



## Sentencia 00049 de 2010 Consejo de Estado

SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Marco conceptual y normativo

La prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, así lo dispone el artículo 48 constitucional, cuando señala que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, es decir, que este derecho no sólo tiene sustento constitucional, sino también legal y compete al Estado a través de su política social hacerlo efectivo en beneficio de la colectividad, dado el carácter de servicio público esencial que le es inherente y que implica su cobertura para todos los habitantes del territorio nacional, siendo posible que además del Estado los particulares también tengan a su cargo la prestación de este servicio, a través de la delegación que el Estado les hace. El permitir que no sólo el Estado sea el que asuma la prestación de este servicio, redundando en beneficio de los asociados, porque así se logra su prestación sin interrupción, para lo cual además es necesario que tanto el Estado como los particulares a cuyo cargo se encuentra este servicio, reciban oportunamente los valores per cápita que se invertirán en el costo del mismo y que constituyen una de las formas de financiamiento del sistema e implican el desarrollo del principio de solidaridad previsto en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 el cual constituye un deber exigible a las personas, que hace referencia a la obligación que tienen los administrados de contribuir con su esfuerzo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual lleva forzosamente a concluir que éstos deban cotizar, si tienen ingresos, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el equilibrio del sistema y cumplir con uno de sus objetivos cuál es el de garantizar la ampliación de su cobertura hasta lograr que toda la población acceda sin discriminación a este servicio. De esta manera queda demostrado que tanto el derecho a la salud como el derecho a la seguridad social, son derechos prestacionales para cuya efectividad requieren normas presupuestales, de procedimiento y de organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. De este conjunto normativo cabe destacar el numeral 1º del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 que establece como formas de participación en el servicio esencial de salud, la afiliación al régimen contributivo integrado por las personas vinculadas a través de un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados, los jubilados y los independientes con capacidad de pago; y al régimen subsidiado integrado por las personas que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

*NOTA DE RELATORIA:* Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 2; LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 157 NUMERAL 1

NORMA DEMANDADA: DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 71

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - En régimen contributivo es responsabilidad del empleador pagar su aporte y el del trabajador a su servicio / REGIMEN CONTRIBUTIVO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - El aporte o cotización es obligatorio en vigencia de la relación laboral

Todas las obligaciones del empleador, relacionadas con la financiación del régimen contributivo, se establecen “en consonancia con el artículo 22 de esta ley”, es decir, que se considera al empleador “responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio”, para lo cual se le autoriza a descontar del pago salarial el aporte que corresponde a los trabajadores. La citada norma establece finalmente: “El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”. A los trabajadores, por su parte, les corresponde en su condición de afiliados al sistema, entre otras, la obligación de “facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar” (Ley 100, art. 160, num. 3º). Del recuento normativo efectuado puede concluirse que en la concepción legal del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, los aportes o cotizaciones constituyen una obligación ineludible para la financiación del mismo y que dicha obligación se sitúa en cabeza de los empleadores, sean ellos del sector público o del sector privado. Es claro también que no fue voluntad del legislador establecer excepciones a la cotización durante la vigencia del vínculo laboral, pues aparte de señalarla con el criterio imperativo que se ha explicado, impuso a los empleadores la obligación de informar las novedades laborales de los trabajadores pero no estableció excepciones a la cotización al presentarse tales novedades, siempre que éstas supongan la vigencia del vínculo laboral. En este orden y frente al régimen contributivo, el artículo 26 del Decreto 806 de 1998 establece que este compromiso económico está a cargo del afiliado y su empleador y constituye una obligación inherente al servicio derivada de la necesidad

de contribuir al financiamiento del sistema, por lo cual, en caso de mora puede ocurrir, la suspensión del servicio o la desafiliación del sistema. Consecuente con lo hasta aquí expuesto, es evidente que la cotización al sistema de salud en el régimen contributivo, es obligatoria en vigencia de la relación laboral y que las normas que así lo disponen, no consagran excepciones a esta obligación-deber.

*NOTA DE RELATORIA:* Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 210 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 160 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 26

NORMA DEMANDADA: DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 71

LICENCIA NO REMUNERADA Y SANCION DISCIPLINARIA - Procedencia / LICENCIA NO REMUNERADA - Al no comportarse retiro definitivo del servicio, ni rompe la relación laboral obliga al empleador los pagos en salud / SUSPENSION DISCIPLINARIA - Al no comportarse retiro definitivo del servicio ni rompe la relación laboral obliga al empleador los pagos en salud / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Principio constitucional de continuidad del servicio / SEGURIDAD SOCIAL - Reserva legal

Corresponde ahora establecer si las novedades laborales denominadas “suspensión disciplinaria” y “licencia no remunerada” en el régimen legal laboral de los empleados públicos suponen la vigencia del vínculo laboral con el Estado o si durante tales situaciones administrativas desaparece dicho vínculo, para finalmente determinar si el contenido normativo demandado debe o no anularse. La licencia es la separación transitoria del ejercicio del cargo por solicitud propia que implica la interrupción de la relación laboral pública y la suspensión de los efectos jurídicos, y de los derechos y obligaciones del empleado. Esta situación administrativa esta consagrada como un derecho al tenor de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 2400 de 1968, reiterado jurisprudencialmente. Por su parte la suspensión como sanción disciplinaria, se impone al servidor que es encontrado responsable de alguna de las faltas que traen como consecuencia la separación temporal del ejercicio del cargo, una vez culminado el proceso disciplinario. En efecto, durante la ocurrencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, el servidor queda transitoriamente separado del ejercicio de su cargo, es decir, se presenta una interrupción de la relación laboral entre el servidor y la Administración y por ende durante su vigencia no percibe remuneración alguna y tampoco dicho término puede computarse para efectos prestacionales, no obstante que el vínculo laboral se mantiene vigente y es por ello que culminado el período de licencia o de sanción, el servidor debe reincorporarse inmediatamente a su empleo so pena de incurrir en abandono del cargo. En este orden de ideas, puede concluir la Sala que la licencia no remunerada y la suspensión disciplinaria que no comporte retiro definitivo del servicio, no rompen la relación laboral, por lo que es válido afirmar que se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema, al igual que ocurre en tratándose de empleador privado, pues no se evidencia una razón jurídica o fáctica que haga procedente el trato diferente para uno u otro. El exceptuar al Estado en su carácter de empleador, de pagar el aporte a la Seguridad Social está desconociendo uno de los principios pilares del sistema de salud y que no es otro que el de la continuidad en la prestación del servicio de salud por el cual propende nuestro Estado Social de Derecho. El principio constitucional de la continuidad del derecho en el sistema de seguridad social. La Corte Constitucional, en la sentencia SU-562 de 1999 expresó sobre el particular la tesis de la continuidad del derecho en el servicio público de la seguridad social, apreciación que la Sala comparte: “...Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 de la C. P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º. Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción. (...). En este orden de ideas, se establece en materia de seguridad social una reserva legal que debe ser respetada, en especial por el gobierno cuando hace uso de la potestad reglamentaria entendida como la facultad constitucional que se le atribuye de manera permanente para expedir disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la complementa en los detalles y pormenores necesarios que permitan su aplicación. Este poder reglamentario se encuentra limitado en su función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley.

*NOTA DE RELATORIA:* Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 7

NORMA DEMANDADA: DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 71

COTIZACIONES EN SALUD - Ni por huelga ni suspensión del contrato ni por suspensión disciplinaria ni por licencia no remunerada se pueden dejar de pagar / APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL - Al exonerar al pago por licencia no remunerada o suspensión por falta disciplinaria vulnera

los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley / EXCEPCIONES AL DEBER DE COTIZACION EN SALUD - Ilegalidad de las establecidas en el Decreto 806 de 1998

En efecto, si conforme a la Constitución los mecanismos de acceso al sistema de seguridad social son de competencia exclusiva del legislador, resulta lógico que las restricciones que se impongan para acceder al mencionado sistema deben tener también su fuente en la ley. Invocando las citadas normas, el Decreto 806 de 1998 introduce en el artículo 71 las siguientes interrupciones o excepciones al deber de cotización de los empleadores y los trabajadores al sistema de salud: En primer lugar, contempla el caso de la huelga o suspensión del contrato de trabajo: aquí se trata en realidad de una sola situación jurídica, cual es la suspensión del contrato de trabajo, respecto de la cual la ley laboral contempla diversas causales, una de las cuales es el caso de la huelga legalmente declarada. En segundo lugar, la norma introduce variación a las reglas de cotización al sistema de salud en los casos de suspensión disciplinaria o de licencia no remunerada de servidores públicos, al consagrar que en caso de que se presente una cualquiera de estas situaciones administrativas, no hay lugar al pago de los aportes a la seguridad social y que este pago se reanuda cuando concluya el período de la licencia o de la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período. Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema. Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado. Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social.

*NOTA DE RELATORIA:* Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 806 DE 1998

*NOTA DE RELATORIA:* Cita sentencias de la Corte Constitucional, C-263 de 1996, MP. Antonio Barrera Carbonell y C-1435 de 2000, MP. Cristina Pardo Schlesinger.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 71

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).

Rad. No.: 11001-03-25-000-2006-00049-00(1067-06)

Actor: MARIA CAROLINA CARRILLO GARAY

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

La demanda. En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, acude a esta jurisdicción la señora María Carolina Carrillo Garay, en procura de la declaratoria de nulidad de la siguiente disposición en los apartes que se subrayan:

DECRETO 806 DE 1998

(Abril 30)

*“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 salud como servicio de interés general en todo el territorio nacional.”*

ARTÍCULO 71, COTIZACIONES DURANTE EL PERIODO DE HUELGA O SUSPENSION TEMPORAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. En los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato.

En caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período.

Como sustento fáctico de la pretensión argumenta la demandante que la seguridad social y la atención de la salud como servicio público encuentran sustento en los artículos 48 y 49 constitucionales, y en tal virtud el Estado como garante de la prestación de este servicio, cuenta con mecanismos y organismos de creación legal, dentro de los que se encuentra el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que como encargado de la dirección del Sistema de Seguridad Social en Salud define el monto de la cotización de los afiliados al sistema como uno de los principales recursos con los cuales se financia este servicio y que se conoce como la Unidad de Pago por Capitación -UPC-. Unidad de pago que el Estado se compromete a pagar mensualmente a las EPS, a cambio de la prestación del servicio de salud de aquellos afiliados que paguen su cotización al sistema.

Agrega que, siendo la Unidad de Pago por Capitación -UPC-, un elemento central del Sistema de Seguridad Social en Salud, establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, no puede el Ministerio de Salud a través de un decreto disponer que el Estado empleador, está exento de realizar los aportes a la Seguridad Social en Salud cuando han sido suspendidos en el ejercicio de sus cargos por sanción disciplinaria o por una licencia no remunerada, y aún así seguir disfrutando del servicio de salud, pues además de que ello crea un desequilibrio económico, se expone al trabajador a que la EPS le niegue la prestación del servicio porque al suspenderse la relación laboral se suspenden los derechos accesorios a la misma, dentro de los cuales se encuentra el de la seguridad social en salud.

Como causales de anulación la actora le atribuye al aparte normativo demandado, las siguientes:

1. Infracción de normas superiores, por desconocimiento de los derechos a la salud, a la igualdad y a la seguridad social en salud, en cuanto la norma está creando una prerrogativa favorable al Estado a quien se exime de realizar la cotización en salud cuando sus servidores han sido suspendidos en el ejercicio del cargo, por sanción disciplinaria o licencia no remunerada, contrario a lo que ocurre con el empleador privado quien debe asumir esta obligación cuando hay suspensión del contrato de trabajo.

Agrega la demandante que el aparte normativo demandado desconoce que a la seguridad social en salud se le otorgan dos características esenciales, la de ser un derecho irrenunciable y, la de ser un servicio público de carácter obligatorio organizado, dirigido y reglamentado por el Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, a cuyo sostenimiento deben concurrir todos los actores del sistema sin excepción alguna, por lo que no es aceptable que cuando el empleador sea el Estado, se le exima de pagar la cotización en salud de los servidores que suspenden el ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada.

2. Ilegalidad porque como lo establece el artículo 2º literal b de la Ley 100 de 1993, si uno de los pilares fundamentales del Sistema de Seguridad Social es el principio de universalidad en procura de la protección para todas las personas sin ninguna discriminación, no puede el gobierno central a través de un decreto, establecer, como lo hace en la norma demandada, beneficios o prerrogativas para el Estado como empleador al punto de exonerarlo de la obligación de realizar los aportes correspondientes a la Seguridad Social en Salud cuando sus servidores se encuentren suspendidos en el ejercicio de sus funciones por el disfrute de licencia no remunerada o por sanción disciplinaria, y a pesar de ello obligar al sistema a prestarles el servicio a través de las EPS, sin pago de cotización.

Agrega la actora que además del anterior principio, se desconocen también el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 que establece la equidad como una regla del servicio público y el principio general conocido como “de equilibrio financiero” a que alude la jurisprudencia constitucional en la sentencia SU 480 de 1997 y que implica para la efectiva prestación del servicio de salud, que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia se coloque a la EPS en condiciones desfavorables para el cumplimiento de la prestación de este servicio, como ocurre en la descripción normativa demandada, en la cual a pesar de exonerarse del pago de los aportes en salud, se está obligando a la EPS a prestar dicho servicio.

Contestación a la demanda. El Ministerio de la Protección Social en escrito anexo a los folios 48 a 59, se opone a la prosperidad de las pretensiones anulatorias del aparte normativo demandado. Argumenta que la Seguridad Social en Salud es un derecho de desarrollo progresivo cuya cobertura no es inmediata sino acorde con la evolución de las finanzas del sistema en procura de lograr el equilibrio financiero, razón por la cual cuando se presenta una cualquiera de las eventualidades que la norma demandada contempla, esto es, licencia no remunerada o suspensión disciplinaria, en las que se suspende la prestación del servicio y por ende el pago de salario, no puede obligarse al empleador a seguir cotizando, pero ello no implica que al servidor suspendido o en licencia no se le pueda prestar el servicio de salud, porque para el cubrimiento de estas eventualidades está diseñado el sistema de salud, que le permite a quien en un momento dado pierde su capacidad de pago, recibir los servicios de salud a través del régimen subsidiado, o, con cargo a los recursos de la oferta.

Coadyuvante. A folios 65 a 71, el ciudadano Juan Guillermo Salgado Arias presentó escrito de coadyuvancia, en el que manifiesta que la norma demandada es violatoria de los principios de la función pública, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, al colocar a las Entidades Promotoras de Salud en situación de desigualdad al tener que prestar los servicios médicos, con cargo a sus propios recursos, a aquellos usuarios que se encuentran en cualquiera de las situaciones que la norma demandada contempla. Adicionalmente considera que no es acertada la afirmación que hace el Ministerio de Protección Social, sobre la garantía de recibir atención médica por todos los ciudadanos, aún aquellos que perteneciendo al régimen contributivo, por situación de licencia o sanción disciplinaria no cotizan al sistema, porque debido a su capacidad de pago no pueden recibir los servicios médicos derivados del régimen subsidiado.

Considera que es inequitativo que un empleador del sector privado deba asumir el porcentaje correspondiente a la cotización en salud, aún cuando el trabajador esté ausente por licencia no remunerada o sanción disciplinaria, y por el contrario cuando el patrono es el Estado, y el servidor se encuentra en una cualquiera de estas situaciones administrativas, no existe la obligación de pagar dicho porcentaje.

Finalmente afirma que el Estado no puede a través de un decreto eximirse del pago a la seguridad social que consagra una norma superior como lo es la Ley 100 de 1993.

#### TRAMITE

Vencido el término de fijación en lista (Fol. 60) se abrió el proceso a pruebas por auto del 30 de octubre de 2006 (Fol. 61) y concluida esta etapa se dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (Fol. 64).

Al descorrer el traslado la demandante reitera la totalidad de los argumentos consignados en el escrito de demanda y frente a los planteamientos del Ministerio de Protección Social antes Ministerio de Salud, precisa que las causales de ilegalidad que se alegan como sustento de la pretensión anulatoria se encuentran sustentadas en la violación de derechos de carácter fundamental del orden constitucional, concretamente los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social, y en la ilegalidad.

Afirma la parte demandante que el Ministerio desconoce que en los eventos contemplados en el inciso segundo del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, no ocurre la terminación del contrato de trabajo sino su suspensión, lo cual impide al servidor vincularse, como beneficiario al sistema de salud, o al régimen subsidiado por pérdida de la capacidad de pago, que como alternativas son planteadas para la continuación de la prestación del servicio de salud al servidor que se encuentra en una cualquiera de las situaciones que la norma contempla, esto es, licencia no remunerada o suspensión disciplinaria.

Con base en lo expuesto insiste la demandante en la prosperidad de la pretensión anulatoria del inciso 2º del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, agregando que además de la vulneración de los derechos fundamentales, dicha preceptiva, impone cargas injustificadas a los participantes del sistema (Fol. 77-83).

La entidad demandada. Luego de hacer un recuento normativo y de definir las situaciones administrativas, licencia no remunerada y suspensión del servicio como sanción disciplinaria, concluye que cuando dichas situaciones se verifican no existe prestación del servicio y por ende no hay lugar al pago de salario por parte del empleador, lo cual impide calcular y pagar aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral, no siendo posible exigirle al empleador que siga cotizando cuando ha sido el servidor el que por voluntad propia o en virtud de una falta disciplinaria, ha suspendido el ejercicio de las labores propias de su cargo por un período determinado (Fol. 65-71)

El Ministerio Público luego de un análisis de la norma censurada y de los principios que regulan la seguridad social en salud, precisa que no se encuentra una razón constitucional válida para que la administración se sustraiga del deber de pagar los aportes en las situaciones de sanción disciplinaria o licencia no remunerada del servidor público, por lo cual solicita se acceda a las pretensiones anulatorias del aparte normativo demandado (Fol. 85-93).

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico. Se concreta en determinar si la exoneración al pago de los aportes a la seguridad social, en caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos, que consagra el inciso 2º del artículo 71 del Decreto 806 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 salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional”, desconoce el derecho fundamental a la seguridad social del servidor público y vulnera los principios de igualdad, universalidad y equilibrio financiero del sistema.

Marco conceptual y normativo. De la Seguridad Social en Salud. La prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, así lo dispone el artículo 48 constitucional, cuando señala que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, es decir, que este derecho no sólo tiene sustento constitucional, sino también legal y compete al Estado a través de su política social hacerlo efectivo en beneficio de la colectividad, dado el carácter de servicio público esencial que le es inherente y que implica su cobertura para todos los habitantes del territorio nacional, siendo posible que además del Estado los particulares también tengan a su cargo la prestación de este servicio, a través de la delegación que el Estado les hace.

El permitir que no sólo el Estado sea el que asuma la prestación de este servicio, redunde en beneficio de los asociados, porque así se logra su prestación sin interrupción, para lo cual además es necesario que tanto el Estado como los particulares a cuyo cargo se encuentra este servicio, reciban oportunamente los valores *per cápita* que se invertirán en el costo del mismo y que constituyen una de las formas de financiamiento del sistema e implican el desarrollo del principio de solidaridad previsto en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 el cual constituye un deber exigible a las personas, que hace referencia a la obligación que tienen los administrados de contribuir con su esfuerzo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual lleva forzosamente a concluir que éstos deban cotizar, si tienen ingresos, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el equilibrio del sistema y cumplir con uno de sus objetivos cuál es el de garantizar la ampliación de su cobertura hasta lograr que toda la población acceda sin discriminación a este servicio.

De esta manera queda demostrado que tanto el derecho a la salud como el derecho a la seguridad social, son derechos prestacionales para cuya efectividad requieren normas presupuestales, de procedimiento y de organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. De este conjunto normativo cabe destacar el numeral 1º del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 que establece como formas de participación en el servicio esencial de salud, la afiliación al régimen contributivo integrado por las personas vinculadas a través de un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados, los jubilados y los independientes con

capacidad de pago; y al régimen subsidiado integrado por las personas que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

Como formas de financiación del primer régimen, esto es, del contributivo, se consagró la obligación de la afiliación y cotización y a este régimen se hará referencia en los párrafos subsiguientes, en cuanto implica la obligación de efectuar para el sostenimiento del sistema y disfrute de los servicios de salud, un aporte o cotización en la proporción que establezca la ley.

La cotización durante la relación laboral. En el régimen contributivo de salud, el funcionamiento del sistema supone la acción coordinada y el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores, las entidades administradoras del sistema (EPS) y los trabajadores.

Al respecto las reglas generales de la Ley 100 de 1993 son claras y concretas, como se desprende del siguiente recuento.

La cotización al sistema fue inicialmente del 12% (Ley 100, art. 204), pero en la actualidad es del 12.5% del ingreso laboral del afiliado, de los cuales el empleador debe aportar el 8.5% y el trabajador el 4% (art. 204, modificado por Ley 1122 de 2007, art. 10º).

Los empleadores, como integrantes del sistema de salud, tienen dentro de sus obligaciones la de *“pagar cumplidamente los aportes”* conforme al citado artículo 204 de la Ley 100 de 1993, como también la de *“descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio”*, para lo cual deberán igualmente *“girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud”* (Ley 100, artículo 161). También es obligación de los empleadores, relevante para los fines del asunto que se estudia, la siguiente:

*“...Informar las novedades laborales de sus trabajadores a la entidad a la cual están afiliados, en materias tales como el nivel de ingreso y sus cambios, las vinculaciones y retiros de los trabajadores. (...)”* (Ley 100, art. 161, num. 3º).

Todas estas obligaciones del empleador, relacionadas con la financiación del régimen contributivo, se establecen *“en consonancia con el artículo 22 de esta ley”*, es decir, que se considera al empleador *“responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio”*, para lo cual se le autoriza a descontar del pago salarial el aporte que corresponde a los trabajadores. La citada norma establece finalmente: *“El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*.

A los trabajadores, por su parte, les corresponde en su condición de afiliados al sistema, entre otras, la obligación de *“facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar”* (Ley 100, art. 160, num. 3º).

De otro lado, las entidades promotoras de salud, como lo dispone igualmente la ley *“son las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados, y del recaudo de las cotizaciones”* (Ley 100, art. 177).

La importancia del aporte para la financiación del sistema de salud, se evidencia en el texto de la ley de seguridad social, con el contenido del párrafo del artículo 210 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

*“...Sanciones para el empleador. (...)”*

Parágrafo.- Ningún empleador del sector público o privado está exento de pagar su respectivo aporte al sistema general de seguridad social en salud. (...)”

Del recuento normativo efectuado puede concluirse que en la concepción legal del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, los aportes o cotizaciones constituyen una obligación ineludible para la financiación del mismo y que dicha obligación se sitúa en cabeza

de los empleadores, sean ellos del sector público o del sector privado. Es claro también que no fue voluntad del legislador establecer excepciones a la cotización durante la vigencia del vínculo laboral, pues aparte de señalarla con el criterio imperativo que se ha explicado, impuso a los empleadores la obligación de informar las novedades laborales de los trabajadores pero no estableció excepciones a la cotización al presentarse tales novedades, siempre que éstas supongan la vigencia del vínculo laboral.

En este orden y frente al régimen contributivo, el artículo 26 del Decreto 806 de 1998 establece que este compromiso económico está a cargo del afiliado y su empleador y constituye una obligación inherente al servicio derivada de la necesidad de contribuir al financiamiento del sistema, por lo cual, en caso de mora puede ocurrir, la suspensión del servicio o la desafiliación del sistema.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, es evidente que la cotización al sistema de salud en el régimen contributivo, es obligatoria en vigencia de la relación laboral y que las normas que así lo disponen, no consagran excepciones a esta obligación-deber.

De licencia no remunerada y la sanción disciplinaria. Consecuente con lo hasta aquí expuesto, corresponde ahora establecer si las novedades laborales denominadas “suspensión disciplinaria” y “licencia no remunerada” en el régimen legal laboral de los empleados públicos suponen la vigencia del vínculo laboral con el Estado o si durante tales situaciones administrativas desaparece dicho vínculo, para finalmente determinar si el contenido normativo demandado debe o no anularse.

La licencia es la separación transitoria del ejercicio del cargo por solicitud propia que implica la interrupción de la relación laboral pública y la suspensión de los efectos jurídicos, y de los derechos y obligaciones del empleado. Esta situación administrativa esta consagrada como un derecho al tenor de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 2400 de 1968, reiterado jurisprudencialmente en los siguientes términos:

“(…) La licencia ordinaria es un derecho incontestable del trabajador, que ha sido consagrado en forma reiterada en nuestra legislación y celosamente respetado por el empleador, por cuanto se ha entendido siempre que el hecho de tener que privarse, durante la licencia, de la contraprestación vital de su trabajo, que es el salario, hace que el trabajador use en forma prudente esta garantía que le otorga la ley.<sup>1</sup>

Por su parte la suspensión como sanción disciplinaria, se impone al servidor que es encontrado responsable de alguna de las faltas que traen como consecuencia la separación temporal del ejercicio del cargo, una vez culminado el proceso disciplinario.

En efecto, durante la ocurrencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, el servidor queda transitoriamente separado del ejercicio de su cargo, es decir, se presenta una interrupción de la relación laboral entre el servidor y la Administración y por ende durante su vigencia no percibe remuneración alguna y tampoco dicho término puede computarse para efectos prestacionales, no obstante que el vínculo laboral se mantiene vigente y es por ello que culminado el período de licencia o de sanción, el servidor debe reincorporarse inmediatamente a su empleo so pena de incurrir en abandono del cargo.

En este orden de ideas, puede concluir la Sala que la licencia no remunerada y la suspensión disciplinaria que no comporte retiro definitivo del servicio, no rompen la relación laboral, por lo que es válido afirmar que se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema, al igual que ocurre en tratándose de empleador privado, pues no se evidencia una razón jurídica o fáctica que haga procedente el trato diferente para uno u otro. El exceptuar al Estado en su carácter de empleador, de pagar el aporte a la Seguridad Social está desconociendo uno de los principios pilares del sistema de salud y que no es otro que el de la continuidad en la prestación del servicio de salud por el cual propende nuestro Estado Social de Derecho.

El principio constitucional de la continuidad del derecho en el sistema de seguridad social. La Corte Constitucional, en la sentencia SU-562 de 1999 expresó sobre el particular la tesis de la continuidad del derecho en el servicio público de la seguridad social, apreciación que la Sala comparte:

“...Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 de la C. P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.



Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna”<sup>2</sup>. Y, a renglón seguido repite: “... resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad”<sup>3</sup>. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: “... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”.<sup>4</sup> Jean Rivero<sup>5</sup> reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2º de la C. P. que señala como uno de los fines del estado “garantizar la efectividad de los principios”. Luego, el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora (...).

El anterior planteamiento no hace otra cosa que desarrollar los principios orientadores de los servicios públicos contenidos en el artículo 53 Superior y por los cuales propende el Estado Social de Derecho.

A lo anterior debe agregarse que la continuidad contribuye a la eficiencia en la prestación del servicio, pues sólo así sería óptima y se da cumplimiento a la función administrativa del Estado consagrada en el artículo 209 superior.

De la reserva de ley en seguridad social. Nuestra Constitución Política en los artículos 48 y 49, le otorga a la seguridad social la connotación de servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

En virtud de lo anterior es válido afirmar que los mecanismos de acceso, permanencia y retiro del sistema para los trabajadores, sean estos dependientes o independientes, se encuentran sujetos a los parámetros que fije el legislador mediante el mecanismo legal ordinario -artículo 150 constitucional-.

En este orden de ideas, se establece en materia de seguridad social una reserva legal que debe ser respetada, en especial por el gobierno cuando hace uso de la potestad reglamentaria entendida como la facultad constitucional que se le atribuye de manera permanente para expedir disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la complementa en los detalles y pormenores necesarios que permitan su aplicación. Este poder reglamentario se encuentra limitado en su función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley.

Sobre esta competencia exclusiva del legislador para la organización del sistema de seguridad social, la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

“ (...) la seguridad social es un servicio público obligatorio prestado en los términos y condiciones establecidos por la ley, cuya estructura está conformada por un conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo y sistemático de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el propósito de lograr el bienestar y la integración en la comunidad. También ha sostenido esta Corte que el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de las personas y la comunidad para obtener un mejor vivir acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que los afecten; por lo tanto, el sistema implica el cumplimiento y el desarrollo de unos principios como los de universalidad, progresividad, eficacia, eficiencia y solidaridad, y comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura territorial hasta lograr que toda la población acceda al sistema

mediante mecanismos que, en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permiten que sectores con o sin capacidad económica se vinculen al sistema y puedan gozar del otorgamiento de las prestaciones en forma integral en materia de salarios y pensiones (...). En consecuencia, la organización del aparato de la seguridad social integral, cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado, cuyos objetivos básicos son los de garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes gozan de una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema o a los diversos grupos humanos de la población subsidiada o garantizar los servicios sociales complementarios; es, en criterio de esta Corporación, de reserva del legislador; por lo tanto, los mecanismos de acceso al sistema para la población de trabajadores dependientes o independientes, está condicionado por los precisos términos que establezca el legislador, mediante el ordenamiento pertinente (...)<sup>6</sup>.

Siguiendo con el anterior criterio, en otro pronunciamiento constitucional se reiteró:

(...) a partir de una interpretación sistemática de la Carta, en especial de sus artículos 1º, 2º, 56, 150-23, 365, 367, 368, 369 y 370, para la Corte es evidente que, de manera general, la atribución constitucional para regular lo concerniente a los servicios públicos es exclusiva del legislador a quien compete (...) establecer aquellos criterios normativos básicos relativos a: *"la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y vigilancia para asegurar su prestación eficiente"*<sup>7</sup>

Entonces, no cabe duda que bajo el actual esquema constitucional, el legislador es el llamado a diseñar el régimen jurídico de la seguridad social en salud, con absoluta y total sujeción a los principios superiores de eficiencia, universalidad y solidaridad, mediante los cuales se busca hacer realidad los objetivos políticos que soportan el llamado Estado Social (...)<sup>8</sup>

La Sala, además de compartir estos planteamientos, encuentra que la reserva de ley con respecto a las restricciones a los derechos en materia de seguridad social, constituye un importante criterio para el análisis del control de legalidad que debe ejercer sobre los decretos reglamentarios de la legislación de seguridad social.

En efecto, si conforme a la Constitución los mecanismos de acceso al sistema de seguridad social son de competencia exclusiva del legislador, resulta lógico que las restricciones que se impongan para acceder al mencionado sistema deben tener también su fuente en la ley.

Corolario de lo anterior, surge la conclusión que las limitaciones o restricciones a los derechos derivados del sistema de seguridad social, contemplados en los reglamentos, deviene ilegales cuando tales limitaciones o restricciones no se derivan de la propia ley reglamentada.

Las excepciones a la cotización en el Decreto 806 de 1998. El Decreto reglamentario 806 de 1998 fue expedido por el Presidente de la República en uso de la facultad reglamentaria de las leyes que le señala el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

También se indicó en el encabezado del decreto que reglamentaba el literal k) del artículo 1º de la Ley 10 de 1990, el cual a su vez define el servicio público de salud y autoriza la intervención del Estado para lograr distintas finalidades, entre ellas (literal k) la de dictar las normas sobre la organización y funcionamiento de los servicios de las instituciones de seguridad y previsión social.

Finalmente, el decreto en estudio reglamenta los siguientes artículos de la Ley 100 de 1993: el artículo 154, que regula la intervención del Estado en el servicio público de la seguridad social; el artículo 157 que clasifica los tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud y crea los regímenes contributivo y subsidiado; y el artículo 159 que garantiza a los afiliados del sistema de salud, "la debida organización y prestación del servicio público de salud" y regula los términos de la misma.

Invocando las citadas normas, el Decreto 806 de 1998 introduce en el artículo 71 las siguientes interrupciones o excepciones al deber de cotización de los empleadores y los trabajadores al sistema de salud:

En primer lugar, contempla el caso de la huelga o suspensión del contrato de trabajo: aquí se trata en realidad de una sola situación jurídica, cual es la suspensión del contrato de trabajo, respecto de la cual la ley laboral contempla diversas causales, una de las cuales es el caso de la huelga legalmente declarada.

En segundo lugar, la norma introduce variación a las reglas de cotización al sistema de salud en los casos de suspensión disciplinaria o de licencia no remunerada de servidores públicos, al consagrar que en caso de que se presente una cualquiera de estas situaciones administrativas, no hay lugar al pago de los aportes a la seguridad social y que este pago se reanuda cuando concluya el período de la licencia o de la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema.

Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado.

Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, encuentra la Sala que el gobierno al exonerar al Estado del pago de los aportes a la seguridad social cuando los servidores públicos se encuentren en licencia no remunerada o hayan sido suspendidos por falta disciplinaria de sus cargos, además de vulnerar el principio de igualdad frente al empleador privado, desbordó la potestad reglamentaria, en cuanto tal y como se consignó en los párrafos precedentes, la obligación de cotización al sistema es un deber legal que no contempla como causales de exoneración la licencia o la sanción disciplinaria de suspensión en las que a pesar de presentarse suspensión en el cumplimiento de las funciones del servidor, se mantiene vigente la relación laboral.

Finalmente el argumento del Ministerio de Protección relativo a que la ausencia de remuneración impide calcular el aporte, no es suficiente para exonerarlo de su pago, pues tal y como ocurre en el caso del empleador privado, dicho aporte puede ser calculado con fundamento en lo que ha venido devengado el empleado, pues debe recordarse que éste no ha sido desvinculado sino suspendido. Sumado a lo anterior debe recordarse que suspender el pago de los aportes constituye un riesgo no sólo para el empleado sino para el Estado-empleador, quien tendría eventualmente que asumir el riesgo no cubierto por la ausencia de cotización, lo cual generaría costos innecesarios y evitables de asumirse el pago del aporte.

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

DECLARASE la nulidad del inciso 2º del artículo 71 del Decreto 806 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 Salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional".

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NORMA DEMANDADA: DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 71

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia del 14 de junio de 1983.

2 Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

3 lb. p. 66

4 lb. p. 67

5 Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss.

6 Corte Constitucional. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-714 del 25 de noviembre de 1998.

7 Corte Constitucional. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-263 de 1996

8 Corte Constitucional. M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Sentencia C-1435 del 25 de octubre de 2000.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-08-16 23:30:19*