LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Radicación número 11001032400020060010500
Acción: Nulidad.
Actor: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR

La Caja de Compensación Familiar COMPENSAR, mediante apoderada, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del anterior C.C.A., presentó una demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la

declaratoria de nulidad de la Circular No. 0068 del 1° de diciembre de 2005, proferida por el Procurador General de la Nación, dirigida a las Entidades Promotoras de Salud, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de la Protección Social.

I-.FUNDAMENTOS DE DERECHO

Según la demandante, la Circular acusada viola las siguientes disposiciones superiores:

1.1.- Constitución Política, artículos 4, 13 y 48.

1.2.- Ley 100 de 1993, artículos 8, 13, 153, 154, 156, 157, 160, 177, 178, 182, 202, 203, 205.

1.3.- Decreto 806 de 1998, artículos 7, 8, 25, 26 y 65.

1.4.- Ley 797 de 2003, artículo 9.

2. El concepto de la violación fue expuesto por la accionante en los siguientes términos:

En primer lugar afirma que la norma acusada desconoce y vulnera manifiestamente el funcionamiento del sistema general de seguridad social.

2.1.- En cuanto a la violación al artículo 4° de la Carta Política, señala que resulta imperioso el sometimiento de todos los actos administrativos a la Constitución y la ley.

Mediante la expedición de la Circular demandada, se pretende desdeñar el régimen de seguridad social implantado por el legislador, bajo los parámetros instituidos por el constituyente primario, para dar paso a un método carente de soporte legal y económico, en la medida en que insta a las EPS a implementar mecanismos de compensación de los servicios médicos y asistenciales o prestados a los pensionados que no pueden cancelar las cotizaciones que exige el régimen contributivo de la seguridad social.

Hace referencia la Circular a la situación de aquellos pensionados a quienes se les reconoce el pago de su pensión de manera tardía y que por lo tanto cesa el pago de sus cotizaciones a la EPS hasta tanto se les materialice su derecho. Una vez se reconoce el pago de la pensión, el pagador gira a la EPS correspondiente, de manera retroactiva, las cotizaciones a que haya lugar, las cuales, a su vez, son giradas por parte de la EPS a favor del Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA.

Estos dineros que se reconocen con retroactividad no son apropiados por parte de la EPS, toda vez que la afiliación al sistema tampoco puede llevarse en forma retroactiva, y menos aún descuenta la Entidad suma alguna por pago de Unidad por Capitación UPC pues no se prestó el servicio durante ese periodo de tiempo en el cual el pensionado no estuvo afiliado.

No obstante, desconociendo el funcionamiento del sistema, la Procuraduría, mediante la Circular acusada, compele a las EPS para que implementen los mecanismos que conduzcan

a que se presten servicios médicos y asistenciales durante el período en el cual el pensionado no pagó ninguna cotización, y por ende no es afiliado, con lo cual se contraría el funcionamiento del sistema de la forma concebida por el legislador en las normas que se consideran violadas.

Se desprende que mal haría la administración en imponer obligaciones a los administrados contrarias a la Constitución y a la ley, como en el presente caso.

2.2. Violación del principio de igualdad, artículo 13 de la C.N., de los artículos 160, 202, 203 de la ley 100 de 1993 y 7, 8, 25, 26 y 65 del decreto 806 de 1998.

La inconstitucionalidad de la Circular acusada reside en el hecho de dar un trato distinto a aquellos que se encuentran en el mismo régimen, pues en el sentir del Procurador, las EPS deben compensar a los pensionados que no han podido pagar sus aportes por la mora en el reconocimiento de su pensión, de manera que privilegia a un sector de la población que tiene los mismos deberes

que todos aquellos que pertenecen al régimen contributivo.

En efecto, todos aquellos que se encuentran afiliados al régimen contributivo, sin distinción alguna, tienen la obligación de efectuar los aportes correspondientes para acceder a los servicios médico asistenciales que autoriza la EPS, según dispone el artículo 160 de la ley 100 de 1993 y las demás normas arriba citadas como violadas.

Mal podría, entonces, permitirse que un grupo de personas pertenecientes al sector de los pensionados, recibieran servicios de prestación y aseguramiento por parte de las EPS sin pagar suma alguna a título de cotización, pues ello equivaldría a propiciar un trato desigual injustificado frente a quienes sí cumplen con el pago de su cotización al sistema y en apoyo de su afirmación cita la Sentencia C-093 de 2001.

Agrega que la proporcionalidad exige que si se va a dar un trato desigual, el sacrificio no sea más gravoso que el beneficio. Es evidente que en el caso de los afiliados

al régimen contributivo no se da tal proporcionalidad, puesto que implicaría "sacrificar" los recursos del Sistema para el beneficio de unos pocos. La proporcionalidad exige que no exista otro medio al cual se pueda acudir sin tener que declinar la igualdad.

No hay razón suficiente para permitir que, en el ámbito del régimen contributivo, cuyo fundamento radica en el pago de las cotizaciones correspondientes, se permita prestar servicios asistenciales a un grupo poblacional sin exigirle erogación alguna, existiendo un régimen subsidiado que se encarga de proveer el servicio de salud a quienes no tienen capacidad de pago.

2.3. Violación de los artículos 8, 13, 154 de la ley 100 de 1993 y 48 de la Constitución Nacional.

Según indican estas disposiciones, el régimen de seguridad social en pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante

el reconocimiento de las pensiones y prestaciones económicas.

Sin embargo, estos propósitos no se están cumpliendo y existen fallas en el sistema que generan que el pago de las mesadas sean canceladas con retroactividad, al igual que los pagos derivados en salud. Pese a ello, no le es dable a la Procuraduría oponer las fallas del sistema a las EPS, obligándolas a prestar servicios sin el correlativo pago de las cotizaciones, pues la condición de cotizante implica el pago efectivo de la cuota mensual del aporte. Tampoco podría la EPS otorgar crédito y menos con una mera expectativa de su pago, pues cabe resaltar que la EPS es responsable ante el Estado de la mala utilización de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud del régimen contributivo por destinación diferente a la encomendada.

Los recursos económicos que las EPS administran, pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se manejan a través del Fondo de Solidaridad y Garantía, según las directrices emitidas por el Consejo

Nacional de Seguridad Social en Salud, y al respecto cita el artículo 154 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 48 de la C.N.

Sin pago no es factible que las EPS ofrezcan sus servicios, pues la normativa es clara en cuanto a su exigencia para acceder a ellos, pues lo contrario implicaría el reconocimiento de subsidios por parte del régimen contributivo, lo cual contradice el sistema concebido por el legislador al interferir en las variables económicas dentro de las cuales se desarrollan los regímenes contributivo y subsidiado en los parámetros trazados por la ley.

2.4. Violación de los artículos 156 de la ley 100 de 1993, 7 y 8 del decreto 806 de 1998.

La Circular desconoce la organización, el funcionamiento y la financiación del Sistema de Seguridad Social Integral en especial del Sistema de Seguridad Social en Salud, endilgándole a las EPS una carga que no les corresponde, poniendo en inminente riesgo el equilibrio

financiero del sistema así como la atención de los demás afiliados que sí cumplen con su deber de pago de aportes, configurando una situación abiertamente inequitativa.

Señala que no se trata de desconocer la problemática actual de los pensionados. Empero, son las instancias legislativa y ejecutiva las que deben señalar las directrices para que el sistema funcione de manera óptima y no el Ministerio Público a través de una Circular.

2.5. Violación de los artículos 153 y 157 de la ley 100 de 1993.

La Circular contradice estas normas, en consideración a que el legislador ha previsto un régimen especial para aquellas personas que no tienen capacidad de pago y a quienes, por ende, se les clasifica dentro del régimen subsidiado, toda vez que el régimen contributivo que administran las EPS, está diseñado para cubrir los servicios de afiliación, aseguramiento y prestación que demanda la población con capacidad de pago.

2.6. Violación de los artículos 177, 178, 182 y 205 de la ley 100 de 1993 y 8 del decreto 806 de 1998.

La Circular es contraria a estas disposiciones porque el enriquecimiento sin causa al que alude no es tal. La EPS no se apropia de los pagos retroactivos que se reconocen por concepto de salud para los pensionados, toda vez que la EPS procede a efectuar integralmente su traslado al sistema, esto es, al Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA.

Las mencionadas normas regulan las condiciones bajo las cuales se sostienen financieramente tanto el sistema como las EPS.

Lo anterior permite afirmar que las EPS no pueden descontar otras sumas que no sean aquellas que corresponden a las unidades por capitación de aquellos afiliados que hayan pagado íntegra y oportunamente la cotización mensual correspondiente. De manera que todo aquello que no sea UPC, cuotas moderadoras y copagos debe girarlo al FOSYGA.

También sostiene que es responsabilidad de las EPS, por delegación expresa del Estado, recaudar dichos pagos, que tienen el carácter de parafiscales y girarlos en su totalidad al FOSYGA. Una vez se surta el proceso de compensación, el Estado reconoce a la EPS el valor que le corresponde por cada UPC por los afiliados que hayan cancelado oportuna y totalmente su cotización y con dichos recursos es que la EPS brinda los servicios de salud a los afiliados de acuerdo a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud POS.

Adicionalmente, el Decreto 806 de 1998 establece la obligación a cargo de las EPS de prestar los servicios del POS con cargo a los recursos que les reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud por concepto de la UPC, las cuotas moderadoras y los copagos.

Advierte que el legislador previó la posibilidad de mora en el pago de las pensiones, razón por la cual estableció en el artículo 8 del decreto 806 de 1998 que en tales casos sea el pagador de la pensión quien asuma el costo

de las prestaciones económicas y las incluidas en el POS, concluyendo que las deficiencias del sistema no deben conducir a que las EPS se vean sometidas a reconocimientos que no les corresponde.

Reitera que los recursos que son pagados retroactivamente son girados al FOSYGA, por lo tanto, la obligación de compensar debe solicitarse a este y no a la EPS.

Señala que cuando la Procuraduría General de la Nación pretende que se compensen servicios no prestados, sobre la base de pagos que se efectúan posteriormente, pero de los cuales no se apropia la EPS, le está ordenando que con recursos del mismo sistema financie las prestaciones asistenciales y económicas de los pensionados que no pagan sus cotizaciones por la mora en el reconocimiento de su pensión. Esto propicia una destinación indebida de recursos que tienen el carácter de parafiscales, pues se pretende subsidiar, dentro del régimen contributivo a un sector de la población.

2.7. Violación del artículo 9 de la ley 797 de 2003.

La Circular demandada viola esta norma al desconocer que los responsables de las conductas omisivas en que incurran las entidades del sistema de pensiones no pueden ser las EPS, sino que es al Estado, al Fondo de Pensiones, al empleador y al propio afiliado a quienes debe requerirse para solicitar el cumplimiento de las obligaciones legales de reconocimiento y pago de pensión.

2.8. Existe falsa motivación y falta de soporte legal en la decisión de la Circular.

Indica que los argumentos en que se basan las instrucciones dadas a las EPS no se fundamentan en la organización del Sistema de Seguridad Social Integral si se tiene en cuenta lo que, en síntesis, a continuación describe:

2.8.1. Los subsistemas (régimen contributivo y régimen subsidiado) están establecidos para cumplir con obligaciones propias de cada uno de ellos, con cargo a los recursos que reciben para tal fin.

2.8.2. Por expresa determinación legal dichos recursos no pueden tener una destinación distinta a la que la ley ha dispuesto.

2.8.3. Existe un régimen subsidiado para aquellas personas que carecen de recursos para permanecer afiliados al régimen contributivo, a través de las administradoras del régimen subsidiado ARS.

2.8.4. El régimen contributivo ha sido diseñado para que aquellas personas con capacidad de pago, contribuyendo al sistema, deban pagar sus cotizaciones para acceder a las prestaciones asistenciales y económicas que ofrecen las EPS.

2.8.5. Las EPS sólo reciben UPC, copagos y cuotas moderadoras por los servicios efectivamente prestados.

Por lo anterior, es claro que la Procuraduría fundamentó su acto administrativo sobre la base de la inoperancia del Sistema General de Pensiones y sobre un presunto

enriquecimiento ilícito de las EPS, lo cual no obedece a la realidad.

Finalmente, destaca el hecho de que el acto acusado expone como fundamento, entre otras normas, el decreto 1919 de 1994 por el cual se reglamenta el decreto 1298 de 1994 y que fue expresamente derogado por el decreto 806 de 1998. Por tanto, la Procuraduría aduce como soporte jurídico de su acto, una disposición que ya no se encuentra vigente en el ordenamiento.

II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN

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

2.1-. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio Público**, mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda manifestando, en síntesis, lo siguiente:

2.1.1. En primer lugar, propone la excepción de inepta demanda en atención a que la demandante pretende atacar la validez de la Circular No. 0068 del 1 de diciembre de 2005 expedida por el Procurador General, acto jurídico que no puede catalogarse como administrativo y por lo tanto no susceptible de control ante esta jurisdicción.

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación trae a colación la teoría voluntarista, que consiste en que el acto administrativo representa "manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir a producir efectos jurídicos". La manifestación se concreta en una decisión o facultad suficiente para para alterar el mundo jurídico y cita jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema.

Señala que la Circular demandada no contiene decisiones, ni siquiera de trámite, que permitan ubicar sus efectos

en el mundo jurídico y en ningún momento crea, modifica o extingue situaciones jurídicas particulares de la propia demandante o generales en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, indica que al revisar detenidamente la circular impugnada se observa claramente que su objeto o contenido no es decisorio y simplemente informa sobre unas situaciones anómalas que giran en torno al sistema de seguridad social del país, en especial, relacionadas con los afiliados que están en proceso de pensionarse. La Circular es una simple advertencia a las EPS, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social sobre deficiencias en la prestación de los servicios de salud a las personas en trance de pensión. El cuestionado acto no conlleva decisiones de fondo de carácter general y mucho menos particular. En efecto, la Circular se limita a instar y exhortar a los integrantes del sistema de seguridad social a analizar y estudiar las situaciones relatadas en cuanto afectan ostensiblemente a los miembros más vulnerables del sistema de seguridad social como son los afiliados y esta

petición se realiza en ejercicio de su función de defensa del interés de la sociedad (num 3° artículo 277 de la C.N.). Reitera que no se trató de imponer obligaciones o dar órdenes a la demandante.

Agrega que la jurisprudencia contencioso administrativa ha desarrollado el concepto de los actos inter-orgánicos que se apartan de la categoría de administrativos al expedirse ad - intra de la estructura pública y al no alterar situaciones jurídicas generales o individuales de terceros no constituyen actos administrativos impugnables ante la jurisdicción contenciosa.

2.1.2. Indica que aceptando en gracia de discusión que la circular acusada sea un acto administrativo, se deben denegar las súplicas de la demanda en atención a que no se incurre en el vicio alegado de violar las normas jurídicas de carácter superior.

Los hechos esgrimidos en la Circular demandada dan cuenta del conocimiento que tiene la Procuraduría General de la Nación sobre la estructura y funcionamiento del sistema

general de seguridad social y al mismo tiempo pone en evidencia la grave situación de ciertos afiliados que no están recibiendo los servicios asistenciales en el interregno entre el momento en que dejan de trabajar para acceder a la pensión y el momento en que efectivamente la reciben, con el agravante de que cuando se da el pago de manera retroactiva se le hacen igualmente los descuentos por seguridad social. El Ministerio Público sugiere fórmulas de solución dentro de la legalidad, no ordena ni impone obligaciones a los diferentes actores porque precisamente reconoce sus limitaciones y las facultades atribuidas a cada uno de ellos.

Las normas del sistema de seguridad social en Colombia no son violadas por las propuestas realizadas por el Ministerio Público. No se intenta con la invitación del Procurador desequilibrar el sistema o imponer cargas y obligaciones por fuera de lo establecido en sus normas rectoras, pero sí va encaminada a hacer visible la problemática y a abrir el debate, buscar soluciones y sobre todo buscar el mejoramiento en la prestación del servicio asistencial a los afiliados como finalidad

última de proteger el interés general, asignadas constitucionalmente al Ministerio Público.

III-. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandante y El Ministerio Público, presentaron alegatos de conclusión reiterando, en esencia, los mismos argumentos presentados en la demanda y en su contestación, respectivamente.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- El acto acusado es la Circular 0068 de 1° de diciembre de 2005, de la Procuraduría General de la Nación, cuyo tenor literal es el siguiente:

"CIRCULAR NÚMERO 0068

Bogotá., 1 de diciembre de 2005

PARA: ***ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD***
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

DE: ***DESPACHO***
PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

ASUNTO: *Requerir a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), con el fin de que todo aporte que se cobre a los cotizantes obligatorios, especialmente a los pensionados o jubilados, corresponda a la efectiva prestación de los servicios médico-asistenciales y prestacionales. En caso de cobros de retroactivos, debe buscarse el mecanismo de compensación de los servicios médicos y asistenciales no prestados y sobre los cuales se está recibiendo el pago de aportes.*

El descuento de aportes en salud sobre las mesadas atrasadas que se cancelan al pensionado al momento de reconocerle su derecho sin haber tenido la posibilidad de recibir servicio alguno del Sistema de Seguridad Social en Salud, constituye un enriquecimiento sin causa para las Promotoras y para el Sistema, al pagar el aporte los usuarios, especialmente los pensionados, sin la posibilidad de tener acceso a los servicios médico-asistenciales y prestacionales; más aún cuando la falta o demora en la cotización o aporte que argumentan las Promotoras para no prestar el servicio, no es atribuible a la culpa del beneficiario,

SOPORTE LEGAL: *Constitución Política de Colombia Artículo 277, Decreto 262 de 2000, Ley 734 de 2002, Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, Ley 717 de 2001, Decreto 806 de 1998, Decreto 692 de 1994, Decreto 1919 de 1994 y demás normas concordantes, y complementarias.*

SOPORTE JURISPRUDENCIAL: *La vigilancia superior y consecuente intervención dentro del asunto se fundamenta en las sentencias de la Corte Constitucional C. 977-98, C. 599-98, C.800-03, SU 111-97 y SU 480-98, entre otras.*

El Estado Social de Derecho tiene dentro de sus fines principales servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. Las autoridades están instituidas para proteger a las personas.

En un Estado de Derecho se actúa según la ley como expresión de la voluntad general, se garantizan los derechos y libertades fundamentales y su efectiva realización material. Es así como dentro de la estructura del Estado colombiano la Procuraduría General de la Nación es la entidad de control con legitimidad activa para representar a la sociedad, en consecuencia es su deber velar por el correcto ejercicio de las funciones encomendadas en la Constitución, la defensa de los derechos y garantías fundamentales de los colombianos, por el ordenamiento jurídico y el patrimonio público.

La Procuraduría Delegada para Asuntos Laborales en ejercicio de la función preventiva y de control de gestión, de la vigilancia superior en defensa del ordenamiento jurídico, los intereses de la sociedad y del ejercicio eficiente de las funciones públicas, ha observado las siguientes situaciones:

En primer lugar, los afiliados que solicitan el reconocimiento y pago de su pensión de vejez o jubilación, deben estar sometidos a largas demoras para disfrutar su derecho, ajenas a su

voluntad, debido a problemas estructurales de las entidades, es el caso de CAJANAL EICE y el Seguro Social, entre otros.

Una vez logrado el reconocimiento y pago del la mesada pensional a través de un acto administrativo, luego de una y hasta cinco acciones de tutela instauradas y falladas en contra de la entidad, se liquidan y pagan al pensionado las mesadas pensionales atrasadas desde el momento de causación del derecho (entiéndase desde que se adquirió el estatus de pensionado) sobre este retroactivo, por mandato legal, se aplica el descuento mensual del porcentaje destinado a aportes en salud, no obstante las entidades promotoras a las que se giran estos descuentos durante todo el tiempo del trámite administrativo de reconocimiento de la prestación no le permiten al beneficiario el acceso a la prestación de servicios médico asistenciales y prestacionales.

Los pensionados han venido protestando ante los organismos de control, por considerar que no deben pagar aportes por servicios no prestados o que no han estado a su disposición, incluso por períodos de tiempo que se vieron obligados a cotizar a salud como independientes dado su delicado estado de salud. En estos últimos casos, no se presta el servicio por la Empresa Promotora sino que además, se produce un doble pago al sistema, uno como afiliado independiente y otro como pensionado.

En segundo lugar, dentro de los procesos concursales, específicamente en los procesos liquidatorios se detecta una situación similar a la anterior en cuanto a sus efectos, ya que son cancelados extemporáneamente los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud en su totalidad con intereses de mora, sin tener acceso a la prestación integral de los servicios en los términos de ley.

Al respecto, es preciso indicar:

La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad como garantía de calidad de vida, motivo por el cual incluye el servicio a la salud. A la cual la Constitución Política de Colombia le dio el carácter de servicio público y por tanto es irrenunciable, permanente, ininterrumpido y obligatorio. Este servicio debe prestarse bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la Seguridad Social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para Ingresar y permanecer en el Sistema de Salud, tiene Igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas asistenciales.

Es así como el Sistema General de Seguridad Social en Salud, diseñó en la Ley 100 de 1993, dos subsistemas que regulan su financiación, a saber: el subsidiado, para el grupo poblacional que no tiene los medios económicos para cotizar y, el contributivo, conformado por quienes aportan en proporción a su capacidad económica.

Para entrar al sistema contributivo de salud el trabajador dependiente escoge una EPS y efectúa las cotizaciones al patrono o empleador, quien debe remitirlas a la Entidad Promotora seleccionada. La Corte Constitucional en Sentencia C. 177-98, concluyó que en principio el trabajador tiene un derecho constitucionalmente protegido a las prestaciones de salud siempre y cuando esté afiliado al Sistema.

En salud las EPS; si bien deben recaudar las cotizaciones, no financian los servicios directamente con base en estos dineros sino a partir de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del Sistema por cada afiliado. En efecto, en el régimen contributivo, las EPS recaudan por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (FSG), por lo cual deben descontar de las cotizaciones el valor de las Unidades de Pago por Capitación –UPC- fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladar la diferencia al fondo. En caso de que la suma de las UPC sea mayor que los ingresos por cotización, el FSG cancela la diferencia a las EPS que así lo reporten. [1]

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral, establece en el artículo 157 numeral 1, que os afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los ***pensionados y jubilados****, y los trabajadores independientes con capacidad de pago.*

El Decreto 806 de 1998, por medio del cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial, de interés general en todo el territorio nacional, señala en el artículo 26, que las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al régimen contributivo mediante el pago de una cotización o un aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con este y su empleador. El artículo 65 de la misma norma, establece que el ingreso base de cotización de los pensionados para el aporte de salud se calculará con base en la mesada pensional.

C. 177-98.4 de mayo. M.P. Alejandro Caballero.

Es claro entonces que sobre los ingresos que se perciben por pensión es obligatorio cotizar en salud a partir de la fecha en que se empieza a devengar la mesada pensional, que coincide con el momento de adquisición del status de pensionado.

Acerca del aporte de pensionados, jubilados y personas que no tienen relación laboral, las personas realizan directamente los aportes, por lo cual la relación con la Entidad Promotora de Salud (EPS) es directa y como tal genera derechos y deberes recíprocos. Por consiguiente, la suspensión del servicio de salud por falta de cotización no transgrede la buena fe, pues el principio genera! del derecho impone que nadie puede alegar su propia culpa. Además, en este caso no existe en sentido estricto una restricción al derecho constitucional del trabajador independiente ya que la persona adquiere el derecho a la prestación en salud en la medida en que ha cumplido con las obligaciones establecidas por la ley, como es efectuar la correspondiente cotización.

No obstante, en el caso de los pensionados y jubilados, estos están sometidos al tiempo que tarde la entidad de previsión para reconocer su derecho pensional con el fin de poder efectuar los aportes con destino a salud, aspecto totalmente ajeno a su voluntad. En este punto se comparte la posición asumida por la Superintendencia Nacional de Salud, en reiterados conceptos, en cuanto a ***que "en tales eventos, la continuidad del servicio no puede ser interrumpida pues su beneficiario no ha dado lugar a ella".*** [2]

Adviértase pues, que desafortunadamente en entidades como CAJANAL EICE y el Seguro Social, se superan ampliamente los términos legalmente

establecidos, cuatro (4) meses según el artículo 33 de la Ley 797 de 2003 y dos (2) meses según el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, lapso durante el cual obviamente no se recibe el pago de la mesada ni tampoco se recibe el servicio de salud, específicamente en el caso de personas retiradas del servicio que no están laborando.

Además de quedar "desprotegido" el trabajador y su familia o los beneficiarios del causante respecto del cual cursa el proceso de sustitución pensional, en una etapa de la vida que exige en la mayoría de los casos, una atención pronta, oportuna y permanente, se ven expuestos a perder la antigüedad de la afiliación al Sistema con las consecuencias que esto conlleva en cada caso particular,

---

[2] *Concepto de la Superintendencia Nacional de Salud NURC 8004-1-160365 de fecha 31 de enero de 2003*

Es claro que cuando en el pago de mesadas atrasadas o retroactivos pensionales, en donde la demora y el no pago de los aportes en salud a las entidades promotoras no dependen del pensionado y si hicieron descuentos por servicios sobre los cuales no se tuvo la posibilidad de tener acceso, por tanto en atención a los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana, de solidaridad y prevalencia del interés general, deben compensarse so pena de constituirse un enriquecimiento sin causa. ***Si bien la obligación del pago del aporte es legal e ineludible, también lo es la obligación de prestar el servicio, de lo contrario no se estaría garantizando su efectividad y se estaría promoviendo un orden injusto.***

A este propósito la Corte Constitucional[3] ha dejado claramente establecido que en caso de mora del patrono o empleador no procede la desafiliación o pérdida de antigüedad, con mayor razón en el caso de los pensionados debe aplicarse la máxima citada.

La Corte consideró en el fallo C177-98 que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. Es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

Ante la mora de pago de aportes en salud por culpa del empleador, a él se traslada la obligación de atender al trabajador como si estuviera afiliado a la Entidad Promotora. Pero cuando no existe relación laboral es muchas veces al afiliado al que le corresponde asumir los gastos o expensas para recibir los servicios y no perder la antigüedad. Es estos casos, también en concordancia con los conceptos de la Superintendencia Nacional de Salud, le deben compensar o restituir dichos gastos para evitar la doble cotización al sistema.

Todo lo anterior involucra no solo al trabajador sino también al grupo familiar, esto paralelo a la especial protección constitucional que se le brinda al núcleo familiar por parte del estado.

---

[3] *C. 177-98, C803-03, entre otras.*

En consecuencia de lo expuesto, se concluye:

La cotización al sistema de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los pensionados y está a cargo de ellos en su totalidad. El Fondo de Pensiones está en la obligación de hacer los descuentos para cubrir la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre la mesada pensional.

El aporte trae como contraprestación la atención asistencial por parte de la Entidad Promotora de Salud, siendo tan obligatorio, el pago del aporte como la prestación del servicio médico, asistencial y prestacional. En consecuencia, constituye un enriquecimiento sin causa el hecho de que sobre el retroactivo de pensión se hagan descuentos de los aportes con destino a salud sin la contraprestación respectiva en las condiciones ya señaladas e incluso con el auspicio de un doble aporte al sistema.

Ante la presencia de un enriquecimiento sin causa se hace necesario un mecanismo de compensación al afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud o en su defecto la facultad de repetición en los casos de doble aporte al Sistema.

La Procuraduría General de la Nación en representación de la sociedad insta a las Entidades Promotoras y a los demás agentes involucrados, a que compensen a los pensionados que han debido pagar aportes sin recibir la prestación de servicios de salud para ellos y para sus familias. De igual forma, a que mediante mecanismos idóneos se evite en el futuro la suspensión del servicio y el pago de aportes sin la correspondiente contraprestación de los mismos. (Las subrayas y negrillas son del texto).

2. La Sala comenzará por evaluar la procedencia de un posible fallo inhibitorio, derivado de la excepción de inepta demanda propuesta por el Ministerio Público, toda vez que de prosperar un pronunciamiento en ese sentido, no habrá lugar a analizar los cargos formulados por la demandante contra el acto acusado, con miras a declarar su nulidad.

Sostiene el apoderado de la Procuraduría General de la Nación que la Circular 0068 de 2005 con destino a las Empresas Promotoras de Salud EPS, no constituye un acto administrativo puesto que aquella no produce efecto jurídico alguno, sino que se trata de una sugerencia a ellas emitida, en ejercicio de su función de velar por los intereses de la sociedad, según ordena el artículo 277 numeral 3° de la C.N. De ahí que la Circular cuestionada no sea un acto pasible de control judicial, en los términos de los artículos 83 y 84 del anterior C.C.A.[1]

[1] Es esta la normativa aplicable al caso, al haber sido radicada la demanda con anterioridad a la vigencia de la ley 1437 de 2011, según dispone su artículo 308.

Ahora, a fin de esclarecer si el planteamiento propuesto por el Ministerio Público es valedero, se hace necesario considerar la función específica en cuyo ejercicio fue expedido el acto acusado y el contenido material del mismo, pues es en virtud de esa competencia, plasmada en la Circular acusada, que se apreciará si ésta generó efectos jurídicos vinculantes para las EPS.

Pues bien, en lo que hace a la competencia ejercida por el Ministerio Público en la expedición del acto acusado, es incuestionable que la misma deriva del artículo 277 numeral 3° de la C.N., arriba citado, y de las funciones previstas en el artículo 24 del Decreto Ley 262 del 2000, de las cuales se destacan:

> "*Artículo 24. Funciones preventivas y de control de gestión. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley, las procuradurías delegadas tienen las siguientes funciones de vigilancia superior, con fines preventivos y de control de gestión:*
>
> 1. *Velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las decisiones judiciales y administrativas.*
>
> 2. *Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones públicas y ejercer control de gestión sobre ellas, para lo cual podrán*

exigir a los servidores públicos y a los particulares que cumplan funciones públicas la información que se considere necesaria.

3. Ejercer, de manera selectiva, control preventivo de la gestión administrativa y de la contratación estatal que adelantan los organismos y entidades públicas.

(…)

12. Velar por la eficiente prestación de los servicios públicos…"

Es de observar que estas funciones se refieren a la facultad de procurar un mejor y más eficiente servicio público en pro del bienestar general, pero no se vislumbra que de esa función preventiva y de control de que trata la norma, hubiere emanado una comunicación a las EPS, revestida de la calidad de acto administrativo.

Es así como el texto de la Circular en comento, no expresa término alguno del que se colija la obligatoriedad de su cumplimiento por parte de las destinatarias. Nótese que el asunto anunciado al comienzo del acto acusado se propone como "*requerir a las Entidades Promotoras de Salud*

(EPS)…", lo cual, en los términos del Diccionario de la Real Academia[2] significa:

> *1. tr. Intimar, avisar o hacer saber algo con autoridad pública.*
>
> *2. tr. Reconocer o examinar el estado en que se halla algo.*
>
> *3. tr. necesitar.*
>
> *4. tr. Dicho de una persona: Solicitar, pretender…"*

De las acepciones del vocablo "requerir" no se infiere significado alguno que aluda a exigencia, más bien, como lo expone el Ministerio Público, la Circular pretende comunicar a las EPS la posición o proposición de la Entidad sobre un asunto del que se deriva un menoscabo para los derechos e intereses de una población en situación de vulnerabilidad, a fin de que se adopten los correctivos pertinentes.

Asimismo, la parte final de la Circular enuncia como objetivo de la misma el "instar a las empresas promotoras de salud y demás entes involucrados…", lo que tampoco

[2] Diccionario de la Lengua Española, vigésimo segunda edición.

sugiere que se trate de un acto vinculante, pues el término hace referencia a lo siguiente, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

> *"1. tr. Repetir la súplica o petición, insistir en ella con ahínco.*
>
> *2. tr. En la antigua escuela, impugnar la solución dada al argumento.*
>
> *3. intr. Apretar o urgir la pronta ejecución de algo".*

Finalmente, la Circular acusada no prevé consecuencia alguna frente a su inobservancia, de forma tal que la obediencia por parte de las EPS a lo que esta instruye es facultativa, corroborando que en definitiva, no configura un acto administrativo.

Así las cosas, es de concluir que el acto no es enjuiciable por esta jurisdicción, al tratarse de una Circular de naturaleza informativa de la que no emerge efecto jurídico coercitivo para sus destinatarios. Al respecto, conviene traer a colación lo que esta Sección ha señalado sobre las acepciones del vocablo "circular", en Sentencia de 7 de septiembre del 2000, Expediente No.

6152, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa, la cual resulta aplicable en el sublite:

> *No se observa una clara voluntad o propósito de la Administración de producir efecto jurídico alguno, que para el caso sería por vía reglamentaria. No existe, entonces, decisión suya de crear, extinguir o modificar situación jurídica alguna. Concordante con lo anterior, no se le da de manera alguna carácter coercitivo o imperativo a dicha circular. No hay en ella disposición que la haga obligatoria ni que prevea sanciones por su inobservancia.*
>
> *(…)*
>
> *Al punto ha de tenerse en cuenta que el vocablo "circular" tiene varias acepciones, y la Administración la utiliza en dos de ellas, como orden que una autoridad superior dirige a todos o gran parte de sus subalternos, y como cada una de las cartas o avisos iguales dirigidos a diversas personas para darles conocimiento de alguna cosa. La primera, es la que corresponde a la Circular de servicio, que también puede cobijar a los particulares, cuando desarrollan actividades sujetas a la inspección y vigilancia del Estado; y la segunda, comprende las circulares informativas, dirigidas a un determinado sector o grupo de personas públicas o privadas interesadas en el asunto informado".* (Subrayado fuera de texto)

De otro lado, es pertinente indicar que esta Sección ha puntualizado en varias ocasiones que las circulares cuyo

contenido consiste en reproducir normas jurídicas ya existentes no son objeto de control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, al no contener decisiones vinculantes respecto de las cuales sea viable aducir que conformen actos administrativos[3].

En el caso bajo estudio, la Circular demandada sencillamente hace un llamado de atención a las EPS concerniente a la prestación del servicio de salud para los jubilados que reciben su pensión retroactivamente, según allí se indica, invocando para el efecto, las normas que regulan el sistema general de seguridad social en salud y la vinculación al mismo, entre otras, sin que aquella configure per se una disposición normativa independiente, susceptible de control judicial. Así, para la Sala lo procedente en el sublite no es denegar las pretensiones de la demanda, según sugiere el Ministerio Público, sino proferir un fallo inhibitorio como en

[3] Léase la sentencia de 1° de octubre de 2004, Expediente No. 8092, M.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, que recoge lo señalado en sentencias de 21 de septiembre de 2001, Expediente núm. 6371, Consejera Ponente doctora Olga Inés Navarrete, y del 3 de febrero de 2000., Expediente 5236, M.P. doctor Manuel Santiago Urueta.

efecto, se dispondrá en la parte resolutiva del presente proveído.

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

F A L L A:

DECLÁRESE probada la excepción de inepta demanda por ausencia material de objeto, y en consecuencia **INHÍIBESE** de decidir el fondo de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO **MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **GUILLERMO VARGAS AYALA**