

POTESTAD REGLAMENTARIA – Limites / EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Regulación necesaria para su correcto cumplimiento / DESBORDAMIENTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA - Al establecer una restricción a la posibilidad de acceso al servicio público de salud no contemplada en la ley

Ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación que los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso en particular, por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley, de manera que si ella suministra todos los elementos indispensables para su cabal cumplimiento, nada habrá de agregársele y en consecuencia no es necesario su ejercicio; pero si faltan en ella, detalles necesarios para su debida aplicación, habrá lugar a proveer la regulación necesaria para su correcto cumplimiento a través del ejercicio de la potestad reglamentaria. 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 transcrito, pues so pretexto de reglamentarlo, establece una restricción a la posibilidad de acceso al servicio público de salud no contemplada en la norma.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1703 DE 2002 – ARTICULO 10 LITERAL a) / DECRETO 2400 DE 2002 – ARTICULO 2 LITERAL a)

COTIZACION EN SALUD – Mora en el pago / DESAFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Improcedencia / APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD . Obligación al gobierno de reglamentar para controlar la evasión y elusión de los aportes / NO PAGO DE LA COTIZACION EN SALUD - Produce la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención al plan de salud obligatorio / ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD – Prohibición de terminar unilateralmente la relación contractual con sus afiliados y negar la afiliación / DESAFILIACION AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Prohibición

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. El artículo 42 de la Ley 715 de 2001, radicó en cabeza del Gobierno la obligación de expedir la reglamentación para efecto de controlar la evasión y elusión de los aportes, fenómenos diferentes al de incurrir en mora en el pago de los aportes, en consecuencia, tampoco esta norma le servía de sustento a la reglamentaria para ordenar la desafiliación en el caso señalado, pues de ella no se deduce tal posibilidad. Si bien la Ley 100 de 1993 en el artículo 209, establece que el no pago de la cotización en el

sistema contributivo, produce la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención del plan de salud obligatorio, en ninguna de sus disposiciones contempla la posibilidad de desafiliación, siendo claro además, que tal situación debe ser regulada por la ley. El artículo 183 de la Ley 100 de 1993, prohíbe a las entidades promotoras de salud, terminar en forma unilateral la relación contractual con sus afiliados y negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1703 DE 2002 – ARTICULO 10 LITERAL a) / DECRETO 2400 DE 2002 – ARTICULO 2 LITERAL a)

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 154 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 183 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 157 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 203 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 271 / LEY 715 DE 2001 – ARTICULO 42 / LEY 633 DE 2000 – ARTICULO 99 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 48 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 49 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 334 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 365 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 366 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 367 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 368 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 369 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 370

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., septiembre veintinueve (29) de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00088-00(1476-06)

Actor: RODOLFO SNEYDER ROSSI BURGOS.

Demandado: NACION- MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

RODOLFO SNEYDER ROSSI BURGOS, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda de esta Corporación la nulidad parcial del artículo 10 literal a) 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 artículo 2° 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.

Dicha norma en el artículo 10 desarrolla el tema de la "desafiliación" consagrando varias causales entre ellas la de haber transcurrido 3 meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones (mora).

Posteriormente expidió el Decreto 2400 de 2002, que modifica el anterior, pero mantiene la causal del hecho de la mora para la desafiliación.

Lo anterior quiere decir que la falta de pago de los aportes al Sistema de Salud por un periodo de 3 meses, implica no solo una limitación al acceso de los servicios de salud del empleado, sino que también se le sanciona con la desafiliación, infringiendo con ello el ordenamiento jurídico que regula la materia.

De acuerdo con la Ley 789 de 2002 y la Ley 828 de 2003, la entidad promotora de salud debe garantizar la prestación del servicio a los afiliados, aunque se encuentren en mora, mientras la relación laboral se encuentre vigente, por lo tanto la desafiliación mientras se mantenga la relación laboral resulta contraria a las normas en mención.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas se invocan en la demanda los artículos 4, 11, 48 y 49 de la Constitución Política; 2, 153 numerales 3 y 9, 157 literal a) numeral 1, 159 numerales 1 y 2, 162 incisos 1 y 2 y 183 de la Ley 100 de 1993; 43 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 8 inciso 3 de la Ley 828 de 2003.

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.

La desafiliación por el no pago de los aportes durante los primeros 3 meses de mora, afecta el acceso a la prestación de los servicios de salud que pueda requerir el afiliado así como los miembros de su grupo familiar, amenazando con ello su derecho a la vida.

En esas condiciones, el sancionar al trabajador con la desafiliación por una omisión que es responsabilidad del empleador, resulta inconstitucional, dado que la más afectada, es la parte más débil de la relación trabajador-empleador-EPS.

La falta del giro de los aportes al sistema de salud por parte de los empleadores, una vez se ha efectuado el descuento salarial al trabajador, es un incumplimiento a los deberes establecido en el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, los cuales no corresponden al trabajador pero su inobservancia le implica consecuencias como la suspensión de la afiliación y la posterior desafiliación.

De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la EPS debe garantizar la prestación del servicio y repetir contra el empleador incumplido cuando la vida del paciente esté en riesgo,

pues la irresponsabilidad del empleador ante el pago oportuno de los aportes, no puede ser trasladada al trabajador.

De otra parte, teniendo en cuenta que la desafiliación es una terminación unilateral de la relación contractual entre el afiliado y la EPS, práctica no autorizada por el artículo 14 numeral 7 del Decreto 1485 de 1994, se constituye en una conducta arbitraria por parte de la entidad.

Pese a que las Leyes 789 de 2002 y 828 de 2003 contienen disposiciones contrarias a las normas demandadas, el Gobierno no la considera derogada puesto que el Ministerio de la Protección a través del FOSYGA le sigue dando aplicación, pues no paga a las EPS las UPC percibidas por los aportes pagados a partir del 4° mes, con el argumento de que la persona está desafiliada por mora.

Aun cuando las mencionadas Leyes 789 de 2002 y 828 de 2003, consagran el deber de garantizar la prestación del servicio de salud, así el afiliado se encuentre en mora por la falta del giro del empleador de los aportes correspondientes, las normas demandadas ordenan la desafiliación, situación contradictoria, sin embargo debe tenerse en cuenta que en estos casos deben primar las leyes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en las 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.

De acuerdo con lo anterior, las normas demandadas prevén un control a la evasión de aportes al Régimen Contributivo, con el fin de que los beneficiarios cumplan con sus obligaciones.

Eliminar las normas demandadas puede generar incentivos negativos para los afiliados, para dejar de hacer los pagos correspondientes al Sistema lo cual puede conducir a un desequilibrio entre los ingresos del Sistema del Régimen Contributivo y los costos en que incurre para la prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

Dado que el principio de solidaridad fundamenta los aportes acusados y teniendo en cuenta que las personas deben aportar en la medida de sus capacidades, no solo para sufragar el costo que genera su propia afiliación, sino también para quienes poseen menos recursos, este principio se ve afectado si se brinda la posibilidad de mantener los beneficios de la prestación de los servicios de salud, después de un tiempo razonable de no hacer aportes.

El Gobierno está facultado para expedir la reglamentación necesaria para el control de la evasión de la obligación de aportar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, labor que ha concretado con la expedición de los Decretos 1703 de 2002 y 2400 de 2002, que consagran medidas estrictas para controlar la evasión de dichos aportes.

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

El apoderado del Ministerio de la Protección Social también se opone a las pretensiones de la demanda, para lo cual expone los siguientes argumentos:

Las normas demandadas son producto de la potestad reglamentaria del Gobierno para determinar las competencias de las Entidades del Estado y a los particulares, para que desarrollen funciones de vigilancia frente a las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En el asunto en particular el actor dirige sus argumentos a los trabajadores dependientes con vinculación laboral vigente, cuando el empleador retiene las sumas correspondientes a los aportes en salud y no los gira, sin embargo este no es el único sector de la población a la que van dirigidas las normas acusadas, pues también están los trabajadores independientes, los dependientes que pierden su capacidad de pago, aquellos a los que el empleador no paga salario no hace ningún descuento para la seguridad social, entre otras situaciones que se pueden presentar.

Es importante recordar que de presentarse la hipótesis que plantea el actor, en los términos del artículo 161 de la Ley 100 de 1993 empleador queda obligado a cubrir la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP.

En consecuencia no es cierto que el efecto de la desafiliación sea negar la atención que pueda requerir el usuario y su grupo familiar.

La desafiliación, es decir, cuando un usuario deja de recibir los servicios de salud por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es una figura necesaria, pues garantiza el cumplimiento de las obligaciones por parte de los actores del mismo y el equilibrio financiero de éste.

No debe olvidarse que el actual Sistema General de Seguridad Social en salud está diseñado para favorecer a las personas sin capacidad de pago, pues a través de la subcuenta de solidaridad

del Fondo de Solidaridad y Garantía se busca la prestación del servicio de salud del sector de la población que no puede cotizar al sistema. Por tal motivo, si no existen mecanismos para garantizar el pago efectivo de la cotización se desconoce dicho principio.

De acuerdo con el artículo 43 de la Ley 789 de 2002, las EPS no pueden desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios, cuando el empleador haya hecho la correspondiente retención de los recursos sin hacer el giro a la entidad promotora de salud. En este caso la EPS debe seguir prestando los servicios de salud, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador.

Por su parte la Ley 828 de 2003 en el artículo 8°, señala que si la causa de la suspensión de los servicios del sistema de salud es atribuible al empleador, él deberá sufragar directamente la atención en salud del afiliado y sus beneficiarios.

Así las cosas, no es cierto que se traslade esa carga al beneficiario, pues como quedó demostrado frente a la mora patronal, la responsabilidad queda en cabeza del empleador.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

El artículo 152 de la Ley 100 de 1993 establece 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 que de acuerdo con el contenido de la demanda, se debe 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 8° de la Ley 828 de 2003, es preciso advertir en primer lugar que fueron expedidas con posterioridad a las primeras, debiendo entenderse que al consagrar 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.

Para resolver, se

CONSIDERA

Pese a que en la demanda se indican como atacados preceptos de dos decretos, lo cierto es que se trata de la misma disposición, la cual se transcribe y destaca a continuación:

Decreto 2400 de 2002

Artículo 2°. El artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 quedará así:

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 UPS adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Decreto 2400 de 2002 fue expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas en los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución Nacional.

Conviene advertir que los destinatarios de la previsión consagrada en el literal demandado en este proceso, del Decreto 2400 de 2002, no son indistintamente todos los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, dado que la Ley distingue varios tipos: unos en su condición de afiliados al régimen contributivo, otros al régimen subsidiado y un tercer grupo en forma temporal como participantes vinculados.

Igualmente se precisa que la Ley señala quiénes son afiliados obligatorios (Ley 100 de 1993, arts 203 y 157 literal a) y el monto de la cotización al régimen contributivo (art. 204 ib.).

De manera pues, que es a este tipo de afiliados a los que se refiere la norma demandada.

Establecido lo anterior y en consideración a que la disposición acusada fue dictada en uso de la potestad reglamentaria, es necesario examinar el texto de las normas que reglamenta con el fin de determinar si las normas que dice reglamentar, establecen la posibilidad de desafiliación del usuario por la mora en el pago de las cotizaciones.

Lo anterior por cuanto considera el actor que el aparte acusados infringe las normas en que debió fundarse, al sancionar al trabajador con la desafiliación por una causa atribuible al empleador, cual es la de incurrir en mora en el pago de los aportes cuando se ha efectuado el descuento del salario del trabajador en el porcentaje que le corresponde.

Además de lo anterior, señala que incurren en desconocimiento de los artículos 43 de la Ley 789 de 2002 y 8° de la Ley 828 de 2003, relacionados con la prohibición de desafiliación del trabajador, normas que fueron expedidas con posterioridad a las acusadas y a las que en todo caso, se les debe dar preponderancia.

Previo a determinar si el Presidente de la República con la expedición del Decreto 2400 de 2002, desbordó el poder reglamentario se expone el siguiente razonamiento:

Ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación que los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso en particular, por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley, de manera que si ella suministra todos los elementos indispensables para su cabal cumplimiento, nada habrá de agregársele y en consecuencia no es necesario su ejercicio; pero si faltan en ella, detalles necesarios para su debida aplicación, habrá lugar a proveer la regulación necesaria para su correcto cumplimiento a través del ejercicio de la potestad reglamentaria.

En el asunto en examen se observa que el Decreto 2400 de 2002, expresamente reglamenta los artículos 154, 157, 203 parágrafo y 271 de la Ley 100 de 1993, artículo 42.17 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 99 de la Ley 633 de 2000.

En esas condiciones, el literal acusado, contiene un evidente desbordamiento de la potestad reglamentaria, el cual se deduce al comparar a doble columna el inciso reglamentario demandado con el precepto legal reglamentado, así:

1) **De la Ley 100 de 1993:**

a) **Artículo 154**

<p>ARTICULO 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:</p> <p>a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la</p>	<p>Artículo 2°. El artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 quedará así:</p> <p>Artículo 10. Desafiliación. Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos:</p> <p>...</p> <p>b) <u>Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPS adicional, al</u></p>
---	--

<p>Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley;</p> <p>b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;</p> <p>f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;</p> <p>g) Evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social en Salud se destinen a fines diferentes;</p> <p>h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.</p> <p>PARAGRAFO. 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.</p>	<p><u>Sistema General de Seguridad Social en Salud.</u></p>
--	---

El artículo 154 de la Ley 100 de 1993, establece la obligación del Estado de intervenir en la prestación del servicio público de seguridad social en salud, para el logro de los fines allí señalados, que examinados en su conjunto, propenden por la garantía y

ampliación de la cobertura de la prestación del servicio de salud, no por su restricción.

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 transcrito, pues so pretexto de reglamentarlo, establece una restricción a la posibilidad de acceso al servicio público de salud no contemplada en la norma.

b) Artículos 157, 203 y 271

<p>ARTICULO 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.</p> <p>A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social. Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud:</p> <p>1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores</p>	<p>Artículo 2º. El artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 quedará así:</p> <p>Artículo 10. Desafiliación. Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos:</p> <p>...</p> <p>c) <u>Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPS adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud.</u></p>
--	---

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.

...

ARTICULO 203. Afiliados y Beneficiarios. Serán afiliados obligatorios al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157.

PARAGRAFO. El Gobierno podrá establecer los sistemas de control que estime necesarios para evitar que los afiliados obligatorios al régimen contributivo y las personas de altos ingresos se beneficien de los subsidios previstos en la presente Ley.

ARTICULO 271. Sanciones para el Empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

<p>respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.</p> <p>El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.</p>	
--	--

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.

2) De la Ley 715 DE 2001

LEY 715 DE 2001	DECRETO 2400 DE 2002
<p>Artículo 42. Competencias en salud por parte de la Nación. Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:</p> <p>...</p> <p>42.17. Expedir la reglamentación para el control de la evasión y la elusión de los</p>	<p>Artículo 2º. El artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 quedará así:</p> <p>Artículo 10. Desafiliación. Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos:</p> <p>...</p> <p>d) <u>Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las</u></p>

aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y las demás rentas complementarias a la participación para salud que financian este servicio.	<u>cotizaciones o del no pago de la UPS adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud.</u>
---	---

El artículo 42 de la Ley 715 de 2001, radicó en cabeza del Gobierno la obligación de expedir la reglamentación para efecto de controlar la evasión y elusión de los aportes, fenómenos diferentes al de incurrir en mora en el pago de los aportes, en consecuencia, tampoco esta norma le servía de sustento a la reglamentaria para ordenar la desafiliación en el caso señalado, pues de ella no se deduce tal posibilidad.

Una es la elusión, otra la evasión y otra muy diferente la mora. La norma reglamentada en manera alguna se refiere a expedir reglamentación para efecto de evitar la mora en el pago de los aportes.

Si bien la Ley 100 de 1993 en el artículo 209, establece que el no pago de la cotización en el sistema contributivo, produce la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención del plan de salud obligatorio, en ninguna de sus disposiciones contempla la posibilidad de desafiliación, siendo claro además, que tal situación debe ser regulada 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.

3) De la Ley 633 de 2000

<u>LEY 633 de 2000</u>	<u>DECRETO 2400 DE 2002</u>
<p>ARTICULO 99. Modifícase el artículo 91 de la Ley 488 de 1998, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 91. NORMAS APLICABLES AL CONTROL DEL PAGO DE APORTES PARAFISCALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. Las entidades administradoras de los distintos riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral establecido por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994, independientemente de su carácter público o privado, tendrán la responsabilidad, conjuntamente con la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de ejercer las tareas de control a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de los aportes que financian dicho Sistema.</p> <p>En todo caso, en ejercicio de las tareas de control, las entidades administradoras podrán verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes al Sistema que hayan recibido; solicitar de los aportantes, afiliados o beneficiarios las explicaciones sobre las inconsistencias en la información relativa a sus aportes a los distintos riesgos que haya sido detectada a través del Registro Único de Aportantes a que alude el inciso final del presente artículo. En ningún caso las entidades administradoras podrán modificar unilateralmente tales declaraciones, salvo que se trate de simples errores aritméticos o del período de cotización en salud.</p> <p>Agotada la etapa persuasiva de control a que alude el inciso</p>	<p>Artículo 2º. El artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 quedará así:</p> <p>Artículo 10. Desafiliación. Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos:</p> <p>...</p> <p>e) <u>Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPS adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud.</u></p>

anterior sin que el aportante acepte corregir la situación anómala detectada por la administradora, ésta deberá dar traslado de las actuaciones surtidas a la entidad que resulte competente para conocer de las mismas, según el riesgo de que se trate. En el caso del Sistema de Seguridad Social en Salud, dicha competencia recaerá en la Superintendencia Nacional de Salud. En los casos que correspondan al Sistema de Seguridad Social en Pensiones o Riesgos Profesionales, será competente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Además de las obligaciones establecidas en la presente disposición, las entidades administradoras de los distintos riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, y las entidades administradoras de los regímenes especiales que existan en materia de seguridad social, tendrán la obligación de suministrar a la entidad encargada de la administración del Registro Único de Aportantes, RUA, la información relativa a sus aportantes, afiliados y beneficiarios dentro de los términos y con los requisitos que establezca el reglamento. El Registro Único de Aportantes, RUA, deberá contar con la información completa, confiable y oportuna sobre los aportantes, afiliados y beneficiarios al Sistema de Seguridad Social Integral y a los regímenes especiales en materia de seguridad social, de tal manera que el mismo se constituye en una herramienta para el control del cumplimiento de las obligaciones que la ley establece en materia de seguridad social.

La norma que se dice reglamentar, consagra la obligación para las entidades administradoras del sistema de seguridad social integral

de controlar en conjunto con la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de la Protección Social, la liquidación y pago de los aportes con los que se financia dicho sistema y establece un procedimiento en caso de que se presente inexactitud o inconsistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes al Sistema, procedimiento que en ningún caso contempla la consecuencia (desafiliación), a la que se refieren las normas acusadas. Esa no es una opción que la Ley le brinde a las entidades administradoras del régimen de seguridad social.

Por el contrario, el artículo 183 de la Ley 100 de 1993, prohíbe a las entidades promotoras de salud, terminar en forma unilateral la relación contractual con sus afiliados y negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen. Textualmente dispone:

ARTÍCULO 183. 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.

...

Por último, es necesario precisar que en el presente asunto se demandan tanto el artículo 10 literal a) del Decreto 1703 de 2002 (agosto 2) como el artículo 2º del Decreto 2400 de 2002 (octubre 25). Este último modificó al primero.

Por lo anterior y aunque el artículo 10 literal a) se sustituyó por el 2º del Decreto 2400 de 1968, es necesario declarar la nulidad de las dos disposiciones demandadas por cuanto la nulidad del segundo haría que el primero recobrar su vigencia.

En esas condiciones, se decretará la nulidad de las normas acusadas, por cuanto el ejecutivo se extralimitó en el ejercicio de la

potestad reglamentaria y rebasó sus competencias al regular una causal de desafiliación no contemplada en la Ley.

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 del literal a) del artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 y del literal a) del 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. **PUBLÍQUESE.**

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO VARGAS RINCÓN