

CONCEPTO 2983 DE 2008

(marzo 19)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D. C.

Doctor

CARLOS A. JIMÉNEZ A.

Director Administrativo

Gestión Humana y Comunicaciones

INCOLBESTOS S.A.

Av. Calle 17 No. 123 B – 49

Bogotá, D.C.

Asunto: Su solicitud sobre reingreso a la EPS – ISS

Respetado Doctor:

Acuso recibo de su comunicación de la referencia por medio de la cual solicita se revise el reingreso a la EPS del Seguro Social del señor JOHN JAIRO TORRES MARTINEZ, a quien se le negó una solicitud de afiliación a la EPS Sanitas por aparecer vinculado en la EPS del ISS; de igual manera, señala que en la actualidad ha solicitado nuevamente su vinculación a la EPS del ISS pero que no ha sido posible toda vez que se le ha informado que se encuentra con periodos en mora con el anterior empleador.

Sobre el particular es pertinente formular las siguientes consideraciones:

Sea lo primero anotar que respecto a la solicitud encaminada a revisar el reingreso a la EPS ISS, esta Dirección dará traslado de dicho oficio, al Departamento Nacional de Afiliación y Registro de esta Entidad, por tratarse de un asunto de su competencia.

En segundo lugar, en relación con su consulta advierte esta Dirección que, en virtud del esquema introducido con la Ley [100](#) de 1993, la movilidad en el Sistema General de Salud, es un derecho que les asiste a los usuarios en virtud del principio de la libre escogencia consagrado en los artículos [153](#), numeral 4 y [156](#) literal g, en el entendido que con dicha prerrogativa se busca preservar la vida y la salud del afiliado en condiciones dignas y justas, tal como se garantiza en el artículo [49](#) de la Constitución Política que establece que toda persona tendrá el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

En relación con este derecho de libre elección de la EPS, ha sido proferida numerosa jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional, la cual se ha centrado en resaltar que "El derecho fundamental de acceso a la seguridad social, previsto de manera específica en los

artículos [48](#) y [49](#) de la Carta, comprende no sólo el acceso al sistema de salud como tal y a su cobertura, sino que además se proyecta sobre las garantías de permanencia y traslado de sus afiliados dentro del Sistema. Ello explica por qué el derecho a la libre escogencia (...) constituye un principio fundante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, a su vez, una característica básica del mismo.^{[1](#)} "

De igual manera ha enseñado que "El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. En el contexto del Sistema de salud basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen servicios, tal como lo es el sistema consagrado en la Ley [100](#) de 1993, reconocer en cabeza de todas las personas la libertad de elegir a qué entidad afiliarse es una forma de garantizar la dignidad (en el sentido de autonomía) y de asegurar que los dineros y demás recursos con que cuenta el Sistema, se destinarán a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de Salud.^{[2](#)} "

De ahí que no resulta aceptable aludir restricciones a este principio por fuera de las exigidas en la normatividad legal. (numerales 4 y 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 047 de 2000).

En ese orden de ideas, el artículo 16 del Decreto 047 de 2000, hace alusión a la necesidad de estar a paz y salvo en los pagos por concepto de aportes en salud al momento de hacer uso del derecho a la libre elección, cuando consagra: "ARTICULO 16. DERECHO DE TRASLADO EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO.

Para efecto de las disposiciones de derecho de traslado del usuario, a partir del 1o. de marzo del año 2000, el término para su ejercicio exigirá una permanencia mínima de 18 meses en la misma Entidad Promotora para los nuevos usuarios, o aquellos que tengan derecho de traslado a partir de la fecha mencionada, con los respectivos pagos continuos, sin perjuicio de los derechos de traslado excepcional por falla en el servicio o incumplimiento de normas de solvencia. A partir del año 2002 el plazo previsto en este artículo será de 24 meses."

Así mismo según la preceptiva de la Ley [1122](#) del 9 de enero de 2007 por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, se establece en el artículo [25](#), parágrafo 1o, que "El traslado voluntario de un usuario podrá hacerse a partir de un año de afiliado a una EPS (...)", pero no se modifica la condición de haber efectuado los correspondientes pagos continuos por concepto de aportes al Sistema de Salud, razón por la cual dicha exigencia debe entenderse plenamente vigente.

Frente a este requerimiento de estar a paz y salvo en los pagos correspondientes a las cotizaciones en salud cuando se pretenda por parte del trabajador hacer uso de la garantía de libre escogencia, ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C- 800 del 16 de septiembre de 2003 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, lo siguiente: "(...) el cumplimiento del pago de los aportes es exclusivo del empleador y, en consecuencia, mal puede trasladarse dicha carga al afiliado, resulta inadmisibles aceptar la conducta que en el presente caso ha optado la EPS accionada, pues ello sería tanto como admitir que la EPS pudiera sacar provecho de sus propias faltas".

La exigencia de cumplimiento en el pago de los aportes al empleador y no al trabajador que pretende su movilidad en el Sistema de Salud, ha sido reiterada así mismo por la

Superintendencia de Salud, la cual, mediante oficio Nurc-8002-1-159034 sostenía en relación con la mora del empleador y la incidencia de ésta en la movilidad en el sistema lo siguiente: "(...) el cumplimiento de dicho requisito (pago de aportes) es exclusivo del empleador y, en consecuencia, mal puede trasladarse dicha carga al afiliado y por esa vía impedir el ejercicio de la libre movilidad. En tales circunstancias, ninguna de las EPS involucradas en el proceso de movilidad estarían habilitadas para oponerse a la solicitud de traslado, máxime cuando existe una responsabilidad en cabeza de las EPS frente a la mora patronal. En tal sentido sostuvo la H. Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo [43](#) de la Ley 789 de 2002. (...) las entidades promotoras de salud están habilitadas para hacer efectivos tales cobros y para ello cuentan con los instrumentos legales, pues no debe olvidarse que la responsabilidad del recaudo de los aportes en salud es de su exclusiva responsabilidad por mandato de los arts., [177](#) y [178](#) de la Ley 100/93

(...)

Por consiguiente, no resulta jurídicamente aceptable la restricción a la movilidad que se le trata de imponer al trabajador en este caso, pues la situación atendida corresponde a una conducta que es exclusivamente imputable al empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia para cuyos efectos deben contar con una infraestructura que le permita cumplir con la obligación del recaudo de los aportes."

En igual sentido, se pronunció la Superintendencia de Salud, en oficio Nurc- 8004-1- 163535 del 9 de marzo de 2005, en el cual se resaltó que el tema de la mora patronal incumbe a la EPS y al Empleador, sin que tal hecho pueda interferir en la permanencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así, entonces, se dispuso: "No puede pasar por alto este despacho en este punto la responsabilidad que le cabe a la entidad promotora de salud que en su momento y durante la vigencia de la relación laboral debió constituir en mora al empleador incumplido, y haber notificado este hecho a la peticionaria para que esta hubiera procurado en colaboración con las entidades de control el pago debido y haber contrareestado (sic) las consecuencias jurídicas que tal hecho le podría acarrear, sin embargo, al no haberse agotado dicho procedimiento por la EPS, mal puede ahora sacar provecho de su propia falta y trasladar tal responsabilidad a la peticionaria. De otra parte, por problemas en la actualización de las bases de datos que no incumbe al trabajador, mantener dentro de sus afiliados cotizantes a una persona que ya no trabaja y que no hace aportes al régimen contributivo, por lo que tan sólo sigue vinculada formalmente a éste, es una carga que no debe soportar el trabajador retirado, pues ciertamente implica la imposición de una limitación ilegítima que afecta el acceso pleno al sistema de seguridad social en salud al provocar un problema de multifiliación prohibido en el sistema que en todo caso, como quedo expuesto, no puede soportarlo el trabajador.

En efecto, aquí cabe hacer la distinción entre la relación de las EPS y los empleadores, por una parte, y la relación de los afiliados, cotizantes y beneficiarios, con las EPS, desarrollada en la jurisprudencia constitucional. En la sentencia C-[177](#) de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte indicó al respecto: "(...) las relaciones jurídicas que surgen entre el empleador y la entidad de seguridad social son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y los entes que administran los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, puesto que aun en caso en que se imponga una sanción por omisión y que se logre el pago de la cotización, el derecho del trabajador no se agota sino que es indispensable que se garantice la efectividad del mismo (C.P. artículo [20](#)). (...) (...) la jurisprudencia es unánime en relación con la imposibilidad de que la responsabilidad por el no

pago de los aportes patronales recaiga sobre el trabajador, pues esto 'implicaría trasladar al trabajador, activo o retirado, sin razón jurídica atendible, las nocivas consecuencias de la negligencia e irresponsabilidad patronal'. Por consiguiente, si el empleador no efectúa oportunamente las transferencias de los aportes obrero- patronales en materia de salud, que efectivamente fueron deducidos de los salarios, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud, más aún cuando 'la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador', por ende el principio de la buena fe (C.P. art. [83](#)), resultaría de ese modo quebrantado”.

De acuerdo con lo expuesto, para el caso concreto se establece que es deber de la EPS ISS adelantar las acciones a que haya lugar con miras a recuperar los aportes dejados de pagar por parte de los antiguos empleadores del solicitante sin que este hecho pueda afectar el principio general de la libre escogencia y de la obligatoriedad en la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud del trabajador que así lo requiere y solicita.

Lo anterior, sin perjuicio de la aplicación del artículo 2o de la Resolución 3221 del 12 de septiembre de 2007 del Ministerio de Protección Social, según el cual, “El administrador de la Base de Datos Única de Afiliados, BDUA, antes del primer proceso de compensación de cada mes procederá a actualizar en la BDUA con base en la información reportada por las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, el estado de afiliación a “DESAFILIADO” de aquellos afiliados (Cotizantes, Beneficiarios, Adicionales) del régimen contributivo, que lleven mínimo cuatro (4) meses consecutivos sin haber sido presentados en el proceso de compensación y/o en el reporte de saldos no compensados. La fecha que se aplicará para la desafiliación será el último día del último período de cotización presentado en compensación o en saldos no compensados anterior a los cuatro (4) meses mencionados”.

En los anteriores términos esperamos haber absuelto su consulta, con la previsión y efectos del artículo [25](#) del CCA.

Cordialmente,

Original firmado

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Copia:

- Dr. José Bocanegra González

Departamento Nacional de Afiliación y Registro ISS

RAMG/jaac

Rad. 492

Traslado E S –P aportes en mora

18 feb. 08

NOTAS AL FINAL:

1. Corte Constitucional. Sentencia T – 011 de 2004, Expediente T-783015, M.P. Rodrigo Escobar Gil

2. Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 2004, expediente T-782691, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

