



SALUD – Reglamentos / CONCEJAL – Es servidor público / CONCEJAL – Honorarios / SEGURO DE VIDA Y ASISTENCIA MÉDICA DE CONCEJAL – Alcance / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE CONCEJAL – Afiliación al régimen contributivo / SEGURO DE VIDA Y ASISTENCIA MÉDICA DE CONCEJAL – Es un beneficio o incentivo que no suple el derecho a acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud / HONORARIOS Y SEGURO DE CONCEJAL DE BOGOTÁ – Régimen propio / CONCEJAL – Tiene derecho a la afiliación al régimen contributivo y a una póliza de asistencia médica / PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD – Se vulnera con las disposiciones que al reglamentar el acceso a los servicios de salud para los concejales los limitan a la contratación de una póliza o a la afiliación al régimen contributivo / RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DEL CONCEJAL – Nulidad de los artículos 1, 3 y 4 Decreto 3171 de 2004

Se desprende de lo señalado por los artículos 157- 1 de la Ley 100 de 1993 y 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, que los miembros de los concejos de las entidades territoriales tienen derecho a la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud durante el período para el cual fueron elegidos. De igual manera, gozan de un beneficio consistente en un seguro de vida y de asistencia médica, a los cuales se refieren los citados artículos 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, el cual constituye un incentivo que no suple el acceso a los servicios del SGSSS, en razón del riesgo inherente del ejercicio del cargo. La referida póliza no puede equipararse a un régimen especial de salud para los concejales ni constituye un mecanismo que permita reemplazar el derecho que éstos tienen a acceder a los servicios de salud que para el efecto ha establecido el legislador, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así las cosas, la Sala advierte que las disposiciones acusadas no atienden los principios de universalidad y solidaridad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud y por ende contrarían el propósito del legislador que no pretendió excluirlos del régimen contributivo sino brindarles un beneficio adicional inherente al servicio que prestan. En efecto, el artículo 1 dispuso que las entidades territoriales de orden distrital y municipal deben incluir en su presupuesto las partidas necesarias para que los concejales sean vinculados “[a] una póliza de seguro de salud o para realizar su afiliación al régimen contributivo de salud [...]”; Al respecto, la Sala resalta que la inclusión de las partidas presupuestales representa un mecanismo efectivo que le permite a los municipios y distritos cumplir su obligación de garantizar: (i) el goce efectivo del derecho a la salud de los concejales, mediante su afiliación al Régimen Contributivo, y (ii) la contratación del beneficio adicional que representa el seguro de vida y de asistencia médica. Sin embargo, el texto literal de la disposición contraría lo previsto por los artículos 157-1 de la Ley 100 de 1993, 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, toda vez que el vocablo “o” constituye una proposición disyuntiva que de manera ineludible conlleva afirmar que las administraciones locales solo puedan optar por uno de los precitados beneficios y no por ambos. En ese sentido, tal disposición genera una situación de exclusión injustificada con lo cual infringe el principio de universalidad que rige el Sistema de Salud, máxime cuando le corresponde al legislador regular el servicio público esencial de salud conforme lo prevé artículo 49 Superior.

SALUD – Reglamentos / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE CONCEJAL – Afiliación al régimen contributivo / SEGURO DE VIDA Y ASISTENCIA MÉDICA DE CONCEJAL – Es un beneficio o incentivo que no suple el derecho a acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud / CONCEJAL – Tiene derecho a la afiliación al régimen contributivo y a una



póliza de asistencia médica / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD – Se vulnera con las disposiciones que al reglamentar el acceso a los servicios de salud para los concejales contemplan como facultativa la afiliación al régimen de salud / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD – Se vulnera con las disposiciones que al reglamentar el acceso a los servicios de salud para los concejales los limitan a la contratación de una póliza o a la afiliación al régimen contributivo / RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DEL CONCEJAL – Nulidad de los artículos 1, 3 y 4 Decreto 3171 de 2004

infringe el principio de solidaridad, toda vez que el decreto acusado, al disponer como facultativa la afiliación al mencionado régimen de salud por parte los concejales, limita la proporción de los recursos que se dirigen a la Subcuenta de Solidaridad, que a su vez tienen como propósito cofinanciación del Régimen Subsidiado de Salud, con los cuales se garantiza el goce efectivo del derecho a la salud de la población más vulnerable; circunstancia que se reafirma al examinar el artículo 5 del decreto acusado, [...] Situación similar ocurre con el artículo tercero acusado, que, al reglamentar la cobertura en el tiempo, señaló que: “[L]a póliza que se contrate o la afiliación al régimen contributivo de los concejales se efectuará por todo el período para el cual fueron elegidos [...]”. Para ello, la Sala recuerda que, según lo previsto por los artículos 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional y por esta Sección, como se expuso ut supra, los concejales tienen derecho a los servicios de salud del Régimen Contributivo así como a las pólizas de vida y de asistencia médico asistencial durante el período para el cual fueron elegidos; por lo que cualquier disposición que le sea contraria deviene nula. De igual manera, al sostener el artículo 4 demandado que la póliza que se contrate deba establecer el acceso de los servicios de salud a los diferentes niveles de complejidad previstos en el plan obligatorio de salud desnaturaliza su propósito el cual era cubrirlos de los respectivos riesgos que por causa de la función pública que desempeñan pudieran verse expuestos, más no reemplazar los servicios del POS.

PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD – Alcance

[L]a protección inherente a la seguridad social se deba amparar en cualquiera de las etapas de la vida y de manera paulatina para los residentes del país, sin que pueda aceptarse como constitucionalmente válido ningún tipo de discriminación por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.; es decir, no pueden imponerse restricciones en la prestación de los servicios, ni condicionamientos en razón a las calidades de quien los reclame. Así las cosas, la universalidad constituye una garantía constitucional que le corresponde al Estado asegurar en dos vías: por un lado, (i) la cobertura progresiva que permita el acceso al Sistema a todos los habitantes del país; y por el otro, (ii) que los mismos gocen de manera efectiva el derecho a la salud, como se colige de lo previsto por los artículos 48 y 49 de la Carta Política, a partir de los cuales también es posible concluir que corresponde al legislador definir los términos en que se prestarán los servicios de salud.

PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD – Alcance

Constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el Estado Social de Derecho, acorde con lo dispuesto expresamente por el artículo 1 de la Carta Política y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se

trata de un deber impuesto a toda persona por el solo hecho de pertenecer a la sociedad, “[c]onsistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. (...) Además, ha establecido que ‘este principio se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos’. [...]”. Bajo esta doble perspectiva que encierra el principio de solidaridad, su observancia en materia de salud resulta determinante como quiera que los recursos del Estado para la atención de derechos prestacionales son limitados, dado que, en ausencia de aquel, la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios;

PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PRINCIPIO DE EFICIENCIA – Alcance

[L]a Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del proyecto de ley estatutaria que reguló el derecho fundamental a la salud, Ley 1751 del 16 de febrero de 2015, en la sentencia C-313 de 2014, sostuvo frente a este principio lo siguiente: - Su sustento constitucional está previsto en el inciso segundo del artículo 49 de la Carta Política así como en el inciso primero del artículo 365 ibídem, éste último que dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a los habitantes del territorio. - Su propósito se concreta en que los trámites administrativos a los cuales está sujeto el paciente sean razonables, de manera que no retrasen de manera excesiva el acceso y no le impongan una carga que no le corresponde asumir. - Se encuentra interrelacionado con otros principios “capitales” del derecho a la salud, verbigracia, la continuidad del servicio público que debe darse de manera ininterrumpida, constante y permanente en razón a la necesidad que del mismo tiene la sociedad. - Hace referencia a que las prestaciones de los servicios de salud se hagan en condiciones de oportunidad del suministro y guarda relación con la orientación que se le dé al usuario, pues solo de esa manera el interesado en un determinado beneficio del Sistema de Salud sabrá qué diligencias debe agotar para obtener la respectiva autorización por parte de la EPS. Frente a las obligaciones derivadas en virtud de este principio, esta Sala ha señalado que les corresponde a los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizar a los usuarios: (i) el uso apropiado de los recursos dirigidos a la prestación del servicio público esencial de salud; (ii) el acceso efectivo en la atención, tratamientos, medicamentos y tecnologías en plazos razonables suprimiendo los trámites y la imposición de cargas que no les corresponde asumir; (iii) la atención y tratamientos en forma continua, oportuna, ininterrumpida, constante y permanente, (iv) que los interesados en un determinado servicio reciban la debida orientación para su oportuna prestación, y (v) se brinden las facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios de manera que les permita a los pacientes alcanzar “el más alto nivel de salud”.

DEMANDA – Concepto de la violación / CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN – Carencia de concreción y sustentación / CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN – Exigencias: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia / CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN – Carga argumentativa

La Sala observa que la demanda se dirige en contra de los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto 3171 de 2004 expedido por el Gobierno Nacional, los cuales reglamentaron parcialmente los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994, en relación con el acceso a los servicios de salud de los concejales del país. Lo primero que valga precisar es que el actor citó como transgredidos los artículos



13, 48, 49 y 121 Superiores; sin embargo, respecto de los artículos 13 y 21 no sustentó las razones por las cuales resultan vulnerados, por lo que frente a éstos no es posible hacer ningún juicio de legalidad. Igualmente, aludió como normas legales infringidas los artículos 2, 9, 153, 156, 172, 177, 178 y 218 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993; no obstante, salvo lo previsto en los artículos 2 y 153, se limitó a enlistarlos sin explicar el motivo de violación, lo que releva a la Sala de hacer ningún análisis frente a éstos. La misma situación ocurre con lo señalado por el artículo 14 de la Ley 1122 del 8 de enero de 2007 y el Decreto 519 del 5 de marzo de 2003, que nada tienen que ver con la materia. En ese sentido, toda vez que no fueron explicadas las razones de la vulneración invocada frente a las citadas disposiciones ni se cumplen los requisitos de claridad, certeza, especificidad y pertinencia, exigencia que está contenida en el artículo 137 del C.C.A., según el cual “cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación” (se destaca), no le corresponde a la Sala hacer análisis alguno de aquellas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 48 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 49 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 123 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 312 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 137 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 153 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 65 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 66 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 68 / LEY 1551 DE 2012 – ARTÍCULO 23 / DECRETO LEY 1421 DE 1993 – ARTÍCULO 34

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3171 DE 2004 (1 de octubre) MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – ARTÍCULO 1 (Anulado) / DECRETO 3171 DE 2004 (1 de octubre) MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – ARTÍCULO 2 (No anulado) / DECRETO 3171 DE 2004 (1 de octubre) MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – ARTÍCULO 3 (Anulado) / DECRETO 3171 DE 2004 (1 de octubre) MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – ARTÍCULO 4 (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2011-00136-00

Actor: JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (HOY MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL)

Referencia: NULIDAD

Tesis: Infringen los principios de solidaridad y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, las disposiciones que al reglamentar



el acceso a tales servicios para los concejales del país los limitaron a la contratación de una póliza o a la afiliación al régimen contributivo

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a decidir en única instancia la demanda interpuesta por el señor JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El actor en ejercicio de la acción pública prevista por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo-Decreto 01 del 2 de enero de 1984, presentó demanda¹ en contra del Ministerio de la Protección Social, con la pretensión que se declare la nulidad de los artículos 1 a 4 del Decreto 3171 del 1 de octubre de 2004, *"Por medio del cual se reglamentan parcialmente los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994 en relación con el acceso a los servicios de salud por parte de los concejales del país"*, que textualmente dispusieron:

"[...]"

DECRETO 3171 DE 2004

(Octubre 01)

DIARIO OFICIAL NO. 45.691 DE OCTUBRE 4 DE 2004

"Por medio del cual se reglamentan parcialmente los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994 en relación con el acceso a los servicios de salud por parte de los concejales del país".

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales establecidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el parágrafo 1° del artículo 157 de la Ley 100 de 1993,

DECRETA:

Artículo 1°. *Presupuestación de recursos para garantizar el acceso a los de servicios de salud. Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994, los municipios y distritos deberán incluir en su presupuesto las partidas necesarias para la*

¹ Folios 32 a 45 cuaderno principal.

vinculación de los miembros de los concejos municipales a una póliza de seguro de salud o para realizar su afiliación al régimen contributivo de salud.

Artículo 2º. *Beneficios en salud. En materia de salud los concejales tendrán los mismos beneficios que actualmente reciben los servidores públicos de los municipios y distritos y en consecuencia tendrán derecho a la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud del sistema general de seguridad social en salud y a la cobertura familiar consagrada en este mismo sistema.*

Artículo 3º. *Cobertura en el tiempo. La póliza que se contrate o la afiliación al régimen contributivo de los concejales se efectuará por todo el período para el cual fueron elegidos, independientemente de los periodos de las sesiones de los concejos municipales y distritales. En caso de faltas absolutas o temporales, quienes sean llamados a ocupar el cargo de concejal tendrán derecho a los beneficios a que se refiere el artículo anterior, desde el momento de su posesión y hasta que concluya el período correspondiente a la vacante.*

Artículo 4º. *Contratación del seguro de salud. Las entidades territoriales deberán contratar la póliza del seguro de salud con una compañía aseguradora legalmente constituida y autorizada por la Superintendencia Bancaria para explotar el ramo de salud en Colombia.*

En la contratación de dicha póliza deberá establecerse el acceso a los servicios de salud en el municipio o distrito de residencia del concejal, el acceso a los diferentes niveles de complejidad establecidos en el plan obligatorio de salud y deberá contemplar la cobertura familiar.

[...]

1.2. Normas invocadas como infringidas y concepto de violación

Como normas vulneradas, se señalaron las siguientes:

Constitucionales: artículos 13, 48, 49 y 121.

Legales: Ley 100 del 23 de diciembre de 1993², artículos 2, 9, 153, 156, 172, 177, 178 y 218; Ley 1122 del 8 de enero de 2007³, artículo 14; y el Decreto 519 del 5 de marzo de 2003^{4, 5}.

² “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”

³ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

⁴ “Por el cual se suprimen, se transforman y se crean unas consejerías y programas presidenciales”.

⁵ Derogado por el artículo 25 del Decreto 3445 del 17 de septiembre de 2010, “Por el cual se crean unas Altas Consejerías en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República”.

Como razones de violación se expusieron las siguientes⁶:

1.2.1. El Decreto 3171 de 2004 atenta contra los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Luego de hacer referencia a aspectos generales del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el demandante afirmó que, en virtud de los artículos 48 y 49 Superiores, el legislador creó un engranaje para el acceso a los servicios de salud mediante los regímenes contributivo y subsidiado; el primero que es financiado principalmente por la vinculación de los afiliados con capacidad pago, mientras que el segundo es financiado con los aportes que de aquel se destinan para tal fin, en razón al principio de solidaridad.

Señaló que dicha arquitectura surge en desarrollo de los principios de eficiencia y solidaridad que rigen el Sistema, los cuales son concebidos como “[/]la correcta relación entre los recursos utilizados y los logros conseguidos con éstos [...]”; por lo que cualquier disposición contraria deviene nula y debe ser proscrita del ordenamiento jurídico.

Agregó que, acorde con lo dispuesto por el artículo 201 de la Ley 100 de 1993, el modelo de aseguramiento permite alcanzar condiciones igualitarias de atención para todos los colombianos y por ende no pueden establecerse tratamientos diferenciales en favor de algunos grupos poblacionales que excluyan la aplicación de los principios y demás disposiciones que rigen el sistema, como a su juicio sucedió en el presente asunto al establecerse una prerrogativa para los concejales del país.

Aseveró que la norma acusada, al señalar que los concejales tengan su propio sistema de salud, impide que participen en el financiamiento de los regímenes contributivo y subsidiado, por cuanto el Fondo de Solidaridad Social y Garantía (Fosyga)⁷ deja de recibir la cuota de solidaridad que le corresponde aportar a todo trabajador, lo que atenta contra los principios de universalidad y solidaridad.

⁶ Folios 13 a 21 del cuaderno principal.

⁷ Hoy ADRES en virtud de lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Así como el Decreto 1429 de 2016, “Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los

Manifestó que si bien la Corte Constitucional ha admitido algunas de las exclusiones previstas por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, ello sólo es posible cuando el régimen especial objeto de la medida efectúe su aporte al citado Fondo, con el propósito que también contribuya a la financiación de los beneficiarios del Régimen Subsidiado; sin embargo, considera que tal situación no se presenta en el asunto que se cuestiona, toda vez que la norma reprochada prevé que la afiliación al régimen contributivo sea excepcional, optativa y subsidiaria cuando no pueda contratarse la póliza de salud, lo que empeora el desequilibrio del Sistema puesto que se ha dejado en manos del Régimen Subsidiado la responsabilidad de financiar a la mayoría de la población.

Explicó que el decreto demandado excluye a los grupos de mayores ingresos como los concejales del país en la financiación del Fosyga, reduciendo progresivamente las posibilidades de los demás trabajadores colombianos, a sus beneficiarios y a los afiliados del Régimen Subsidiado; precisó que la Carta Política promueve el acceso a los servicios de salud y la universalidad del cubrimiento, de manera que el Gobierno no puede expedir normas que vayan en contravía de tales preceptos.

Resaltó que dicho desequilibrio financiero surge de varios problemas como: “[e]l abrupto crecimiento de la demanda de prestaciones No POS, la evasión y elusión, y el moderado crecimiento de los ingresos del sistema asociado con la baja dinámica en materia de generación de empleo y de reducción de la tasa de informalidad, lo que hace que el régimen contributivo no crezca hace más de una década. [...]”.

1.2.2. El juicio de proporcionalidad

Sostuvo que se debe hacer un juicio de razonabilidad con el fin de verificar si la medida adoptada a través del decreto demandado fue discriminatoria y estuvo debidamente justificada.

Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y se dictan otras disposiciones.”

Estimó que el decreto acusado es abiertamente irrazonable y desproporcionado, puesto que no cumple con las finalidades señaladas por el literal a) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, y su aplicación produce la disminución en la eficiencia y solidaridad del servicio de salud en el Régimen Contributivo.

Aseguró que la Ley 100 de 1993 creó las Entidades Promotoras de Salud (EPS) como uno de los sujetos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), a las cuales les corresponde organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud (POS) a los afiliados y cuyos servicios están cubiertos por la Unidad de Pago por Capitación, por lo que considera no deben existir instituciones paralelas que cumplan las mismas funciones como lo autoriza la norma enjuiciada.

Consideró que el Gobierno Nacional no puede anular el modelo de participación privada que adoptó el Constituyente para garantizar el servicio de salud, máxime cuando *[n]o contribuye a revertir ningún riesgo social o a conjurar la afectación de derechos fundamentales [...]* ni sustentó de manera racional su decisión; adicionalmente, que en el presente caso se incumplió lo dispuesto por el artículo 333 de la Carta Política, según el cual, *"[l]a ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación [...]"*.

Señaló que el decreto acusado constituye un acto arbitrario e ilegal en razón a que no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad que justifiquen la discriminación en favor de los concejales en detrimento de los afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral.

Añadió que la norma no responde a ningún tipo de fundamentación técnica y juiciosa de sus implicaciones, desconociendo evidencias de público conocimiento que indican su total inconveniencia, habida cuenta que atenta contra los derechos fundamentales de los afiliados, al permitir que una porción de la población con ingresos económicos importantes sea excluida del SGSSS y crea una institucionalidad paralela a las EPS, contraviniendo el principio constitucional de la eficiencia, de acuerdo con la sentencia C-974 del 13 de noviembre de 2002⁸.

⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

II. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

2.1. La demanda⁹ fue admitida mediante auto del 16 de mayo de 2011¹⁰.

2.2. **El Ministerio de Salud y Protección Social** la contestó de manera extemporánea¹¹, según se indica en el auto del 27 de julio del 2012¹² y en la constancia expedida por la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación el 30 de enero de la misma anualidad¹³.

2.3. Por auto del 30 de septiembre de 2013 se abrió a pruebas el proceso¹⁴ y mediante proveído del 25 de julio de 2014 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y rindiera el concepto respectivamente¹⁵.

2.3.1. El actor presentó escrito en oportunidad en el que básicamente reiteró los argumentos de la demanda¹⁶.

2.3.2. El apoderado judicial de la parte demandada presentó en tiempo escrito oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en lo siguiente¹⁷:

Manifestó que los incisos segundo y tercero del artículo 312 de la Carta Política establecen la especialidad del régimen de los concejales, el cual fue desarrollado por el artículo 68 de la Ley 136 de 1994 y reglamentado por la norma acusada; resaltó en extenso las consideraciones de la sentencia de la Corte Constitucional C-043 del 28 de enero de 2003¹⁸, que estudió la exequibilidad parcial del artículo 69 de la Ley 136 de 1994.

Concluyó que en razón a la normativa que rige la seguridad social, corresponde a los concejales cotizar como independientes sobre el valor de sus honorarios,

⁹ La demanda fue radicada el 16 de marzo de 2011 según se observa el sello de radicación de la Corporación visible a folio 22 reverso.

¹⁰ Folios 30 y 31 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 44 a 51 ibídem.

¹² Folio 64 ibídem.

¹³ Folios 42 y 43 ibídem.

¹⁴ Folios 83 ibídem.

¹⁵ Folio 98 ibídem.

¹⁶ Folios 105 a 107 ibídem.

¹⁷ Folios 100 a 104 ibídem.

¹⁸ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

puesto que deben estar afiliados al POS para acceder a un plan de salud adicional como el de la póliza de seguros, según lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 806 del 30 de abril de 1998¹⁹

2.3.3. Por su parte, el señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa ante esta Corporación, en el concepto rendido en tiempo, solicitó declarar la nulidad de las expresiones “o para realizar su afiliación al régimen contributivo de salud” o “la afiliación al régimen contributivo de los concejales”, contenidas en los artículos 1 y 3 del Decreto 3171 de 2004, respectivamente²⁰.

Adujo, a partir de las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional en la sentencia C-043 de 2003, la obligación de los municipios y distritos de incluir en su presupuesto las partidas necesarias para la vinculación de los concejales a una póliza o para cubrir su afiliación al Régimen Contributivo de Salud, prevista por el artículo 1 del decreto acusado, infringe el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 que dispone la afiliación al SGSSS de todos los habitantes del país como una de sus características a través de cualquiera de los dos regímenes desarrollados por la norma *ejusdem*.

Aseveró que el seguro de salud al cual hace referencia el Decreto 3171, es adicional a la obligación que le corresponde a cada municipio de afiliar al régimen contributivo a los concejales que resulten elegidos en sus respectivos territorios, dada su calidad de servidores públicos, de manera que las mencionadas expresiones de los artículos 1 y 3 *ibídem*, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico; en cuanto a las demás disposiciones de la norma acusada, precisó que únicamente se refieren a los beneficios del acceso a la póliza de salud y a la forma en que deben contratarse, por lo que no transgreden el citado artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente resaltó que no se evidencia la alegada vulneración de los artículos 48 y 49 de la Carta Política, “[p]uesto que conforme a dichos artículos la configuración del sistema general de seguridad social en salud se encuentra en cabeza del legislador en atención a su naturaleza de servidor público. Ya ésta Procuraduría

¹⁹ “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”.

²⁰ Folios 109 a 114 del cuaderno principal.

Delegada indicó, conforme a los razonamientos anteriores, que algunas disposiciones acusadas violaron las normas de carácter legal, específicamente, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993. [...]”.

2.4. Mediante escrito del 1 de agosto de 2019, el señor Consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés manifestó su impedido por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil²¹, aplicable por remisión normativa del artículo 160 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), debido a que emitió concepto en el presente asunto en calidad de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa²² y el mismo se declaró fundado en proveído del 30 del mismo mes y año.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia- Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 84 del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 del 2 de enero de 1984 y 13 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019²³, expedido por la Sala Plena de la Corporación, esta Sección es competente para conocer de la presente demanda.

3.2. El objeto de la controversia

La Sala observa que la demanda se dirige en contra de los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto 3171 de 2004 expedido por el Gobierno Nacional, los cuales

²¹ “[...] ARTÍCULO 150. CAUSALES DE RECUSACION. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Entró a regir a partir del 1 de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Son causales de recusación las siguientes: // (...) 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo. [...]”

²² Folio 116 del cuaderno principal.

²³ Que compiló y actualizó el Reglamento del Consejo de Estado.

reglamentaron parcialmente los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994, en relación con el acceso a los servicios de salud de los concejales del país.

Lo primero que valga precisar es que el actor citó como transgredidos los artículos 13, 48, 49 y 121 Superiores; sin embargo, respecto de los artículos 13 y 21 no sustentó las razones por las cuales resultan vulnerados, por lo que frente a éstos no es posible hacer ningún juicio de legalidad.

Igualmente, aludió como normas legales infringidas los artículos 2, 9, 153, 156, 172, 177, 178 y 218 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993²⁴; no obstante, salvo lo previsto en los artículos 2 y 153, se limitó a enlistarlos sin explicar el motivo de violación, lo que releva a la Sala de hacer ningún análisis frente a éstos.

La misma situación ocurre con lo señalado por el artículo 14 de la Ley 1122 del 8 de enero de 2007²⁵ y el Decreto 519 del 5 de marzo de 2003^{26, 27} que nada tienen que ver con la materia.

En ese sentido, toda vez que no fueron explicadas las razones de la vulneración invocada frente a las citadas disposiciones ni se cumplen los requisitos de claridad, certeza, especificidad y pertinencia, exigencia que está contenida en el artículo 137 del C.C.A., según el cual *“cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”* (se destaca), no le corresponde a la Sala hacer análisis alguno de aquellas.

Ahora bien, como el actor concretó su cuestionamiento fundamentalmente en que las normas acusadas atentan contra los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, los cuales están previstos en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, así como en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la Sala centrará su estudio en ello.

²⁴ *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”*

²⁵ *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”*

²⁶ *“Por el cual se suprimen, se transforman y se crean unas consejerías y programas presidenciales”.*

²⁷ Derogado por el artículo 25 del Decreto 3445 del 17 de septiembre de 2010, *“Por el cual se crean unas Altas Consejerías en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República”.*

Los mentados artículos superiores disponen:

“[...] ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará 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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. [...]”

“[...] ARTICULO 49. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.
[...].”*

A su turno el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, estableció:

“[...] ARTÍCULO 153. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.1 Universalidad. *El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida.*

3.2 Solidaridad. *Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.*

(...)

3.9 Eficiencia. *Es la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población. [...]*”

Por último, el actor pretende se haga un juicio de proporcionalidad en aras de verificar si la medida adoptada con el decreto acusado está debidamente justificada o es discriminatoria, pues en su criterio, allí se adopta una diferencia de trato.

Conforme con lo anterior, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Infringe los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, la disposición que previó que, para garantizar el acceso a los servicios de salud para los concejales del país, los municipios y distritos deban incluir en su presupuesto las partidas necesarias para la vinculación de los miembros de los concejos municipales a una póliza de salud o para hacer su afiliación al Régimen Contributivo de Salud?

(ii) ¿Infringe los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, la disposición que estableció que los concejales tendrán los mismos beneficios que actualmente reciben los servidores públicos de los municipios y distritos y en consecuencia derecho a la prestación de los servicios de salud incluidos en el POS del Sistema General de Seguridad Social en Salud así como la cobertura familiar prevista en este Sistema?

(iii) ¿Infringe los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, la disposición que estableció que la póliza que se contrate, o la afiliación al régimen contributivo de los concejales, se efectuará por todo el período para el cual fueron elegidos, independientemente de los períodos de las sesiones de los concejos municipales y distritales, y que dicho

beneficio cubre a quienes sean llamados a ocupar los cargos por faltas absolutas o temporales?

(iv) ¿Infringe los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, la disposición que estableció que las entidades territoriales deberán contratar la póliza de seguro de salud con una compañía aseguradora legalmente constituida y que en la contratación de dicha póliza deba disponerse el acceso a los servicios de salud en el municipio o distrito donde reside el concejal así como a los diferentes niveles de complejidad establecidos en el POS incluyendo la cobertura familiar?

(v) ¿Es cierto que la medida adoptada a través de los artículos del decreto acusado es discriminatoria?

En consecuencia, la Sala examinará lo siguiente: -) los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud invocados como transgredidos; -) el régimen de seguridad social en salud de los concejales y -) la solución al caso.

3.2.1. Los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud invocados como transgredidos

Acorde con lo señalado por los artículos 48 y 49 de la Carta Política, el derecho a la salud se erige como un servicio público obligatorio cuya prestación debe hacerse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; además dispone que “[s]e garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. [...]”.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales los artículos 2 y 153²⁸ de la Ley 100 de 1993, éste último modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 del 19 de enero de 2011²⁹, previeron que el servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, entre otros.

²⁸ Artículo 153. Principios del sistema general de seguridad social en salud.

²⁹ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

En el caso bajo análisis la parte actora estima que con las disposiciones acusadas resultan afectados los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, los cuales tienen el siguiente alcance:

3.2.1.1. El principio de universalidad:

Implica que la protección inherente a la seguridad social se deba amparar en cualquiera de las etapas de la vida y de manera paulatina para los residentes del país, sin que pueda aceptarse como constitucionalmente válido ningún tipo de discriminación por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.; es decir, no pueden imponerse restricciones en la prestación de los servicios, ni condicionamientos en razón a las calidades de quien los reclame³⁰.

Así las cosas, la universalidad constituye una garantía constitucional que le corresponde al Estado asegurar en dos vías: por un lado, (i) la cobertura progresiva que permita el acceso al Sistema a todos los habitantes del país; y por el otro, (ii) que los mismos gocen de manera efectiva el derecho a la salud, como se colige de lo previsto por los artículos 48 y 49 de la Carta Política, a partir de los cuales también es posible concluir que corresponde al legislador definir los términos en que se prestarán los servicios de salud.

Al respecto se resalta lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-313 de 2014:

“[...] La jurisprudencia se ha referido en diversas oportunidades al concepto de universalización en salud bajo el entendido que ‘el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional’³¹ y que ‘el Estado debe garantizar la cobertura en seguridad social a todas las personas que habitan el territorio nacional’³². Así mismo, ha señalado que ‘la universalidad del servicio lleva a que el Estado garantice que todas las personas efectivamente gocen del derecho, por lo que las medidas que se tomen con relación a su atención en salud, deben estar encaminadas a buscar la universalidad del aseguramiento y la

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU623 del 14 de junio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y sentencia T-183 del 19 de marzo de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-130 de 2002.

³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 2004.

*posibilidad de que los beneficiarios del sistema, puedan gozar de sus servicios en cualquier parte del país, en todas las etapas de su vida*³³ [...]”. (Se resalta)

Allí también se explicó:

*“[...] Para la Corte, **no cabe duda que el Congreso cumple con un imperativo constitucional**, cuando expide una disposición orientada a lograr la cobertura total del servicio de salud para la población colombiana*³⁴. Recientemente esta Corporación ha reiterado el mandato, advirtiendo que su realización le atañe al Estado:

*‘(...) Según el principio de **universalidad**, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. (Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)*³⁵
(...)’. [...]”

(Se destaca)

Para el efecto, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema General de Seguridad Social en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, que en síntesis hacen parte:

- Del primero, conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, aquellas personas que mediante cotización se encuentren “[v]inculadas a través de contrato de trabajo, **los servidores públicos**, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago [...]”.
- Mientras que del segundo, las personas más pobres y vulnerables en las áreas rurales y urbanas, incluyendo a los miembros de su respectivo grupo familiar, siempre y cuando no tengan capacidad de cotizar o esta sea limitada, para lo cual el valor de la cotización es asumido total o parcialmente con recursos de carácter fiscal o con fondos destinados a la solidaridad, como lo dispone el numeral 2 del artículo 157 así como los artículos 211 y 212 de la norma *ejusdem*.

3.2.1.2. El principio de solidaridad:

³³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-866 de 2011, T-110 de 2011, C-623 y C-1024 de 2004, C-823 de 2006, entre otras.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-130 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

³⁵ Ver también T-748 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-320 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el Estado Social de Derecho, acorde con lo dispuesto expresamente por el artículo 1 de la Carta Política³⁶ y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁷, se trata de un deber impuesto a toda persona por el solo hecho de pertenecer a la sociedad, “[c]onsistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. (...) // Además, ha establecido que ‘este principio se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos’. [...]”³⁸.

Bajo esta doble perspectiva que encierra el principio de solidaridad, su observancia en materia de salud resulta determinante como quiera que los recursos del Estado para la atención de derechos prestacionales son limitados, dado que en ausencia de aquel, la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios³⁹; respecto de su manifestación, la Corte Constitucional ha fijado las siguientes subreglas:

[...] En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. En estos casos, no se pretende exigir un aporte adicional representado en una cotización en dinero, sino que, por el contrario, se acuden a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir por el bienestar general y el interés común, tales como, (i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de

³⁶ ARTICULO 1 de la Constitución Política señala: “(...) Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (...)”

³⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-503 del 16 de julio de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y sentencia C-313 del 29 de mayo de 2014, ídem.

³⁸ Sentencia C-503 de 2014, ídem.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-130 del 26 de febrero de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo. [...]"

(Se resalta)

3.2.1.3. El principio de eficiencia:

Esta Sala ha explicado que “[l]a norma constitucional está dirigida más a que los sujetos que participan en la gestión o manejo del sistema de seguridad social en sus diferentes aspectos, cuiden y apliquen con la mayor racionalidad y optimización posible los recursos destinados a la prestación de los diferentes servicios que comprenden ese sistema, lo cual les impone la obligación de evitar el uso indebido e inadecuado de esos recursos”⁴⁰.

A su turno, la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del proyecto de ley estatutaria que reguló el derecho fundamental a la salud, Ley 1751 del 16 de febrero de 2015⁴¹, en la sentencia C-313 de 2014⁴², sostuvo frente a este principio lo siguiente:

- Su sustento constitucional está previsto en el inciso segundo del artículo 49 de la Carta Política así como en el inciso primero del artículo 365 *ibídem*⁴³, éste último que dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a los habitantes del territorio.

- Su propósito se concreta en que los trámites administrativos a los cuales está sujeto el paciente sean razonables, de manera que no retrasen de manera excesiva el acceso y no le impongan una carga que no le corresponde asumir.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 29 de abril de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, expediente nro. 11001-03-24-000-2006-00375-01.

⁴¹ El cual incorporó el principio de eficiencia en el literal k) del artículo 6 *ibídem*.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-313 del 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴³ “[...] ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. [...]”

- Se encuentra interrelacionado con otros principios “*capitales*” del derecho a la salud, verbigracia, la continuidad⁴⁴ del servicio público que debe darse de manera ininterrumpida, constante y permanente en razón a la necesidad que del mismo tiene la sociedad⁴⁵.

- Hace referencia a que las prestaciones de los servicios de salud se hagan en condiciones de oportunidad del suministro y guarda relación con la orientación que se le dé al usuario, pues solo de esa manera el interesado en un determinado beneficio del Sistema de Salud sabrá qué diligencias debe agotar para obtener la respectiva autorización por parte de la EPS.

Frente a las obligaciones derivadas en virtud de este principio, esta Sala ha señalado que les corresponde a los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizar a los usuarios⁴⁶:

(i) el uso apropiado de los recursos dirigidos a la prestación del servicio público esencial de salud; (ii) el acceso efectivo en la atención, tratamientos, medicamentos y tecnologías en plazos razonables suprimiendo los trámites y la imposición de cargas que no les corresponde asumir; (iii) la atención y tratamientos en forma continua, oportuna, ininterrumpida, constante y permanente, (iv) que los interesados en un determinado servicio reciban la debida orientación para su oportuna prestación, y (v) se brinden las facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios de manera que les permita a los pacientes alcanzar “el más alto nivel de salud”.

3.2.2. El régimen de seguridad social en salud de los concejales

⁴⁴ En cita dela providencia: “(...) En este sentido, en la Sentencia T-406 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero, reiterada en las Sentencias T-170 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-777 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-239 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo, T-797 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En la sentencia SU-562 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. (...)”

⁴⁵ En cita dela providencia: “(...) Sentencias, T-170 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1210 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-777 de 2004. M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-656 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-965 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-438 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras. (...)”

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Oswaldo Giraldo López, sentencia del 11 de julio de 2019, radicado nro. 11001 0324 000 2011 00398 00. Así lo concluyó la Sala de la Sección Primera con fundamento en lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-313 de 2014, ídem.

Acorde con lo señalado por el artículo 123 de la Carta Política los miembros de las corporaciones públicas ostentan la categoría genérica de servidores públicos.

Específicamente refiriéndose a los concejales, el inciso segundo del artículo 312 Superior precisa que los “[c]oncejales no tendrán la calidad de empleados públicos [...]”; dado que no son funcionarios ni empleados públicos⁴⁷ por cuanto su vinculación con la entidad territorial no se rige por una relación legal o reglamentaria y tampoco por un contrato laboral.

Adicionalmente, el mencionado artículo 312 también previó que le corresponde a la ley fijar, entre otros aspectos, los casos en que éstos tienen derecho al pago de honorarios por la asistencia a sesiones.

Para el efecto fue expedida la Ley 136 del 2 de junio de 1994⁴⁸, que en el artículo 65 dispuso que los concejales tienen derecho al reconocimiento de honorarios y durante el periodo para el cual fueron elegidos, “[a] **un seguro de vida y a la atención médico-asistencial personal** [...]”, vigente en la respectiva localidad para los servidores públicos municipales.

Por su parte, el artículo 66 *ibídem*, modificado por el artículo 1 de la Ley 1368 del 29 de diciembre de 2009⁴⁹, determinó la manera de liquidar el pago de los honorarios⁵⁰ y que dicha contraprestación resulta incompatible “[c]on cualquier asignación proveniente del tesoro público, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las excepciones establecidas en la Ley 4^a de 1992. [...]”.

A su vez, el artículo 68 *ibídem* en su tenor literal reza:

[...] ARTÍCULO 68. SEGUROS DE VIDA Y DE SALUD. <Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Los concejales tendrán derecho durante el periodo para el cual han sido elegidos, a un seguro de vida

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

⁴⁹ Por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones.

⁵⁰ La norma dispuso que para el pago de los honorarios de los concejales se tendría en cuenta la categoría de los municipios fijada por la Ley 617 de 2000, conforme a la tabla allí prevista y su asistencia a las sesiones.

*equivalente a veinte veces del salario mensual vigente para el alcalde, **así como a la atención médico-asistencial a que tiene derecho el respectivo alcalde.***

Para estos efectos, los concejos autorizarán al alcalde para que se contrate con cualquier compañía de seguros legalmente autorizada, el seguro previsto en este artículo.

*<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Sólo los concejales ~~titulares~~, que concurren ordinariamente a las sesiones de la corporación, **tienen derecho al reconocimiento de un seguro de vida y de asistencia médica**, en los mismos términos autorizados para los servidores públicos del respectivo municipio o distrito.*

La ausencia en cada período mensual de sesiones a por lo menos la tercera parte de ellas, excluirá de los derechos de honorarios y seguro de vida y asistencia médica por el resto del período constitucional.

PARÁGRAFO. El pago de la primas por los seguros estará a cargo del respectivo municipio. [...]” (Se destaca)

La Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 28 de enero de 2003, ya citada, al estudiar la exequibilidad parcial de los artículos 68 y 69 de la Ley 136 de 1994, concluyó que el seguro regulado por dichas disposiciones representa un beneficio adicional a los servicios de salud a los cuales tienen derecho los concejales a través del SGSSS, señalando⁵¹:

*“[...] **Un conjunto de consideraciones llevarían a concluir que los seguros a que se refieren las normas bajo examen no pretenden satisfacer el derecho a la seguridad social de los concejales**, y que tampoco existe la obligación a cargo de los municipios de satisfacer tal derecho afiliando a dichos servidores al sistema de seguridad social que regula la Ley 100 de 1993. La primera de estas consideraciones partiría de la misma norma constitucional, que establece que los servicios de los concejales serán remunerados mediante “honorarios”, concepto jurídico que corresponde a la retribución de servicios prestados por fuera de la relación laboral proveniente del contrato de trabajo o de la llamada situación legal y reglamentaria. De su parte, el artículo 65 de la Ley 136 de 1994 repite que los miembros de los concejos de las entidades territoriales **“tienen derecho a reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias.”** Adicionalmente, el artículo siguiente indica que **“el pago de honorarios a los concejales... no tendrá efecto legal alguno con carácter de remuneración laboral ni derecho al reconocimiento de prestaciones sociales”**.*

Las anteriores normas excluyen la vinculación de los concejales al municipio como trabajadores o como empleados públicos, a quienes en tal virtud, debiera el municipio, como empleador, garantizar el derecho

⁵¹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

irrenunciable a la seguridad social. La relación de tales servidores públicos, con esos entes territoriales escaparía a estas categorizaciones, y, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas que de ellas se derivaría, como la obligación patronal de garantizar la seguridad social.

La razón de este régimen especial obedecería a que la dedicación de los concejales a sus labores en el concejo municipal no es exclusiva, ni les impide el ejercicio de otra actividad privada, incluso de carácter laboral. El régimen de incompatibilidades que les es aplicable no excluye esta posibilidad, pues en general impide únicamente el desarrollo de otras funciones públicas, contrario a lo que sucede con los alcaldes quienes sí desempeñan sus funciones en una situación jurídica legal y reglamentaria, y dentro de cuyo régimen de incompatibilidades sí figura el desempeño de cualquier otro cargo público o privado, siendo remunerados mediante un salario en su condición de empleados públicos.

Todo lo anterior indicaría **que los seguros de vida y de asistencia médica a que se refieren los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994, estos últimos dos bajo examen, en realidad no pretenderían satisfacer el derecho irrenunciable a la seguridad social de los concejales municipales**, ya que esta obligación no incumbiría a los municipios. Por lo mismo, los municipios tampoco estarían en la obligación de afiliar a tales servidores al régimen de seguridad social en salud que regula la Ley 100 de 1993.

Empero, la anterior argumentación resulta contraria al tenor de las disposiciones legales y de su interpretación histórica, como pasa a demostrarse:

La Corte observa que dos artículos de la Ley 136 se refieren a que los señores concejales tendrán atención médico-asistencial; los términos de estas normas son los siguientes:

“ARTICULO 65. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS. (...)

...”

ARTICULO 68. SEGUROS DE VIDA Y DE SALUD. (...)

La interpretación literal de las expresiones resaltadas lleva a la conclusión de **que los concejales municipales (distintos de los de la ciudad de Bogotá, cuyo régimen es especial) deben estar afiliados por el respectivo municipio al régimen contributivo de seguridad social en salud que define la Ley 100 de 1993, pues tanto el alcalde como los demás servidores públicos municipales lo están**. Esta exégesis se ve reforzada por otros argumentos:

- De conformidad con lo prescrito por el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, “los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, **los servidores públicos**, los pensionados y jubilados...”. Como puede verse, esta norma, anterior a la expedición de la Ley 136 de 1994, incluye a los concejales,

como servidores públicos que son, dentro de la categoría de afiliados al régimen contributivo.

- Al revisar los antecedentes legislativos del proyecto que devino en Ley 136 de 1994, **dentro de la exposición de motivos correspondiente se encuentran las siguientes consideraciones relativas a los seguros a que se refieren las normas bajo examen:**

b) Régimen de los concejales.

...

Un gran avance en materia de seguridad social para los concejales, lo constituye sin duda alguna el reconocimiento de seguros de vida y de salud que los ampararán en cuantía razonable en el primer caso, y de manera integral en el segundo...

Si, como lo dispone la Ley 100 de 1993, los concejales en su calidad de servidores públicos están afiliados al sistema general de salud que ella regula, debe entonces concluirse que los seguros de vida y salud que el mismo legislador les otorgó posteriormente mediante la Ley 136 de 1994 constituyen, como dice la exposición de motivos, “un avance” en tal materia. Es decir, que constituyen un beneficio adicional al anteriormente reconocido y no la forma única de satisfacer el derecho a la seguridad social.

De esta manera, **si los concejales tienen asegurado el derecho a la seguridad social en virtud de la obligación de los municipios de afiliarlos al régimen general de salud regulado por la Ley 100 de 1993**, el no pago de los seguros de vida y atención médica a que aluden las disposiciones bajo examen no tiene el alcance de desconocer su derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo arguye la demanda. En tal virtud, no prospera este cargo. [...]”

(Negrita de la Sala y subrayado original de la providencia)

La Corte en la misma providencia precisó el alcance del referido seguro de vida y de asistencia médica, con base en lo explicado por esta Sección en sentencia del 8 de junio de 2000, que en dicha oportunidad destacó que la referida póliza se trata de un incentivo previsto por el legislador en la Ley 136 de 1994, en razón a que el ejercicio de la actividad política en algunas zonas se tornaba más riesgosa como consecuencia de “la difícil situación del país”⁵².

Al respecto esta Sección indicó: “[...] Es un hecho conocido, el alto número de alcaldes y de concejales víctimas de la violencia o de la desaparición forzada;

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 9 de junio del 2000, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, radicado nro. 5860.

el pretender que quien aspira a integrar el concejo de su municipalidad debe desempeñar el cargo sólo por el honor de servir a la comunidad poniendo en riesgo, incluso su vida, no es argumento que pueda atraer a muchos y, dentro de los pocos, a los mejores. //Por ello, la ley 136 de 1994 contempló una serie de incentivos a la labor de los concejales municipales que, como ya quedó anotado antecedentemente, se traducen en el reconocimiento de su trabajo mediante el pago de honorarios por participación en sesiones ordinarias y extraordinarias (artículo 66); reconocimiento de transporte (artículo 67); seguro de vida y de salud (artículo 68). [...]"

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional sostuvo:

"[...] La anterior posición del Consejo de Estado fue acogida en sede de tutela por la Corte Constitucional. En efecto, en la Sentencia T-073 de 2002 se dijo que el seguro de vida y de asistencia médica reconocidos a los concejales por la Ley 136 de 1994 perseguían el mencionado objetivo de cubrir los respectivos riesgos, pero únicamente cuando los mismos acaecían por causa de la función pública que llevan a cabo los concejales municipales. Se dijo al respecto:

*"Participa cabalmente esta Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, del análisis y conclusión a la que llegó el H. Consejo de Estado en la sentencia ante citada, en cuanto a que el seguro de vida previsto en la Ley 136 de 1994 para los Concejales Municipales, es una prerrogativa que se le confiere a éstos **"inherente al ejercicio del cargo y, por ende, sólo puede tener como cobertura los riesgos relacionados con la actividad que desempeñan"**, por las precisas y puntuales razones que allí se consignaron, a las que nada tiene que agregar."*

13. De todo lo anterior se concluye que la finalidad que persiguió el legislador al conceder a los concejales el seguro de vida y de atención médica a que se refieren las normas bajo examen, fue doble: de un lado, retribuir de esta manera los servicios efectivamente prestados por los concejales, y de otra, cubrir los riesgos de muerte o de necesidad de atención médica que sean *"inherentes al ejercicio del cargo"*, o que estén *"relacionados con la actividad que desempeñan"* los concejales. [...]"

(Resaltado del texto original)

A su turno, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en providencia del 10 de agosto de 2006, al absolver algunos interrogantes formulados por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, precisó⁵³:

“[...] Es decir, del contenido de las normas transcritas [artículos 1 y 5 del Decreto 3171 de 2004] se infiere que para el Gobierno Nacional, dentro de la disyuntiva que plantea el decreto, la existencia de una póliza de seguro de salud sustituye la posibilidad de una afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, sin que el concejal quede desprovisto de los servicios de salud, ya que como lo dice el inciso segundo del artículo 4o. del decreto “En la contratación de dicha póliza deberá establecerse el acceso a los servicios de salud en el municipio o distrito de residencia del concejal, el acceso a los diferentes niveles de complejidad establecidos en el plan obligatorio de salud y deberá contemplar la cobertura familiar” creando así una incongruencia entre el pronunciamiento de la Corte y el texto del citado decreto 3171, incongruencia que en criterio de la Sala debe ser analizada y precisada por el Gobierno Nacional con el fin de dar claridad sobre el tema a los municipios y distritos. [...]”

Por último, la garantía constitucional para que los concejales gocen de manera efectiva del derecho a la salud a través del SGSSS, fue reafirmada por el artículo 23 de la Ley 1551 del 6 de julio de 2012⁵⁴, al señalar⁵⁵:

“[...] ARTÍCULO 23. Los Concejales tendrán derecho a seguridad social, pensión, salud y ARP, sin que esto implique vinculación laboral con la entidad territorio. Para tal efecto, los concejales deberán cotizar para la respectiva pensión.

Los concejales de los municipios de 4a a 6a categoría que no demuestren otra fuente de ingreso adicional, recibirán un subsidio a la cotización a la pensión del 75% con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional. [...]⁵⁶

⁵³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 10 de agosto de 2006, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicado nro. 11001-03-06-000-2006-00070-00(1760). Entre otros interrogantes el Gobierno Nacional realizó los siguientes: “(...) 1. ¿La retribución que reciben los concejales y que se denomina honorarios, puede catalogarse como salario? // 2. ¿Los honorarios deben tenerse en cuenta para la liquidación de los aportes parafiscales del respectivo Concejo Municipal? (...)”.

⁵⁴ Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

⁵⁵ Se resalta que el texto del Proyecto de Ley Senado 171 de 2011, Cámara 212 de 2011, “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios (‘‘régimen municipal’’), señalaba de manera expresa: “[...] Artículo 22. Los Concejales tendrán derecho a seguridad social, pensión y salud, a cargo de la respectiva entidad territorial, **en los términos previstos en la Constitución y la ley para los servidores públicos**. Para tal efecto, los concejales deberán cotizar para la respectiva pensión. [...]” (Se resalta). Gaceta nro. 73 del 20 de marzo de 2012.

⁵⁶ Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-390 del 27 de julio de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

Tales disposiciones no son aplicables a los concejales del Distrito Capital de Bogotá, quienes tienen su propio régimen por virtud de lo dispuesto por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política, el cual fue regulado por el Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993, que en su artículo 34 reza:

“[...] ARTICULO 34. HONORARIOS Y SEGUROS. A los Concejales se les reconocerán honorarios por su asistencia a las sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquéllas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración mensual del alcalde mayor dividida por veinte (20).

En todo caso el monto de los honorarios mensuales de los concejales no excederá la remuneración mensual del alcalde mayor.

También tendrán derecho durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y a un seguro de salud. El alcalde contratará con una compañía autorizada los seguros correspondientes.

Cuando ocurran faltas absolutas, quienes llenen las vacantes correspondientes tendrán derecho a los beneficios a que se refiere este artículo, desde el momento de su posesión y hasta que concluya el período respectivo.

El pago de los honorarios y de las primas de los seguros aquí previstos estará a cargo del presupuesto de la Corporación.

[...]” (se destaca)

3.2.3. Solución al caso

Conforme a los antecedentes legislativos y jurisprudenciales expuestos en precedencia, la Sala puede arribar a las siguientes conclusiones:

3.2.3.1. Se desprende de lo señalado por los artículos 157- 1 de la Ley 100 de 1993 y 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, que los miembros de los concejos de las entidades territoriales tienen derecho a la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud durante el período para el cual fueron elegidos.

3.2.3.2. De igual manera, gozan de un beneficio consistente en un seguro de vida y de asistencia médica, a los cuales se refieren los citados artículos 65 y 68 de la

Ley 136 de 1994, el cual constituye un incentivo que no supe el acceso a los servicios del SGSSS, en razón del riesgo inherente del ejercicio del cargo.

3.2.3.3. La referida póliza no puede equipararse a un régimen especial de salud para los concejales ni constituye un mecanismo que permita reemplazar el derecho que éstos tienen a acceder a los servicios de salud que para el efecto ha establecido el legislador, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.2.3.4. Así las cosas, la Sala advierte que las disposiciones acusadas no atienden los principios de universalidad y solidaridad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud y por ende contrarían el propósito del legislador que no pretendió excluirlos del régimen contributivo sino brindarles un beneficio adicional inherente al servicio que prestan.

En efecto, **el artículo 1** dispuso que las entidades territoriales de orden distrital y municipal deben incluir en su presupuesto las partidas necesarias para que los concejales sean vinculados “[a] una póliza de seguro de salud o para realizar su afiliación al régimen contributivo de salud [...]”;

Al respecto, la Sala resalta que la inclusión de las partidas presupuestales representa un mecanismo efectivo que le permite a los municipios y distritos cumplir su obligación de garantizar: (i) el goce efectivo del derecho a la salud de los concejales, mediante su afiliación al Régimen Contributivo, y (ii) la contratación del beneficio adicional que representa el seguro de vida y de asistencia médica.

Sin embargo, el texto literal de la disposición contraría lo previsto por los artículos 157-1 de la Ley 100 de 1993, 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, toda vez que el vocablo “o” constituye una proposición disyuntiva que de manera ineludible conlleva afirmar que las administraciones locales solo puedan optar por uno de los precitados beneficios y no por ambos.

En ese sentido, tal disposición genera una situación de exclusión injustificada con lo cual infringe el principio de universalidad que rige el Sistema de Salud, máxime

cuando le corresponde al legislador regular el servicio público esencial de salud conforme lo prevé artículo 49 Superior.

Adicionalmente, infringe el principio de solidaridad, toda vez que el decreto acusado, al disponer como facultativa la afiliación al mencionado régimen de salud por parte los concejales, limita la proporción de los recursos que se dirigen a la Subcuenta de Solidaridad, que a su vez tienen como propósito cofinanciación del Régimen Subsidiado de Salud, con los cuales se garantiza el goce efectivo del derecho a la salud de la población más vulnerable; circunstancia que se reafirma al examinar el artículo 5 del decreto acusado, que, pese a que no fue objeto de reproche por el actor, de manera explícita preceptúa:

*“[...] Artículo 5°. Afiliación de los concejales al régimen contributivo. En aquellos eventos en que no exista oferta de la póliza de seguro de salud o su valor supere el costo de la afiliación de los concejales al régimen contributivo de salud, **los municipios y distritos podrán optar por afiliar a los concejales a dicho régimen contributivo en calidad de independientes aportando el valor total de la cotización.***

(...)

En todo caso, con cargo a los recursos del municipio, no podrán coexistir la póliza de seguro de salud, con la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. [...]

(Negrita de la Sala)

Situación similar ocurre con el **artículo tercero acusado**, que, al reglamentar la cobertura en el tiempo, señaló que: *“[L]a póliza que se contrate o la afiliación al régimen contributivo de los concejales se efectuará por todo el período para el cual fueron elegidos [...]*”.

Para ello, la Sala recuerda que, según lo previsto por los artículos 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional y por esta Sección, como se expuso *ut supra*, los concejales tienen derecho a los servicios de salud del Régimen Contributivo así como a las pólizas de vida y de asistencia médica asistencial durante el período para el cual fueron elegidos; por lo que cualquier disposición que le sea contraria deviene nula.

De igual manera, al sostener **el artículo 4 demandado** que la póliza que se contrate deba establecer el acceso de los servicios de salud a los diferentes

niveles de complejidad previstos en el plan obligatorio de salud desnaturaliza su propósito el cual era cubrirlos de los respectivos riesgos que por causa de la función pública que desempeñan pudieran verse expuestos, más no reemplazar los servicios del POS.

Por último, de lo señalado por el **artículo segundo**, solo se desprende, tal como lo destacó el señor agente del Ministerio Público, que allí simplemente se dispuso que los concejales tendrán derecho a los mismos beneficios que actualmente reciben los servidores públicos de las entidades territoriales a las que pertenecen.

Al respecto se itera el contenido del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, según el cual, todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales.

Tal argumento se refuerza con lo estatuido por el artículo 20 del Decreto 806 de 1998, el cual prevé que los contratos de planes adicionales de salud sólo podrán celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por lo anotado, es dable concluir que el decreto acusado contraviene la garantía constitucional para los concejales del país de acceder a los servicios de salud, dado que en razón a la calidad que ostentan como servidores públicos tienen el deber de afiliarse al Régimen Contributivo de Salud como cotizantes, como lo prevé el numeral 1 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993; por lo que las disposiciones acusadas infringen el principio de solidaridad que rige el SGSSS.

Corolario de lo explicado, para la Sala tales disposiciones establecen una medida desigual e injustificada que restringe el goce efectivo de los derechos a la salud de los concejales del país⁵⁷, así como vulnera los principios constitucionales de la universalidad y la solidaridad que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de manera que no responde a un fin constitucionalmente válido.

⁵⁷ V.gr., el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1871 del 12 de octubre de 2017⁵⁷, que modificó el artículo 29 de la Ley 617 del 6 de octubre del 2000⁵⁷, que a su vez modificó el artículo 1 de la Ley 56 del 9 de julio de 1993⁵⁷, estableció que “[l]os diputados estarán amparados por el régimen de seguridad social prevista en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias [...]”.



En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de los artículos 1, 3 y 4 acusados del Decreto 3171 de 2004.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de los artículos 1, 3 y 4 del Decreto 3171 de 2004.

SEGUNDO: DENEGAR LA NULIDAD del artículo 2 del Decreto 3171 de 2004, por las razones explicadas en la parte motiva.

TERCERO: En firme esta decisión, archívese el expediente.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado



Radicación: 11001-03-24-000-2011-00136-00
Demandante: Jairo José Arenas Romero

legis