

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006).

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

REF: Expediente núm. 00175.

Acción: Nulidad.

Actor: SABEL REINERIO ARÉVALO ARÉVALO.

El ciudadano **SABEL REINERIO ARÉVALO ARÉVALO**, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 64 del Decreto 806 de 30 de abril de 1998, "por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en todo el territorio nacional", expedido por el Gobierno Nacional.

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

**I-. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

El actor considera como violados los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política, el preámbulo de la Ley 100 de 1993, los artículos 1º a 4º, 6º y 164, ibídem.

Al explicar el alcance del concepto de la violación adujo, en síntesis, lo siguiente:

Considera que la norma cuestionada no permite que el Estado proteja en forma integral a todos sus asociados, a través de sus distintas instancias, como es su deber.

Afirma que el Sistema de Seguridad Social es uno solo, que es un conjunto articulado comprometido a garantizar la salud de todos los habitantes del territorio nacional con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y según el marco constitucional y legal, no se puede proceder a una reglamentación restrictiva como lo hace la norma demandada, porque pretende desconocer esa unidad y crea una brecha para acceder a los servicios de salud, cuando establece la pérdida de antigüedad de vinculación al Sistema.

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

Argumenta que se agrava la situación para las personas que por varios años han estado vinculados al Sistema y han cumplido con el deber social de aportar y contribuir a su sostenimiento, e incluso han llegado a consolidar derechos definitivos a su patrimonio como es el caso de los aportes mínimos de una pensión, y por los motivos de crisis económica se queda sin trabajo por el cierre de una empresa privada o por las llamadas reestructuraciones del Estado.

Asevera que una de estas personas, que quedan desamparadas al no cotizar por motivos ajenos a su voluntad, según la norma acusada, se ve obligada a renunciar a la seguridad social contrariando el artículo 48 de la Constitución.

A su juicio, la norma acusada solo favorece a las E.P.S pues ellas no son contribuyentes, sino administradoras de los recursos del Sistema y que no se debe desconocer que el aportante es el único dueño del mismo.

Sostiene que la norma demandada es inocua, pues hay reglas del Ministerio de Salud que reglamentan el fondo común de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, como es el FOSYGA, quien autoriza a la E.P.S a efectuar los RECOBROS ante dicho fondo, situación que convierte la

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

norma en mención en inoperante y por esta razón es vital retirarla del ordenamiento jurídico, pues además las E.P.S. niegan la atención al usuario por haber perdido la antigüedad; y de esta manera se toman el trabajo de efectuar o llevar a cabo el procedimiento respectivo para que se les pague lo invertido en un usuario de estas condiciones.

Expresa que viola también el principio de la solidaridad, pues, precisamente, éste se dirige a personas que ya estuvieron vinculadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, no existiendo reciprocidad por parte del Estado compensando el tiempo en que el usuario cotizó, desconociendo derechos que le han sido reconocidos y que deben ser en este caso amparados bajo el citado principio.

## **II-. TRAMITE DE LA ACCION**

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones

**II.1.** La Nación **-MINISTERIO DE SALUD-** contestó la demanda en los siguientes términos:

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

Sostiene que no se debe acceder a las pretensiones de la demanda y que no se violan los derechos ni normas invocadas en la misma, porque el acto acusado no restringe los servicios, sino que sanciona conductas contrarias a la buena fe, combatiendo fraudes y el abuso del derecho, conductas que contravienen los principios de eficacia y solidaridad, que consagra el artículo 48 de la Constitución, esenciales para la prestación del servicio de seguridad social.

Aduce que la demanda, por la forma como está redactada, no permite establecer el objeto de la nulidad, pues mientras en su encabezado parece demandar la norma en su integridad, en el punto 4 solo transcribe la parte inicial del artículo 64, omitiendo lo sustancial de su contenido, que son los eventos en que se pierde la antigüedad.

Afirma que en ningún Sistema los actos de insolidaridad pueden generar derechos; que no se puede abusar de los derechos propios ni lucrarse de una conducta irregular.

Sostiene que el reglamento dictado por el Gobierno Nacional se limitó a adoptar medidas necesarias para garantizar la eficiencia del servicio de seguridad

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

social, por lo que no se vulnera ningún derecho de los afiliados que obran de buena fe.

### **III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO**

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidaria de que se declare la nulidad de la norma acusada, por inconstitucionalidad e ilegal, porque, a su juicio, las sanciones que establece desconocen abierta y frontalmente el artículo 230 de la ley 100 de 1993, que faculta a la Superintendencia Nacional de salud, para imponer multas **"previa solicitud de explicaciones"** en caso de diversas violaciones a dicha ley, a empleadores y empresas de salud, sin incluir como posibles sancionables a los afiliados.

Sostiene que la imposición de sanciones de plano por autoridad o ente indeterminado viola el debido proceso, la definición previa del juez competente, el derecho de defensa, el principio de la presunción de inocencia y la posibilidad de impugnar condenas desconociendo el artículo 29 de la constitución.

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

Afirma que se viola el artículo 164 de la ley 100 de 1993 porque la pérdida de antigüedad de los afiliados por las conductas previstas en la norma demandada los presenta como si nunca hubieran efectuado cotizaciones quitándoles el derecho a recibir algunos servicios de alto costo que exigen períodos mínimos de cotización, que en ningún caso pueden exceder de 100 semanas de afiliación al sistema, y de las cuales 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año.

Aduce que resulta desproporcionada la sanción que fija el artículo demandado, porque equivale en algunos casos a la no prestación del servicio, sin importar que el afiliado haya cumplido con el pago de unas cotizaciones, beneficiándose con esta medida solamente la respectiva E.P.S.

Sostiene que con excepción del literal f) todas las conductas descritas en la norma son atribuibles a los afiliados, pero la censura no puede tener como resultado la supresión del servicio en aquellas situaciones donde la Ley exige unas semanas como mínimo de cotización, por lo tanto la sanción no debe constituir una negativa en la prestación del servicio pues se trata de un derecho irrenunciable en la medida en que la Ley 100 no

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

estableció las preexistencias como medio sancionatorios, sino como una figura para permitir un equilibrio en el Sistema.

En relación con la causal del literal f) aduce que no es tampoco equitativa con el período máximo de 100 semanas de afiliación que se exige, de las cuales al menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.

#### **IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El artículo 64 del Decreto 806 de 1998, acusado, prevé:

"Pérdida de la antigüedad. Los afiliados pierden la antigüedad acumulada en los siguientes casos:

a). Cuando un afiliado cotizante incluya a beneficiarios que deben ser reportados como cotizantes. En este evento perderán la antigüedad tanto el cotizante como los beneficiarios.

b). Cuando un afiliado se reporte como empleador sin realmente serlo o cuando es reportado, a sabiendas, con salarios inferiores al real. Para este efecto bastará la prueba sumaria.

c). Cuando un afiliado cotizante se afilie al Régimen Subsidiado sin tener el derecho correspondiente.

e). Cuando un trabajador independiente a través de actos simulados pretenda cotizar como trabajador dependiente, creando

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

una vinculación laboral inexistente para todos efectos legales;

f). Cuando se suspenda la cotización al Sistema por seis o más meses continuos;

g). Cuando el afiliado cotizante o beneficiario incurra en alguna de las siguientes conductas abusivas o de mala fe:

1.- Solicitar u obtener para sí o para un tercero, por cualquier medio, servicios o medicamentos que no sean necesarios.

2.- Solicitar u obtener la prestación de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud a personas que legalmente no tengan derecho a ellos.

3.- Suministrar a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa, incompleta o engañosa.

4.- Utilizar mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del Sistema o tarifas más bajas de las que le corresponderían y eludir o intentar eludir por cualquier medio la aplicación de pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles".

El Decreto 806, contentivo de la norma acusada, cita como fundamento para su expedición, entre otros, los artículos 154, 157 y 159 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 23 de la Ley 344 de 1996, que en su orden textualmente prescriben:

**“ARTÍCULO 154. INTERVENCIÓN DEL ESTADO.** El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO ARÉVALO ARÉVALO.**

- a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley.
- b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;
- c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;
- d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;
- e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;
- f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;
- g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes;
- h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

**PARÁGRAFO.** Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo”.

**“ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

**A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.**

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.
2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

**B. Personas vinculadas al Sistema.**

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162.

**PARÁGRAFO 1o.** El Gobierno Nacional establecerá un régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación.

**PARÁGRAFO 2o.** La afiliación podrá ser individual o colectiva, a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

expida. El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre Entidades Promotoras de Salud.

**PARÁGRAFO 3o.** Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estas agrupaciones de usuarios podrán tener como referencia empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, y podrán cobrar una cuota de afiliación.

**PARÁGRAFO 4o.** Parágrafo derogado por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001”

**“ARTÍCULO 159. GARANTÍAS DE LOS AFILIADOS.** Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

1. La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162 por parte de la Entidad Promotora de Salud respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de servicios adscritas.
2. La atención de urgencias en todo el territorio nacional.
3. La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley.
4. La escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.
5. La participación de los afiliados, individualmente o en sus organizaciones, en todas las instancias de asociación, representación, veeduría de las entidades rectoras, promotoras y prestadoras y del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

**“ARTICULO 23 .** Para garantizar el debido cumplimiento de los principios de solidaridad y equidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos necesarios para controlar y sancionar la evasión al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Del texto de los citados artículos se infiere que el Gobierno Nacional está facultado para controlar y sancionar la evasión al Sistema General de Seguridad Social en Salud; y que dentro de las disposiciones que hacen parte de las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, que se invocan como sustento del acto acusado, la única que alude a la afectación de la relación contractual y la afiliación entre el afiliado y la Empresa Promotora de Salud es el artículo 183 de la Ley 100 de 1993, que es del siguiente tenor:

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

**"Prohibiciones para las Entidades Promotoras de Salud.** Las Entidades Promotoras de Salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional".

Del texto de la norma transcrita se deduce que la terminación de la relación contractual o la negativa a la afiliación de un usuario pueden obedecer **al no pago de la cotización o del subsidio correspondiente o a las conductas de abuso o mala fe** en que aquél incurra, aspecto este último cuya reglamentación le corresponde al Gobierno Nacional.

Ahora, la terminación de la relación contractual en tratándose de conductas constitutivas de abuso o mala fe lógicamente conlleva la afectación de la antigüedad. De tal manera que respecto de las conductas descritas en el acto acusado que comporten dicha mala fe no puede predicarse exceso en la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional; empero observa la Sala que la conducta relacionada en el literal f), esto es, la suspensión de la cotización al sistema por seis o más meses continuos no necesariamente implica un comportamiento constitutivo de abuso o mala fe; si bien es cierto que en estos casos las

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

EPS (s) pueden terminar la relación contractual, porque así lo autoriza expresamente el citado artículo 183 de la Ley 100, no es menos cierto que ello no implica la afectación de la antigüedad porque no involucra una conducta abusiva o de mala fe. De ahí que en el citado literal f) la reglamentación vulnere los principios que gobiernan la seguridad social y por ello debe accederse a las pretensiones de la demanda, en lo que respecta a ese literal.

Ahora, la Sala se abstiene de analizar los cargos de violación de los artículos 230 de la Ley 100 de 1993 y 29 de la Carta Política, a que se refiere la Agencia del Ministerio Público por cuanto tales norma no fueron indicadas como quebrantadas en la demanda.

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

**F A L L A :**

**DECLÁRASE** la nulidad del literal f) del artículo 64 del Decreto 806 de 1998.

**REF: Expediente núm. 00175 ACTOR: SABEL REINERIO  
ARÉVALO ARÉVALO.**

**DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída,  
discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23  
de febrero de 2006.

**GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO**  
Presidente

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANEIA**  
Salva voto

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**