

COTIZACIONES EN EL SISTEMA CONTRIBUTIVO DE SALUD O EPS - La suspensión de la afiliación por no pago no es causal de desafiliación.

En la sentencia en cita que no puede consagrarse como una causal de desafiliación de una EPS el hecho de que hayan transcurrido 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, pues como se vio, fue una causal no consagrada por el legislador. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la nulidad del literal a del artículo 2 del decreto 2400 de 2002, Consejo de Estado, sentencia de 29 de septiembre de 2011, Radicación: 1476-00, M.P Alfonso Vargas..

PAZ Y SALVO PARA EL TRASLADO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Hace relación a la obligación de pago de cotizaciones o copagos por el afiliado, situación diferente a la no generación de deuda ni intereses durante la suspensión del servicio de salud

Mientras la disposición acusada artículo 43 decreto 1406 de 1999 consagra un requisito para poder trasladarse de una EPS a otra, cual es la de “cancelar” las obligaciones pendientes por concepto de cotizaciones o copagos, lo que la disposición define como “paz y salvo”, la norma respecto de la cual se predica su vulneración, esto es el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, sólo advierte que mientras dure la “suspensión” de la prestación del servicio de salud por concepto de mora en el pago de cotizaciones, no se generará deuda ni interés de ninguna índole. Nótese que la norma acusada hace alusión a lo que es un deber de todo afiliado al sistema general de seguridad social en salud, que es el de pagar las cotizaciones mensuales con el fin de cubrir el riesgo de salud, obviamente mientras tuvo acceso a la prestación del servicio de salud, y no al tiempo de suspensión del servicio por mora en el pago de las cotizaciones. Por otra parte, y en lo referente al otro artículo demandado, esto es el parágrafo segundo, del inciso segundo del artículo 2º del Decreto 2400 de 2002, la misma argumentación cabe para despachar de la misma manera el cargo endilgado a esta disposición, pues esta norma no se refiere al término de suspensión de que trata el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, ya que como se indicó en párrafos precedentes, es deber del afiliado pagar las contribuciones a las que se comprometió una vez se vinculó al régimen contributivo. Ahora bien, podría surgir la duda respecto de los intereses que exige la norma cuando se presente mora en el pago de aportes, sin embargo, se reitera, esta disposición no incluye (pues por ningún lado así lo dice) el tiempo de suspensión de la prestación del servicio de salud, debiéndose entender que los intereses surgen por la mora de las cuotas pendientes, no así de los meses en que la afiliación estuvo suspendida.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1406 DE 1999 - ARTICULO 43 (NO NULO) / DECRETO 2400 DE 2002 - ARTICULO 2, INCISO 2, PARAGRAFO SEGUNDO (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil quince (2015).-

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00108-00 (1472-09) – 11001-03-25-000-2009-00018-00 (0414-09)

Actor: ANGELA MARIA RESTREPO ARISTIZABAL Y ANTONIO JOSE GARCIA BETANCUR

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

ACCION DE NULIDAD

Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad instaurado por los actores con el fin de obtener la nulidad del artículo 43 del Decreto 1406 de 1999 *“Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Unico de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho sistema y se dictan otras disposiciones.”*

Así mismo, la ciudadana Restrepo Aristizabal solicita la nulidad del paragrafo 2°, inciso segundo, del artículo 2° del Decreto 2400 del 25 de octubre de 2002 *“Por el cual se modifica el decreto 1703 de 2002”*.

DEMANDA

Los ciudadanos antes mencionados, en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad, solicitan a esta Corporación se declare la nulidad del artículo 43 del Decreto 1406 de 1999, el cual aparece visible a folios 7 de ambos procesos y es del siguiente tenor:

"ARTICULO 43. El paz y salvo como requisito para el traslado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Traslado de un afiliado independiente que se haya retirado de una Entidad Promotora de Salud, adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos, se hará efectivo a partir del momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el SGSSS a la entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliado.

Párrafo: Lo dispuesto en este artículo será aplicable a los afiliados dependientes que se trasladen sin haber cancelado sus obligaciones pendientes con el sistema por concepto de copagos o cuotas moderadoras.”

Así mismo, aparece como norma demandada en el proceso 1472-09, inciso segundo del párrafo 2° del artículo 2° del Decreto 2400 de 2002, que en lo pertinente reza:

“Cuando se pretende 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 periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes.”

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

- Expediente 1472-09:

Considera la actora que el contenido de los artículos demandados vulnera el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, con el argumento de que bajo ninguna circunstancia las EPS pueden causar deudas ni intereses a los trabajadores independientes durante el lapso que dure la suspensión de la prestación del servicio de salud, pues asegura que una cosa es que el trabajador al momento del retiro por desafiliación debidamente reportada en el formulario de autoliquidación quede adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos al Sistema General de Salud y otra muy distinta que deje de aportar al sistema.

Para desarrollar lo anterior, hace un parangón entre esos dos casos indicando que para el primero, cuando la desafiliación ocurre por pérdida de capacidad de pago del trabajador independiente y queda adeudando sumas de dinero por concepto de cotizaciones o copagos, la consecuencia directa es la suspensión del servicio de salud y la exigencia del pago de lo debido pero sólo hasta la fecha en que se produzca la suspensión, pues a partir de allí no se puede causar deuda alguna. Y para el segundo caso, esto es cuando el trabajador deje de cotizar sin el aviso previo respectivo, la consecuencia directa es la suspensión de la afiliación que conlleva a la suspensión del servicio de salud; tampoco puede haber lugar a causación de la deuda y menos de los intereses moratorios, en razón a que a nadie se le puede obligar a pagar un servicio que no ha recibido.

Concluyó, respecto de la disposición contenida en el decreto 2400, que la desafiliación de los trabajadores independientes por pérdida de capacidad de pago, no puede convertirse en una deuda para la EPS ni tampoco daría lugar al cobro de los aportes durante el tiempo transcurrido entre la desafiliación y su posterior solicitud de reafiliación, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la seguridad social en salud, resultando beneficiarias de tal situación las EPS en detrimento del trabajador, lo cual, a su juicio, no se compadece con la labor de protección que al respecto debe brindar el Estado.

- Proceso 0414-09:

En este proceso se señalaron como normas violadas los artículos 209 de la Ley 100 de 1993 y 48, 49 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Al desarrollar el concepto de violación coincidió con lo dicho en el proceso al que este se acumula, pues reitera que la disposición acusada vulnera el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, toda vez que las EPS no pueden causar deuda ni intereses a los trabajadores independientes por el periodo de suspensión del servicio de salud.

Dijo que las EPS están incurriendo en una práctica indebida cuando de manera irregular proceden a cobrar al afiliado independiente las cotizaciones causadas durante el tiempo de suspensión del servicio más los intereses moratorios, pues ello conlleva al cobro de un servicio que no se ha prestado, lo cual considera desproporcionado.

TRAMITE PROCESAL

La demanda presentada por la ciudadana Restrepo Aristizabal fue admitida mediante auto del 8 de abril de 2010, en donse se decidió, además de la admisión de la misma, la solicitud de suspensión provisional, la cual fe denegada. Por su parte, la demanda presentada por el ciudadano Garcia Betancur fue admitida el 4 de agosto de 2010, corriendo la misma suerte la solicitud de suspensión provisional que allí también se pidió.

En virtud del auto de 5 de mayo de 2011, proferido por la Magistrada Doctora Bertha Lucía Ramírez de Paez, visible a folio 139 del expediente 0414-09, se remitió el asunto para analizar la posible acumulación en atención a lo establecido en los artículos 157 a 159 del Código de Procedimiento Civil, lo cual acaeció mediante auto del 29 de marzo de 2012, proferido dentro del expediente 1472-09, obrante a folio 129 del proceso 1427.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Como quiera que en ambos procesos la parte demandada utilizó argumentos relativamente parecidos, se procede a condensarlos de la siguiente manera:

El **Ministerio de la Protección Social**, por conducto de apoderado, contestó la demanda oportunamente oponiéndose a las pretensiones de la misma.

En primer lugar alegó una indebida interpretación de las normas demandadas, pues pretenden demostrar que las disposiciones acusadas no se ajustan a lo establecido en el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, cuando este trata de aspectos diferentes a los consagrados en las disposiciones demandadas.

Consideró que el artículo 43 demandado se refiere a la figura del traslado consistente en un derecho para cuyo ejercicio se establece una regla según la cual para que se pueda hacer efectivo, el afiliado debe estar al día en el pago de aportes y copagos, mientras que la otra norma demandada se refiere a la desafiliación por mora en el pago de aportes, situación que supone un incumplimiento del afiliado de pagar los aportes, o de no informar oportunamente sobre su incapacidad de pago o cualquier otra novedad.

Con base en la anterior explicación, dijo que se está ante una falta de correspondencia en la demanda entre lo acusado, los cargos que la sustentan y el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que se dice vulnerado, pues mientras este último dispone que durante el periodo en que se encuentre suspendida la afiliación y por consiguiente la prestación del servicio de salud no habrá lugar a pago de intereses, las disposiciones acusadas atienden dos supuestos totalmente diferentes, pues una se refiere a las condiciones que se deben dar para lograr el

traslado de una EPS a otra y la segunda abarca la situación de la desafiliación por mora en los copagos o cotizaciones.

Por lo anterior solicitó se declare la excepción de inepta demanda, porque en su criterio del concepto de violación de la demanda no se pueden inferir las razones por las cuales las normas acusadas violan los artículos 209 de la Ley 100 de 1993 y 48, 49 y 53 de la Constitución Política.

Seguidamente, y luego de exponer los argumentos formales por los cuales se deben denegar las pretensiones de la demanda, advirtió que el Sistema General de Seguridad Social se estructura, entre otros, en los principios de integralidad y correlatividad que establecen que a través de las obligaciones de los afiliados al pago mensual de las cotizaciones para cubrir el riesgo de la salud, se pueda prestar de manera eficiente este servicio.

Terminó reiterando la confusión e interpretación equivocada en que incurre la demandante respecto de las normas que acusa frente a la que aparentemente está siendo vulnerada, pues cada una se refiere a conceptos diferentes, recordando nuevamente que el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 prevé la suspensión de la afiliación y no el traslado (artículo 43 del Decreto 1406 de 1999) ni la desafiliación (artículo 2°, inciso segundo, párrafo 2° del Decreto 2400 de 2002). Para aclarar lo anterior, procedió a citar las normas que contienen la definición de cada situación.

Por su parte **el Ministerio de Hacienda y Crédito Público** en ambas demandas ejerció su derecho de defensa manifestando que la parte demandante confunde el contenido del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, porque este contempla que si no se hace la cotización obligatoria en salud, se produce la consecuencia jurídica de la suspensión de la afiliación y la pérdida del derecho a la atención del POS, por lo que es claro que por este periodo no se puede causar deuda ni interés de ninguna clase y la norma demandada en cambio, debe ser interpretada en el contexto normativo que le sirve de marco, que está prevista para proteger al afiliado al sistema que pierda la capacidad de pago.

Precisó que una cosa es el traslado de un afiliado a otra EPS y otra la suspensión de la afiliación regulada en el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, ya que el artículo demandado consagra que el afiliado que desee trasladarse a otra

EPS debe pagar las sumas adeudadas por concepto de copagos y cotizaciones, obviamente respecto de los servicios prestados o cubiertos.

ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, al emitir su concepto de fondo solicitó, en ambas demandas, se accediera a las pretensiones de las mismas. Luego de efectuar un análisis de las excepciones propuestas por la parte demandada y manifestar su desacuerdo frente a las mismas, consideró que las normas acusadas, al exigirle al trabajador independiente el pago de las cuotas atrasadas para poder trasladarse a otra EPS o afiliarse a la misma, desconoce que el Estado está para garantizarle a todos los habitantes del territorio el derecho irrenunciable a la seguridad social, que comprende, entre otros aspectos, la posibilidad de afiliarse a una entidad prestadora del servicio de salud, teniendo en cuenta que es un servicio público obligatorio.

Asegura que no puede ser de recibo que a la persona independiente que pretenda afiliarse o trasladarse a una EPS, se le exija el pago de las cuotas atrasadas, porque se entiende que ésta es una nueva vinculación.

Se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Previo a exponer el problema jurídico a resolver, si a ello hubiera lugar, dirá la Sala en primer lugar que es necesario referirse a un pronunciamiento que emitió esta Corporación, en el cual si bien no se analizó exactamente la disposición acusada, si se efectuó el estudio de un literal que forma parte integral del mismo artículo en el cual se encuentra el aparte que aquí se acusa, y cuyos argumentos resultan de vital importancia para ser tenidos en cuenta, con el fin de delimitar el marco en el cual se planteará la controversia.

Tal norma es el literal a) del art. 2° del Decreto 2400 de 2002, el cual hace alusión a la figura de “desafiliación” de una EPS, y que es del siguiente tenor:

“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 UPC adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud*

..."

El anterior literal fue declarado nulo por esta Corporación mediante fallo del 29 de septiembre de 2011, dentro del proceso referenciado con el número 1476-06, con ponencia del Magistrado Alfonso Vargas que en lo pertinente dijo:

“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.”

Así pues, se dejó dicho en la sentencia en cita que no puede consagrarse como una causal de desafiliación de una EPS el hecho de que hayan transcurrido 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, pues como se vio, fue una causal no consagrada por el legislador.

Ahora bien, la frase *“...por los periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes.”* contenida en el párrafo 2º, inciso segundo del mismo artículo 2º, fue igualmente objeto de análisis por esta Corporación en providencia del 12 de abril de 2012,

dentro del proceso referenciado 1838-06, con ponencia del Dr. Alfonso Vargas Rincón, en la que se :

“Sobre este particular, es del caso dejar en claro que esta Sección en sentencia de 29 de septiembre de 2011 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 transcrito, 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 párrafo 2° del Decreto 1703 de 2002 modificado por el artículo 2° 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 periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes**".*

Así las cosas, y de conformidad con las sentencias transcritas, el inciso segundo del párrafo que se demanda, del artículo 2° del Decreto 2400 de 2002, rige en la actualidad de la siguiente manera: "Cuando se presente mora en el pago de aportes, la persona deberá pagar la totalidad de los aportes adeudados al Sistema con sus intereses correspondientes. La EPS podrá compensar por los periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida." y respecto de esa literalidad, se efectuará el estudio pertinente.

En ese orden de ideas, se dirá que los artículos cuya nulidad se pide, son del siguiente tenor:

Del inciso segundo, parágrafo 2º del artículo 2º del Decreto 2400 de 2002:

“Cuando se presente mora en el pago de aportes, la persona deberá pagar la totalidad de los aportes adeudados al Sistema con sus intereses correspondientes. La EPS podrá compensar por los periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida”

Y del Decreto 1406 de 1999:

“Artículo 43. El paz y salvo como requisito para el traslado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El traslado de un afiliado independiente que se haya retirado de una Entidad Promotora de Salud, adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos, se hará efectivo a partir del momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el SGSSS a la entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliado.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo será aplicable a los afiliados dependientes que se trasladen sin haber cancelado sus obligaciones pendientes con el sistema por concepto de copagos o cuotas moderadoras.”

Según las demandas que de manera acumulada se estudian en este momento, se tiene que a juicio de los demandantes dichas disposiciones vulneran de manera ostensible el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase.”

De inmediato la Sala considera que el artículo demandado no hace referencia a la situación que sí dispone el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, pues la prima normativa se dirige a establecer una exigencia para efectuar el traslado, que dista mucho de la prohibición que consagra el artículo de la Ley 100.

En efecto, mientras la disposición acusada de 1999 consagra un requisito para poder trasladarse de una EPS a otra, cual es la de “cancelar” las obligaciones pendientes por concepto de cotizaciones o copagos, lo que la disposición define como “paz y salvo”, la norma respecto de la cual se predica su vulneración, esto es el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, sólo advierte que mientras dure la “suspensión” de la prestación del servicio de salud por concepto de mora en el pago de cotizaciones, no se generará deuda ni interés de ninguna índole.

Nótese que la norma acusada hace alusión a lo que es un deber de todo afiliado al sistema general de seguridad social en salud, que es el de pagar las

cotizaciones mensuales con el fin de cubrir el riesgo de salud, obviamente mientras tuvo acceso a la prestación del servicio de salud, y no al tiempo de suspensión del servicio por mora en el pago de las cotizaciones.

Respecto de la naturaleza de las cotizaciones en el sistema general de seguridad social en salud, la sentencia C-1040-03 de la Corte Constitucional precisó:

*“2. Tratándose del servicio público de la seguridad social en salud, éste requiere contar con un flujo constante de recursos **que permita su financiación** y por ende la atención adecuada y oportuna de las prestaciones correspondientes. Estos recursos provienen básicamente de las cotizaciones de sus afiliados, **las cuales son establecidas por el Estado en ejercicio de su potestad impositiva. Dichas cotizaciones constituyen contribuciones parafiscales, pues se cobran de manera obligatoria a un determinado número de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados.**”*

Sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y su destinación específica la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa. Ha dicho la Corte:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

“Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del

presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud”¹

Por su parte, la disposición de la Ley 100 de 1993 es clara al manifestar que durante el tiempo de **suspensión** no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase, sin que ello quiera significar que cuando el afiliado se encontraba activo en el sistema general de seguridad social en salud haya podido incurrir en mora, caso en el cual debe cancelar las cotizaciones y/o copagos si pretende trasladarse de una EPS a otra.

En este punto es dable advertir que la figura de la suspensión de la afiliación se encuentra establecida en el artículo 57 del Decreto 1406 de 1999, que en lo pertinente dispone:

“La afiliación a la EPS será suspendida después de un mes de no pago de la cotización correspondiente al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso, o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un afiliado dependiente no cancele la UPC que corresponda.”

Hasta aquí se puede deducir claramente que después de un mes de no pago de la cotización por parte del “afiliado”, el servicio será suspendido, con dos situaciones que necesariamente tendrán que generarse: Una, como ya se dijo, la suspensión del servicio; y Dos, el deber de cancelar ese mes al que estaba obligado a pagar y que por falta de capacidad de pago se dejó de hacer y que conllevó a la sanción establecida en el citado artículo.

Así pues, no significa que el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 condone el pago de las cotizaciones no pagadas, lo que señala esta disposición es que mientras dure la suspensión del servicio no se generará ni deuda² ni interés, lo que dista mucho del alcance que pretenden darle los demandantes al artículo 43 del Decreto 1406 de 1999, pues este solo exige el pago de las cotizaciones no pagadas, las cuales son, **en el caso de los trabajadores independientes**, las dejadas de pagar antes de la suspensión del servicio de salud, que como se vio no puede superar el mes calendario³.

¹Sentencia C-577 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Doctrina reiterada en las Sentencias SU-480 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, entre otras

² Según la Real Academia de la Lengua significa “Obligación que alguien tiene que pagar, satisfacer o reintegrar a otra persona algo, por lo común dinero.”

³ Ver sentencia C 177-98

En palabras más sencillas, y analizando armónicamente los artículos 43 y 57 del decreto demandado junto con el 209 de la Ley 100 de 1993, al trabajador independiente que incurra en mora en el pago de sus cotizaciones se le debe suspender el servicio de salud en el mes siguiente a la ocurrencia de la mora (artículo 57 del Decreto 1406 de 1999) y en caso de que pretenda cambiarse de EPS, deberá cancelar el mes que adeuda (artículo 43 ibídem) y que generó la suspensión del servicio de salud, **y no cotizaciones durante el tiempo de suspensión, pues mal se haría en generar las mismas respecto de un servicio que legalmente no se puede prestar.**

Bajo el anterior derrotero, se tiene que el art. 43 del Decreto 1406 de 1999 no vulnera el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 ni desconoce los derechos fundamentales de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando exige, que para el cambio de EPS se deba estar a “paz y salvo” con el Sistema.

No se sustrae la Sala de la situación que puede estar presentándose en el sentido de que las EPS exijan para liberar de las obligaciones al afiliado que pretende trasladarse a otra entidad, el pago de las cotizaciones mensuales adeudadas donde indebidamente puedan estarse incluyendo los meses durante los cuales se encontró suspendido el servicio. **No obstante, frente a este anómalo actuar de las EPS no cabe cosa distinta que un llamado de atención por parte de esta Corporación, pues la mala interpretación y aplicación de la norma por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud es una conducta que merece todo el reproche y las sanciones legales por parte de los entes de control y vigilancia, no así la declaratoria de nulidad que por esta vía se solicita.**

Por otra parte, y en lo referente al otro artículo demandado, esto es el párrafo segundo, del inciso segundo del artículo 2º del Decreto 2400 de 2002, se dirá que tal y como quedó dicha disposición luego de los efectos de la nulidad parcial que sobre el recayera, tampoco vulnera las normas legales y constitucionales alegadas como violadas.

Reitera la Sala lo dicho en párrafos precedentes cuando explicó el sentido y alcance del artículo 43 del Decreto 1406 de 1999, pues la misma argumentación cabe para despachar de la misma manera el cargo endilgado a esta disposición,

pues esta norma no se refiere al término de suspensión de que trata el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, ya que como se indicó en párrafos precedentes, es deber del afiliado pagar las contribuciones a las que se comprometió una vez se vinculó al régimen contributivo.

Ahora bien, podría surgir la duda respecto de los intereses que exige la norma cuando se presente mora en el pago de aportes, sin embargo, se reitera, esta disposición no incluye (pues por ningún lado así lo dice) el tiempo de suspensión de la prestación del servicio de salud, debiéndose entender que los intereses surgen por la mora de las cuotas pendientes, no así de los meses en que la afiliación estuvo suspendida.

Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el artículo 53 [3] del Decreto 1406 de 2009, que en lo pertinente dice:

“Artículo 53. Imputación de Pagos en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. La imputación de pagos por cotizaciones realizadas a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones se efectuará tomando como base el total de lo recaudado para cada uno de dichos riesgos, y conforme a las siguientes prioridades:

(...)

3. Aplicar al interés de mora por los aportes no pagados oportunamente y correspondientes al período declarado”.

Expuesto lo anterior, la Sala despachará desfavorablemente las súplicas de la demanda.

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

F A L L A

DENIÉGASE LA NULIDAD del artículo 43 del Decreto 1406 de 1999 y del inciso segundo, párrafo 2º del artículo 2º del Decreto 2400 de 2002.

Aceptase la renuncia de poder presentada por el abogado Germán Arturo Medina Ávila (fl. 149, Exp. 1472-09) como apoderado del Ministerio de Salud y

Protección Social. Reconócese a la dra. Luz Dary Moreno Rodríguez como apoderada de esta entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido a fl. 175 de este expediente.

En firme esta providencia, 0.archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Exp. Acum. Nos. 1472-09 y 0414-09

**Actor: ANGELA MARÍA RESTREPO ARISTIZABAL Y ANTONIO JOSÉ GARCÍA
BETANCUR**