al régimen contributivo, que son quienes hacen el aporte económico, para verificar las consecuencias de su incumplimiento.

Al comparar las normas acusadas con el artículo 43 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 8º de la Ley 828 de 2003, es preciso advertir en primer lugar que fueron expedidas con posterioridad a las primeras, debiendo entenderse que al consagrarse nuevas y distintas circunstancias en aras de preservar el derecho a la salud, han derogado a las anteriores.

En esas condiciones debe declararse la nulidad de los apartes demandados, teniendo en cuenta que su contenido fue variado por normas de mayor rango.

Se resalta que el nuevo régimen varió las circunstancias fácticas y jurídicas, pues en este caso importa la vigencia de la relación laboral más allá de los pagos, motivo por el cual es comprensible que las normas acusadas resulten contradictorias y decaigan al tenor del ordinal 2º del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Para resolver, se

#### **CONSIDERA**

El problema jurídico se contrae a establecer si se ajustan o no a derecho los apartes demandados contenidos en el inciso segundo parágrafo 2º del artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 y del inciso segundo del parágrafo 2º del artículo 2º del Decreto 2400 del mismo año, expedidos por el Gobierno Nacional.

En la demanda se solicita la nulidad parcial del parágrafo 2º del artículo 2º del Decreto 2400 de 2002 norma que modificó el artículo 10 del Decreto 1703 de 2002. El aparte demandado, es del siguiente tenor:

**ARTÍCULO 10. DESAFILIACIÓN.** Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos:

- a) Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPC adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud;<sup>1</sup>
- b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la entidad promotora de salud, EPS, a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente; la novedad de retiro informada a través del formulario de autoliquidación hace presumir la pérdida de capacidad de pago del trabajador retirado;
- c) Cuando el trabajador independiente pierde su capacidad de pago e informa a la entidad promotora de salud, EPS, tal situación, a través del reporte de novedades o en el formulario de autoliquidación;
- d) Para los afiliados beneficiarios, cuando transcurran tres meses de suspensión y no se entreguen los soportes de la afiliación requeridos por la

entidad promotora de salud, EPS, en los términos establecidos en el presente decreto;

e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar, caso en el cual quedará como cabeza de grupo;

f) Cuando la Entidad Promotora compruebe la existencia de un hecho extintivo de la calidad de afiliado, cuya novedad no haya sido reportada;

g) Cuando la Superintendencia Nacional de Salud defina quejas o controversias de multiafiliación;

h) En los demás casos previstos en el Decreto 1485 de 1994 artículo 14 numeral 7.

**PARÁGRAFO 1o.** Las entidades promotoras de salud, EPS, presentarán semestralmente informes consolidados a la Superintendencia Nacional de Salud sobre los casos de desafiliación.

**PARÁGRAFO 2o.** En el evento de que la persona desafiliada adquiera capacidad de pago antes que opere la pérdida de antigüedad, debe reingresar a la misma EPS a la cual se encontraba afiliado, cuando no cumpla con los requisitos para ejercer el derecho a la movilidad. Será suficiente el reporte de novedades para efectuar su reafiliación.

Cuando se presente desafiliación por mora en el pago de aportes, la persona deberá afiliarse, nuevamente a la EPS en la cual se encontraba vinculado y pagar la totalidad de los aportes adeudados al Sistema con sus intereses correspondientes. La EPS podrá compensar por los períodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes."

A juicio del actor el aparte demandado desconoce los artículos 4, 11, 48 y 49 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que el artículo 43 de la Ley 789 de 2002 y la Ley 828 de 2003, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a garantizar la prestación del servicio de salud a los afiliados que se encuentran en mora, no solo por los primeros tres meses de retraso, sino durante el tiempo que tenga vigencia la relación laboral.

Como puede observarse el aparte demandado faculta a las EPS para compensar solamente por los 3 meses en que la afiliación estuvo suspendida y le ordena girar sin derecho al giro de los demás aportes.

Sobre este particular, es del caso dejar en claro que esta Sección en sentencia de 29 de septiembre de 2011<sup>2</sup> declaró la nulidad del literal a) del artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 y del mismo literal del artículo 2 del Decreto 2400 de 2002.

Tales disposiciones establecían la posibilidad de desafiliar, luego de 3 meses de suspensión por mora en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se expresó en dicha sentencia lo siguiente:

(...)Los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política que señalan el marco de intervención del Estado en la materia, al tenor del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, no hacen más que establecer la obligatoriedad del servicio público de salud y reiterar que el mismo debe prestarse atendiendo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y ampliación de la cobertura y dentro de la facultad de intervención del Estado en la economía, le confiere la obligación de asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los servicios básicos.

En esa medida el artículo demandado excede lo previsto en el artículo 154 transcrita, pues so pretexto de reglamentarlo, establece una restricción a la posibilidad de acceso al servicio público de salud no contemplada en la norma.

(...)

De la comparación de la norma acusada con el texto de las disposiciones transcritas que dice reglamentar, tampoco observa la Sala que de ellas se desprenda la posibilidad de que el Gobierno pueda establecer como sanción por la mora en el pago de las cotizaciones la desafiliación.

Si bien debe establecer mecanismos para el control del pago de las cotizaciones de los trabajadores señalados en el artículo 271 (migrantes, estacionales, con contrato a término fijo o con contrato de prestación de servicios), su facultad se reduce a ello, es decir, a disponer la manera de hacer efectivo el registro de dichos desembolsos, sin que dentro de dicha potestad pueda arrogarse la de crear causales de desafiliación que no han sido previstas por la Ley.

(...)

En efecto, el artículo 49 de la Constitución Política establece que la salud es un servicio público a cargo del Estado y el artículo 150 ibídem en el numeral 23, dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas, en lo que interesa al presente asunto, "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos".

En las anteriores condiciones, el Gobierno Nacional, rebasó sus competencias al regular un tema exclusivamente atribuido por la Constitución Política a la Ley y respecto del cual no se le habían conferido facultades extraordinarias.

(...)".

El párrafo segundo del artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 demandado dispone que cuando se presenta la desafiliación por mora en los aportes, la persona debe afiliarse nuevamente a la misma EPS y pagar las cotizaciones causadas, caso en el cual, la Entidad Promotora de Salud

puede compensar solamente por el periodo que duró la suspensión, esto es por los tres primeros meses, sin derecho a hacerlo respecto de los demás aportes causados luego de la desafiliación.

La situación anteriormente descrita se ve afectada por la declaratoria de nulidad de la causal de desafiliación por mora en el pago de los aportes, habida cuenta de que el límite temporal de suspensión desapareció y al prolongarse genera el derecho para la EPS de compensar por todo el tiempo que dure la suspensión. Se configura en consecuencia la nulidad del aparte demandado.

Aun cuando las objeciones de la demanda se dirigen a la posibilidad de que las EPS compensen por todo el tiempo de la mora en el pago de los aportes en los términos antes precisados, en procura de integrar adecuadamente la proposición jurídica, la Sala declarará la nulidad del aparte que a continuación se destacan, contenidos en el parágrafo 2º del Decreto 1703 de 2002 modificado por el artículo 2º del Decreto 2400 del mismo año:

**PARÁGRAFO 2o.** En el evento de que la persona desafiliada adquiera capacidad de pago antes que opere la pérdida de antigüedad, debe reingresar a la misma EPS a la cual se encontraba afiliado, cuando no cumpla con los requisitos para ejercer el derecho a la movilidad. Será suficiente el reporte de novedades para efectuar su reafiliación.

Cuando se presente desafiliación por mora en el pago de aportes, la persona deberá afiliarse, nuevamente a la EPS en la cual se encontraba vinculado y pagar la totalidad de los aportes adeudados al Sistema con sus intereses correspondientes. La EPS podrá compensar por los períodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLÁRASE LA NULIDAD de los siguientes apartes demandados: "desafiliación por", "afiliarse, nuevamente a la EPS en la cual se encontraba vinculado y" y "(3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes" contenidos en el parágrafo segundo del artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 modificado por el artículo 2º del Decreto 2400 de 2002, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y una vez ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE  
BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN  
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO  
ALFONSO VARGAS RINCÓN

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Aparte subrayado declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 29 de septiembre de 2011, radicado No. 1476-06 , Actor: Rodolfo Sneyder Rossi Burgos

2 Ibídem

---

*Fecha y hora de creación: 2026-01-30 06:26:30*