

0565

242

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintidos (22) de septiembre de dos mil once  
(2011)

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092  
00

ACCION DE NULIDAD

Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

El ciudadano, DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE, actuando en nombre propio, y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Numeral 5 del artículo 3° del Decreto 2280 del 16 de julio de 2004, por el cual se reglamenta el proceso de compensación interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, publicado en el Diario Oficial 45.611 del 16 de julio de 2004.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- El demandante considera quebrantados los artículos 2°, 13, 48, 58 y 154 de la Constitución Nacional.

1.2.- El concepto de la violación fue expuesto por el accionante en los siguientes términos:

Se plantea la existencia de una inconstitucionalidad por violación del derecho fundamental a la igualdad, ya que con la norma demandada se está dando un trato diferencial a dos situaciones que deberían ser tratadas con el mismo criterio.

1.2.1. Debe tenerse en cuenta que en el artículo 1617 del Código Civil los intereses de mora se encuentran estatuidos como un mecanismo de resarcimiento de perjuicios por el no pago de obligaciones dinerarias, que en el presente caso están representadas en los aportes, que están a cargo de los empleadores.

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

1.2.2. El derecho a la igualdad se rompe en la medida en que el numeral 5° del artículo 3° del Decreto 2280 de 2004 establece que los intereses de mora, se están dirigiendo a financiar la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando quien resulta directamente afectado con la mora, es la EPS a quien por ley le corresponde la prestación de los servicios de estos usuarios en mora, indistintamente si se ha generado o no el pago por parte del empleador, tal como lo ordena el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 43 de la Ley 789 de 2002.

1.2.3. Así las cosas para el actor es claro, que no sólo se rompe el derecho a la igualdad para todas las personas, sino que se está desconociendo un derecho adquirido, como lo es el reconocimiento de una indemnización por parte del empleador a los perjuicios causados a la EPS por el no pago oportuno de los aportes dentro de los términos previstos en la ley a costa de tener la EPS la obligación de mantener la continuidad en la prestación de los servicios.

1.2.4. Señala el demandante que el artículo 220 de la Ley 100 de 1993 establece claramente cuáles son los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA en la subcuenta de Compensación, la cual jamás contó con la financiación de los intereses de los aportantes.

Indica que el Gobierno Nacional respetó lo anterior durante casi 10 años tal como se observa en el artículo 9 del Decreto 1896 de 1994, el artículo 9 del Decreto 1283 de 1996 y el artículo 2 del Decreto 1013 de 1998 que reglamentó la operación de Compensación. Fue sólo con la expedición del Decreto 2280 de 2004 que derogó el Decreto 1013 de 1998, que se vino a "irrespetar el principio indemnizatorio de toda mora".

1.2.5. Para el actor es claro que el legislador quiso que el acreedor de los derechos de mora por el no recibo oportuno de la cotización, fuera el concesionario, es decir la EPS que presta los Servicios de Salud. Por tanto, al modificar las condiciones a los concesionarios de la salud, vía decreto, viola la Constitución Nacional y configura un "Hecho del Príncipe", por cuanto se le están imponiendo condiciones que afectan la ecuación

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

contractual, al imponerle la carga de prestar el servicio sin recibir la respectiva cotización, sin poder contar al menos con la posibilidad de resarcirle la carga impuesta, con la percepción de los intereses de mora, los cuales en este momento no recibe a causa de la aplicación de la norma demandada.

1.2.6. Señala el actor que dichos recursos tienen la finalidad específica de garantizar la prestación efectiva de los servicios de la población afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, lo cual se logra cuando la E.P.S. cuenta con los recursos suficientes para pagar a su red prestadora de servicios de salud en un tiempo adecuado, como también para que se reflejen en su estado financiero y poder pagar las obligaciones que tiene con las I.P.S. contratadas Y por tanto no se puede pretender que siga prestando los servicios de salud, a pesar de la mora del empleador, sin una retribución por los perjuicios causados por dicha mora, que en el caso de las obligaciones dinerarias es el reconocimiento de intereses de mora, tal como lo define el artículo 1617 del Código Civil.

1.2.7. Indica el actor que si la E.P.S. tiene que financiar la mora del empleador, va en detrimento de la universalización y optimización del servicio de seguridad social en salud, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Nacional y que se puede reflejar en perjuicio de la población en general.

1.2.8. Manifiesta que las sumas de dinero que dejan de percibir las EPS por intereses de mora, no son para nada despreciables y al no contar con ellas y tener la obligación de prestar los servicios de salud, genera un desequilibrio en la relación del Estado con los concesionarios particulares, una inequidad y una violación al principio de igualdad, además de poner en riesgo la estabilidad del sistema de seguridad social en salud.

1.2.9. Se refiere a la Sentencia de la Corte Constitucional C-177 de 1998 donde se estableció que "de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución sólo la atención básica de salud debe ser gratuita para todas las personas, por ende es razonable que el incumplimiento de una obligación pecuniaria en este campo origine las

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

consecuencias económicas que le garanticen, a la entidad que debe responder por el servicio, la estabilidad y el equilibrio del sistema" (...).

"Por todo lo anterior, la corte considera que en aquellos casos en que el incumplimiento es imputable al patrono entonces no existe ninguna razón para que se lo excluya del pago de intereses, pues ello constituye una invitación a eludir el pago de esas contribuciones parafiscales."

1.2.10. Señala que desde el origen mismo del actual sistema de salud, se concibió que quienes administraban los distintos regímenes, eran los encargados de adelantar las acciones de cobro y para el caso específico de las pensiones, se determinó que los intereses que se recaudaran, eran para el trabajador y no para el respectivo Fondo, entendiéndose tal vez el legislador, que el titular del perjuicio por la mora, era precisamente el trabajador y no la entidad recaudadora, lo cual no sucede en el caso de la salud, donde desde la misma Ley 100 de 1993 se dejaba este derecho en cabeza de la EPS.

Sobre el particular cita el artículo 5° de la Ley 828 de 2003 que establece la consecuencia administrativa para los evasores y elusores concluyendo que en consecuencia, si el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere financiamiento de recursos, lo que se debe propiciar es un incremento en la vigilancia y aplicación de la sanción a que se refiere el citado artículo de la Ley 828 de 2003, antes de pretender, según el actor en abierta violación de la Constitución Nacional, por medio de un Decreto, apropiarse de los intereses de mora, que pertenecen a las EPS.

1.2.11. Se refiere al artículo 57 del Decreto 1406 de 1999 indicando que la citada norma de manera expresa determinaba la forma como se debían contabilizar los intereses de mora, estableciendo así un reconocimiento de que esos recursos pertenecen a la EPS, toda vez que reconoce que dado el caso, debían ir a unas "cuentas de orden" y más adelante, establece que con relación a las cotizaciones atrasadas, se debían girar íntegramente al Fosyga, pero ya previamente se había reconocido que los intereses se registraban como cuentas de orden de la EPS, es decir, que era una plata que la EPS esperaba percibir,

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

concluye que este criterio era acorde a la Constitución y a la Ley, pero de un momento a otro, sin que existiera un sustento jurídico de fondo, mediante un decreto se le desconoce a las EPS un derecho adquirido por la ley positiva y por normas que existieron desde que las EPS adquirieron la concesión.

1.2.12. Señala que la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, entre ellos la Sentencia C-828 de 2001 ha sido clara en defender la destinación específica de los recursos de la seguridad social, no solo en virtud del artículo 48 de la Constitución, sino porque los mismos implican el cumplimiento de los derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios del sistema. Los ingresos que se destina a actividades inherentes a la propia prestación del servicio de salud son parte integrante de los mismos y en consecuencia la EPS debe honrar y dar cumplimiento al mandato constitucional y legal, pero de igual forma, la Ley debería garantizar a las EPS un adecuado equilibrio a las cargas que le han sido impuestas como concesionario, sin desconocerle los derechos adquiridos que por naturaleza

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

tiene, como son los intereses de mora por las obligaciones dinerarias impagadas por el empleador.

1.2.13. Indica que en ningún momento se está negando que los intereses de mora pertenezcan al sistema, ni que sean parafiscales, pero no pueden quedarse en las arcas del Fosyga, pues no es allí donde se presta el servicio de salud al moroso, no es allí donde se materializa el perjuicio, sino el patrimonio de la EPS, que está obligada a prestar el servicio financiándolo, y por tanto el dinero de los intereses de mora está ligado a la prestación del servicio. Manifiesta que en ningún momento dentro del cálculo de la UPC, hay un rubro denominado o similar "prima de riesgo para morosos" o "provisión para la prestación de servicios a morosos", o algo similar.

Finalmente el actor se refiere al desconocimiento del trámite legislativo especial para disposiciones legales que versan sobre tributos para manifestar que por tratarse de una contribución parafiscal la titularidad del derecho de creación y definición de un recurso como tributo de las EPS hacia el Fosyga, está en cabeza del poder legislativo y no del ejecutivo, como

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

arbitrariamente se dio en el caso de la norma demandada. En consecuencia el Presidente de la República excede sus atribuciones constitucionales y legales, cuando mediante un decreto le quita a las EPS el derecho a percibir los intereses de mora como una indemnización a un perjuicio causado (prestación de servicios de salud respecto de personas cuya UPC no ha sido pagado por el Fosyga porque no paga la UPC si hay mora en el pago de la cotización). Imponiendo a las EPS un gravamen (el traspasar al FOSYGA el monto de intereses de mora de las cotizaciones o aportes) con lo cual está excediendo sus atribuciones al modificar un tributo existente y por lo tanto tendría que surtir trámite ante el Congreso de la República, tal como lo estatuye el artículo 156 de la Carta Política.

## II.- TRÁMITE 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.-

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

2.1. - El MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL defendió la legalidad de la norma demandada en los siguientes términos:

2.1.1. - No es cierta la violación al principio de igualdad, que se le atribuye a la norma demandada, pues ella no establece ni le otorga un trato diferencial a dos situaciones que debieran ser tratadas con el mismo criterio.

Aún aceptando que los intereses moratorios tengan el carácter resarcitorio que les confiere el artículo 1617 del Código Civil, esto no determina que en el caso de las cotizaciones en materia de salud efectuadas extemporáneamente y los intereses moratorios que ello acarrea se verifique la concurrencia de dos personas, titulares de derechos o situaciones que la norma demandada esté tratando en forma desigual o discriminatoria y siendo ello así mal podría predicarse de la misma una ruptura de la justicia distributiva que ameritase concluir la violación del precepto constitucional referido a la igualdad.

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

2.1.2. El artículo 182 de la Ley 100 de 1993 establece que las cotizaciones pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud y las entidades promotoras de salud, cumplen el papel de recaudadoras de dichas cotizaciones y están obligadas a manejar estos recursos en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.

2.1.3. El literal d) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 dispone que el recaudo de las cotizaciones es responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud- Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las entidades promotoras de salud. Por tanto las cotizaciones pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud y no a sus actores en particular, al igual que, los copagos, cuotas moderadoras e incluso los aportes del presupuesto nacional, son recursos del Sistema y por tanto su recaudo es responsabilidad de dicho sistema y del Fondo que la ley creó precisamente con el fin de garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la Solidaridad del Sistema General de Seguridad

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias.

2.1.4. La norma demandada en forma expresa y clara se ocupa de definir, el carácter de los recursos de los que se derivan parte de los ingresos de las entidades promotoras y el valor correspondiente a la prestación de los mismos, que el sistema les reconoce, correspondiendo a un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación - UPC- que se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definido con el Conejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud."

2.1.5. Carece de fundamento la ruptura del derecho a la igualdad que el actor le atribuye a la norma demandada, ya que la titularidad de los recursos del sistema (las cotizaciones y los intereses moratorios y los rendimientos financieros) pertenece al Sistema de Seguridad Social en Salud- Fondo de Solidaridad y

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

Garantía, no hay lugar a juicio de comparación alguno en la medida en que no existe otro sujeto respecto del cual hacerlo porque solo a uno le pertenecen dichos recursos.

2.1.6. Se refiere a la Sentencia de la Corte Constitucional SU-480 de 1997 que ha considerado que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son recursos parafiscales, es decir recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos, Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con el patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional.

De otra parte señaló la Corte que las entidades promotoras de salud reciben una unidad, UPC, por cada beneficiario, el resto va al Fondo de Solidaridad y

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

Garantía. En relación con la procedencia de gravarla con impuestos. La Corte Considera que ni siquiera la UPC puede considerarse de propiedad de las EPS, porque no pueden utilizarlas ni disponer de estos recursos libremente. Deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el P.O.S. UPC constituye igualmente la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación media el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.

La fórmula elegida por el legislador para diseñar el Sistema de Seguridad Social en Salud es la de privilegiar el subsidio de la demanda, y prever la existencia de entidades administradoras que juegan el papel de intermediarias entre los recursos financieros y las instituciones que prestan los servicios de salud y los usuarios. El papel que desempeñan las Entidades Promotoras de Salud (EPS) se ajustan a la idea del contrato de aseguramiento, en el que el prestador asume el riesgo y la administración de los recursos. Sin

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

embargo no se trata de un contrato de seguros clásico porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general. Las cotizaciones que hacen los afiliados al sistema de salud no se manejan como cuentas individuales en donde existas una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe. Estos aspectos, de la relación entre afiliados y asegurador distinguen de fondo el contrato de aseguramiento en salud del contrato de seguros tradicional.

2.1.7. Teniendo en cuenta el carácter indiscutible de la propiedad de los recursos de la seguridad social (incluidos los aportes, intereses moratorios, rendimientos financieros, copagos y aportes del presupuesto nacional, entre otros) en cabeza del Sistema General de Seguridad Social en Salud- Fondo de Solidaridad y Garantía, por así haberlo dispuesto la Ley y determinado por la Jurisprudencia Constitucional,

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

resulta claro que con la norma demandada no se está desconociendo ningún derecho adquirido, fundado en el argumento que quien sufre el perjuicio por la mora es la EPS, que para el demandante sería el acreedor y no el Sistema General de Seguridad Social en Salud como dispone expresamente la ley, y el hecho de que en los decretos reglamentarios anteriores al Decreto 2280 de 2004 no hubiera señalado expresamente tal circunstancia, no implicó nunca que tales recursos se consideraran de propiedad de las EPS, pues ninguna de tales disposiciones reglamentarias previeron tal cosa y mal habrían hecho en hacerlo en contravía de los mandatos legales.

2.1.8. Se refiere a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias C-384 de 1997 y C-012 de 1993,) relativas al principio de igualdad, en la medida en que no existiendo otro titular de los recursos de la seguridad social distinto del Sistema en general no habría lugar a plantear la existencia de sujetos en igualdad de circunstancias desde el punto de vista fáctico o personas que hallándose en identidad de hipótesis y debiendo ser objeto del mismo tratamiento, han sido tratadas en forma desigual o a los cuales les

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

han sido desconocidos derechos adquiridos sobre los recursos de la seguridad social, como pretende el demandante en relación con los intereses de mora por el pago de cotizaciones en forma extemporánea y sus rendimientos financieros.

### III- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo solicita a esta Corporación que se desestimen las pretensiones de la demanda por las razones que se exponen a continuación.

3.1. Aclara en primer lugar que no obstante que la parte demandada presentó acción de nulidad por inconstitucionalidad, la vía para ejercer el control jurisdiccional del acto demandado es la acción pública de nulidad, porque el Decreto 2280 de 2004 fue expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria y el examen de legalidad tiene que realizarse frente a la Ley 100 de 1993 y el Decreto - Ley 1281 de 2002.

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

3.2. De conformidad con los artículos 177, 201 y 205 de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones de los afiliados al régimen contributivo son recaudadas por las Entidades Promotoras de Salud, quienes operan como delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA.

Por tanto las Entidades Promotoras de Salud son las responsables del recaudo de las cotizaciones, siendo su función primordial organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud POS a los afiliados, y girar la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación UPC al FOSYGA.

3.3. De acuerdo con el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 los recursos que recaudan las EPS por concepto de cotizaciones de los afiliados pertenecen al Sistema de Salud, el cual les reconoce a las entidades que prestan el servicio un valor denominado como Unidad de Pago por Capitación, por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

3.4. El artículo 167 de la Ley 100 de 1993 establece que la estructura del FOSYGA está conformada por las subcuentas de Compensación interna del régimen contributivo; de solidaridad del régimen de subsidios en salud; de promoción en salud; y del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

3.5. El artículo 220 de la Ley 100 de 1993 establece que la Subcuenta de Compensación en el régimen contributivo se financia con los recursos que provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por capitación -UPC\_ que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud.

De otra parte el artículo 2° del Decreto Ley 1281 de 2002 consagra que los rendimientos financieros generados por las cotizaciones recaudadas por las EPS, pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud y sólo podrán ser apropiados por dichas entidades o, a través del FOSYGA, por el Ministerio de Salud, hoy de Protección Social, para financiar actividades relacionadas con el recaudo de la cotización y para evitar su evasión y

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

elusión, en los montos y condiciones establecidas en la autorización expresa del Ministerio. El artículo 4° del citado Decreto Ley señala que el incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de la salud incluidos las cotizaciones de los afiliados, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Concluye que conforme a las disposiciones anteriormente analizadas, no le asiste razón al actor al afirmar que la norma acusada genera una desigualdad entre las EPS y los acreedores en general, que conforme al artículo 1617 del Código Civil, les corresponde recibir los intereses por mora como mecanismo de resarcimiento de perjuicios, teniendo en cuenta que las cotizaciones que hacen los afiliados al régimen contributivo y que son recaudadas por las Entidades Promotoras de Salud por delegación del FOSYGA, con recursos que pertenecen única y exclusivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y por tanto los intereses moratorios que se

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

generen por el pago extemporáneo de estos aportes pertenecen al sistema.

#### IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En razón de que el actor invoca la acción nulidad por inconstitucionalidad, la Sala debe establecer en primer lugar si la competencia para decidir corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, o si por el contrario se trata de una acción de simple nulidad caso en el cual la decisión debe adoptarse por esta Sección.

En el caso, se debe tener en cuenta que según lo dispone el artículo 97 numeral 7 del C.C.A., modificado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, para que el conocimiento de la acción de nulidad por inconstitucionalidad corresponda a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debe cumplir imprescindiblemente la totalidad de los siguientes requisitos: (i) presentarse contra decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional (ii) que su juzgamiento no corresponda a la Corte Constitucional (iii) cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y (iv) que no obedezca a función propiamente administrativa<sup>1</sup>.

En el caso que ocupa la atención de la Sala no se satisface el supuesto (iv) anotado, pues el Decreto 2280 del 16 de julio de 2004 fue expedido por el Presidente de la República con fundamento en los artículos 154, 204, 205, 218 y 220 de la Ley 100 de 1993 y 2º, 3º, 4º, 6º y 9º del Decreto ley 1281 de 2002, en ejercicio de la facultad prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que el Presidente ejerce como *Suprema Autoridad Administrativa*, por lo cual el fallo corresponde a la respectiva Sección.

---

<sup>1</sup> Ver al respecto, entre otras, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil cinco (2005). Consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade. Radicación número 11001-03-24-000-2003-00333-01. Actor: José Cipriano León Castañeda y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005). Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número 00323. Actor: Laureano Colmenares Camargo.

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado al respecto:

"...las 'acciones de nulidad por inconstitucionalidad' atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política.

En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad, que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo"<sup>2</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la acción que se ejerce en el presente caso no es la de nulidad por inconstitucionalidad sino la de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., cuyo conocimiento compete a la Sección Primera, por cuanto se refiere a una materia no asignada expresamente a las otras Secciones.

---

<sup>2</sup> Ver, entre otras, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil cuatro (2004). Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número: 11001-03-15-000-2001-0110-01(AI))

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

Dicho cuanto antecede procederá la Sala estudiar la norma demandada, confrontándola tanto con las disposiciones constitucionales que se invocan como violadas como con aquellas que según el epígrafe sirven como sustento del decreto controvertido.

2. El texto del Numeral 5 del artículo 3° del Decreto 2280 del 16 de julio de 2004 demandado es el siguiente:

*Artículo 3°. Recursos de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del SGSSS. Los recursos que financian la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo son los siguientes:*

*(...)*

*5. Los intereses de mora por pago de cotizaciones en forma extemporánea y sus respectivos rendimientos financieros.*

3. -Respecto de la acusación formulada por el actor referente a la violación del derecho a la igualdad por la norma acusada, cabe recordar que, Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la realización de la igualdad no impone "la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares, ni gozan de las

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales".<sup>3</sup>

De ahí que esa misma Corporación haya entendido el derecho a la igualdad como un derecho relacional, por lo cual para la demostración de su desconocimiento no es suficiente con señalar que la disposición acusada establece un tratamiento discriminatorio sino que se requiere de la presentación de "términos de comparación", frente a cierto grupo de personas, acompañado de las razones por las cuales el actor considera que existe la diferencia de trato y de los argumentos que demuestren que la misma resulta discriminatoria<sup>4</sup>, y qué justifiquen por qué debería darse un tratamiento distinto al previsto en la normas acusada.<sup>5</sup>

Resulta pertinente precisar que de lo dicho por el demandante puede entenderse que los términos de confrontación para efectos del juicio de igualdad que se

---

<sup>3</sup> Sentencia C-1115 de 2004. Cft. sentencias C-626 de 2010, C-805 de 2009, C-737 de 2008, C-127 de 2006, C-1146 de 2004, C-1052 de 2004, C-913 de 2004 y C-176 de 2004.

<sup>4</sup> C-033 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>5</sup> Sentencia C-913 de 2004. Cft. sentencias C-819 de 2010, C-805 de 2009, C-308 de 2009, C-246 de 2009, C-1195 de 2008, C-545 de 2007, C-402 de 2007, C-507 de 2006, C-555 de 2005, C-127 de 2006, C-1146 de 2004, C-1115 de 2004 y C-1052 de 2004.

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

plantean por el actor aluden a la financiación de las EPS frente a la financiación de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y ello desde el punto de vista de los derechos de las primeras, lo cual ya de suyo indica que se está frente a supuestos de hecho diversos y por tanto éstos no son comparables.

En efecto, si bien ambas pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, su objeto es diferente, pues mientras el artículo 156 literal 1) de la citada Ley señala que el Fondo de Solidaridad y Garantía tendrá por objeto "garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta Ley" y el artículo 218 de la misma normatividad crea el mencionado Fondo, como una "cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

de la Administración Pública", el artículo 177 ibídem determina que las Entidades Promotoras de Salud son las "responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía" y que "[s]u función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía...".

No estaba pues obligado el legislador ni la administración al adoptar las medidas para la adecuada ejecución de la ley a otorgar a todos los sujetos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud el mismo tratamiento jurídico, máxime considerando que en el caso presente se trata de situaciones fácticas diferentes.

La Sala constata así que no se configura ninguna vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, dado que el actor no definió supuestos comparables y

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

desde esta perspectiva el juicio de igualdad invocado por el demandante no puede realizarse.

4.-La ley 100 de 1993 en ningún momento atribuyó a las EPS la propiedad de los intereses de mora por las cotizaciones atrasadas. Por el Contrario, la citada Ley es clara al precisar en su artículo 182 que "[l]as cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud" (Resalta la Sala), y es función del las EPS conforme al artículo 205 ibídem recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía y, una vez descontado de ese monto el valor de las Unidades de Pago por Capitación-UPC-fijadas para el Plan de Salud Obligatorio, trasladar la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones.

Lo que según el artículo 182 citado corresponde a las EPS por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, es el reconocimiento que el Sistema

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

General de Seguridad Social en Salud hace a cada Entidad Promotora de Salud de un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación, UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud".

De conformidad con lo anterior, si las cotizaciones pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud y no a las EPS, y estas las recaudan por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía los rendimientos financieros de las mismas, incluyendo los intereses de mora, también pertenecen al sistema.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia 25 de septiembre de 1997<sup>6</sup> precisó que "Como es sabido, los recursos parafiscales "son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente

---

<sup>6</sup> Sentencia SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

al grupo, gremio o sector que los tributa"<sup>7</sup>, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales".

La misma Corporación en sentencia de 8 de agosto de 2001<sup>8</sup> manifestó que "las UPC no son recursos que pueden catalogarse como rentas propias de las EPS, porque en primer lugar, las EPS no pueden utilizarlas ni disponer de estos recursos libremente. Las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS. En segundo lugar, la UPC constituye la unidad de medida y calculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación

<sup>7</sup> Sentencia C-152/97, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

<sup>8</sup> Sentencia C-828 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

media el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.

Consecuencia de lo anterior es que carezca de fundamento la afirmación del actor respecto de que "el legislador quiso que el acreedor de los derechos de mora por el no recibo oportuno de la cotización, fuera el concesionario, es decir la EPS que presta los Servicios de Salud".

Además es claro, como se desprende de lo dicho, que los intereses por mora en el pago de las cotizaciones a que alude el actor no pertenecen a las Entidades Promotoras de Salud, porque ellas no son dueñas de las cotizaciones no pagadas sobre las cuales se cobran dichos intereses, de manera que tampoco se quebranta el artículo 58 de la Carta Política, pues el título de propiedad que se aduce el demandante es infundado y por tanto, contrario a lo que afirma el demandante, no se está desconociendo un derecho adquirido.

5.-Establecido como está que los intereses de mora por las cotizaciones no canceladas a tiempo pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, es evidente que,

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

como lo afirma el Ministerio de la Protección Social, el hecho de que en los decretos reglamentarios anteriores al Decreto 2280 de 2004 no se hubiera señalado expresamente tal circunstancia, no implicó nunca que tales recursos se consideraran de propiedad de las EPS.

6.-En relación con los posibles perjuicios causados a la EPS por la mora en el pago de las cotizaciones, la Corte Constitucional señaló que la EPS no queda desprotegida por el comportamiento omisivo de quien está obligado a cotizar tanto porque en su carácter de retenedora y administradora de unos recursos públicos tiene las acciones legales ejecutivas pertinentes, como porque, la EPS puede reclamar al patrono incumplido no sólo las cuotas debidas con los intereses a que haya lugar, "sino la inversión hecha cuando estaba en mora"<sup>9</sup>.

En el mismo sentido, la sentencia C-800 de 2003<sup>10</sup> precisó que "el empleador incumplido no sólo tendrá que cancelar las sumas de dinero que deba, también es responsable por lo perjuicios económicos que cause con su incumplimiento, por las multas que se le impongan y,

<sup>9</sup> Sentencia SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>10</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

eventualmente, puede llegar incluso a tener que responder penalmente por sus actos".

Lo anterior queda corroborado con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 789 de 2002 cuyo inciso segundo previó que "La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley".

7.-La destinación específica de los recursos de la seguridad social prevista en el artículo 48 Superior no se desconoce con la norma demandada, por cuanto las sumas de dinero que conforman la cuenta denominada Fondo de Solidaridad y Garantía, entre ellas las correspondientes a los intereses por mora en el pago de las cotizaciones, se orientan, como se dijo antes, a garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en la Ley 100 de 1993.

8.-Lo dicho anteriormente es suficiente para sustentar

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

además que no es cierto, como lo afirma el actor, que mediante la norma acusada se esté imponiendo a las EPS un gravamen consistente en traspasar al FOSYGA el monto de intereses de mora de las cotizaciones o aportes, y en consecuencia no se ha quebrantado el artículo 154 de la Carta ni el Gobierno excedió la potestad reglamentaria al señalar como parte de los recursos que financian la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo "[l]os intereses de mora por pago de cotizaciones en forma extemporánea y sus respectivos rendimientos financieros.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala denegar las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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,

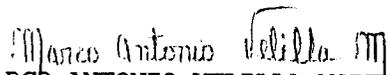
F A L L A :

REF: Expediente número: 110010324000 2006 00092 00  
Actor: DIEGO LUIS GUTIÉRREZ LACOUTURE

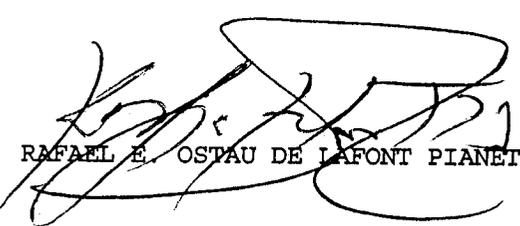
DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

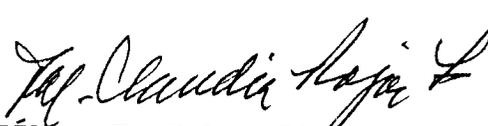
CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 22 de septiembre de 2011.

  
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO  
Presidente

  
MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

  
RAFAEL E. OSPAU DE LAFONT PIANETA

  
MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO