



Sentencia 00010 de 2004 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004)

Radicación: 110010327000 2003 00010 01

Nº Interno 13707

Actor JUAN DIEGO BUITRAGO GALINDO

Acción Pública de nulidad contra el Decreto

1703 de 2002 expedido por el Gobierno Nacional.

FALLO

El ciudadano JUAN DIEGO BUITRAGO GALINDO, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad parcial y suspensión provisional del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 expedido por el Gobierno Nacional.

EL ACTO ACUSADO

La pretensión de nulidad recae sobre los apartes que se subrayan del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, cuyo texto es el siguiente:

DECRETO 1703 DE 2002

(agosto 2)

Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el artículo 189 numerales 11 y 20 de la Constitución Política, en los artículos 154, 157 parágrafo 1º, 203 parágrafo y 271 de la Ley 100 de 1993; 99 de la Ley 633 de 2000; y 42.17 de la Ley 715 de 2001,

DECRETA:

(...)

Artículo 23. Cotización en contratación no laboral. Para efectos de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema general de Seguridad Social en Salud.

En el evento en que el ingreso base de cotización no corresponda con el valor mensualizado del contrato, siempre que estén pactados pagos mensuales, el contratante deberá requerir al contratista para que justifique la diferencia. Si esta diferencia no tiene justificación válida, deberá descontar del pago de un (1) mes, lo que falte para completar el valor bruto del contrato, dividido por el tiempo de duración del mismo, en períodos mensuales, para lo cual se entiende que el 60% restante corresponde a los costos imputables al desarrollo de la actividad contratada. En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las sumas descontadas se entregarán a la entidad promotora de salud. EPS, a la cual se encuentre afiliado el contratista, junto con un documento en el que se ponga en conocimiento la situación para que la EPS revise la presunción de ingresos del contratista y éste deba efectuarla autoliquidación de aportes sobre el nuevo ingreso.

En el evento en que los pagos no sean mensuales y no exista justificación válida de la diferencia, el contratante deberá informar tal

circunstancia a la entidad promotora de salud, EPS, a la cual se encuentre afiliado el contratista, para que dicha entidad le revise la presunción de ingresos.

Para los efectos del presente artículo se entiende por "valor bruto", el valor facturado o cobrado antes de aplicarle los recamos o deducciones por impuestos o retenciones de origen legal.

En los contratos de vigencia indeterminada, el Ingreso Base de Cotización será el equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor bruto facturado en forma mensualizada."

DEMANDA

Los cargos en que se sustenta la pretensión de nulidad se enuncian y explican así:

1. Violación de los artículos 99 de la Ley G33 de 2000; 156 lit.d) y 177 de la Ley 100 de 1993.

Los citados artículos establecen que la competencia para el recaudo de la cotización en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, corresponde al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, entidad que por autorización legal delega esa facultad en las Entidades Promotoras de Salud. El control a la adecuada y oportuna liquidación y pago de los aportes que financian dicho sistema está en cabeza de las entidades administradoras EPS, la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La norma demandada excede la facultad reglamentaria, toda vez que mediante decreto el Gobierno Nacional asigna competencias a las entidades del Estado y a los particulares, para que desarrollen funciones de vigilancia frente a la afiliación de particulares al sistema general de seguridad social en salud y para que les efectúen descuentos provenientes del patrimonio de particulares, sin que exista autorización legal para ello.

Si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra la facultad del Gobierno para reglamentar los mecanismos de control del pago de cotización de los trabajadores "migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios", dicha facultad no significa un poder omnímodo para señalar, en contra de lo establecido en la ley, cuáles son las entidades encargadas de ejercer tareas de control a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de los aportes.

Revisada la legislación que regula el Sistema de Seguridad Social en Salud, se observa que bajo ninguna circunstancia, los contratantes pueden tener funciones de recaudo. Es así como el literal d) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 dispone que "El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social- Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegara en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud.", lo cual evidencia la violación del precepto, al radicar el reglamento, obligaciones de recaudo en sujetos diferentes a los allí señalados.

El único evento en que la legislación consagra un descuento de sumas de dinero para efectos del recaudo de las cotizaciones, es el previsto en el literal b) num. 2 del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, para los empleadores en su calidad de integrantes del Sistema General de Seguridad en Salud.

2. Violación del artículo 282 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 114 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995.

De acuerdo con las citadas disposiciones es obligación de todas las personas naturales que contraten con el Estado, en la modalidad de prestación de servicios, acreditar la afiliación al sistema de salud.

La norma demandada amplía la disposición legal, al imponer la carga de acreditar la afiliación en los contratos celebrados por personas naturales con personas naturales o jurídicas de derecho privado, señalando que la verificación de la afiliación es una carga que recae en el contratante, y no como lo señala la ley, a cargo del contratista.

No se pone en duda la obligación que tienen todos los habitantes del territorio nacional de afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, es diferente el mandato de afiliarse, al de acreditar la afiliación; el primero comporta la obligación de establecer la relación jurídica de afiliación, la cual compete a todos los habitantes del territorio nacional; mientras el segundo comporta la necesidad de acreditar el cumplimiento de dicha obligación que compete a los contratistas del Estado, siempre que el contrato tenga un término de duración igual o superior a tres (3) meses. En consecuencia no puede el reglamento hacer ejecutables obligaciones inexistentes para personas naturales que contratan con personas naturales o jurídicas de derecho privado.

3. Violación de los artículos 6° y 333 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 1494 y 1602 del Código Civil y 822 del Código de Comercio.

La intervención de los particulares en el tráfico jurídico está enmarcada en el postulado fundamental de la autonomía de la voluntad privada consagrada en el artículo 333 de la Constitución, que cataloga como libres la actividad económica y la iniciativa privada, prescribiendo de manera expresa que para su ejercicio nadie podrá exigir requisitos sin autorización legal.

La violación al precepto constitucional por parte de la norma demandada radica en que establece, para su ejercicio a través de contratos donde está involucrada la prestación de un servicio por una persona natural a favor de una persona natural o jurídica de derecho privado, requisitos no autorizados en ninguna norma de rango legal o constitucional, como son la verificación por parte del contratista de la afiliación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

No puede el Ejecutivo, so pretexto de reglamentar el pago de las cotizaciones, establecer limitaciones a la autonomía de la voluntad privada de los particulares, ni establecer obligaciones a los contratantes sin que aquella, ni estas, sean expresamente autorizadas por la Ley. La ley ha señalado la exigencia de verificar la afiliación a las personas naturales que contraten con el Estado, pero no a los particulares que contraten con personas naturales o jurídicas de derecho privado. El artículo 282 de la Ley 100 de 1993 al señalar los casos en que es exigible la obligación de acreditar la afiliación, indica que dicha obligación recae en el contratista, por lo que no puede entenderse que dicha obligación está a cargo del contratante como lo exige la norma demandada.

Ninguna norma legal ni constitucional permite a cualquier contratante, sea público o privado, requerir al contratista cuando el ingreso base de cotización no corresponda con el valor mensualizado del contrato, y mucho menos, retener sumas de dinero para girar a las EPS. Las facultades de control en este aspecto están asignadas legalmente a las Entidades Promotoras de salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El artículo 6° de la Constitución establece la responsabilidad de los particulares por infringir la Constitución y la Ley, de donde se colige que mal puede el Gobierno señalar obligaciones a los particulares, sobre las cuales no se endilgue responsabilidad, por no estar señaladas en la ley.

Conforme el artículo 1494 del Código Civil las obligaciones provienen del contrato y de la ley, así que para que se exija al contratante verificar la afiliación y el pago de aportes, dicha obligación, o la autorización para imponerla, debe provenir de la ley, por lo que al no existir autorización legal, la norma acusada debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de febrero 13 de 2003 se admitió la demanda y se negó la medida de suspensión provisional solicitada.

Con oficio 11410 de marzo 20 de 2003 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió los antecedentes administrativos del acto acusado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada del Ministerio de Protección Social presentó dentro del término legal escrito de oposición a las pretensiones de la demanda, y al efecto expuso:

El Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1703 de 2002 ejerció su potestad reglamentaria, enmarcada en la competencia otorgada por las normas legales que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en ningún caso está trasladando funciones propias de otros organismos, como son la recaudación de aportes y la vigilancia y control del sistema, pues es claro que éstas corresponden a las Entidades Promotoras de Salud, por delegación del FOSYGA, y que la vigilancia y control corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud.

El accionante confunde la "recaudación", que comporta el ejercicio de las obligaciones establecidas en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, a cargo de las EPS, y "verificación" que debe ejercer el contratante como parte de una función social a la cual no pueden ser ajenos los particulares, quienes deben participar, en procura de garantizar los fines esenciales del Estado Social de Derecho haciendo prevalecer el interés general sobre el particular.

Se trata entonces del ejercicio pleno de una competencia que por mandato legal le ha sido otorga al Gobierno Nacional, para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema de Seguridad Social en Salud y evitar así la evasión y elusión de los recursos, práctica que se ha venido dando y que afecta en forma grave la seguridad social, que protege el artículo 48 de la Constitución Política.

Por su parte la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público estimó infundados los cargos de la demanda con base en las siguientes consideraciones.

La norma demandada refuerza las medidas previstas en el artículo 99 de la Ley 633 de 2000, en contra de la evasión y elusión de aportes, y por tanto ni lo viola ni carece de autorización legal.

Tampoco se está cambiando la naturaleza de la obligación legal del recaudo de las cotizaciones en Salud, a cargo de las EPS, que por el contrario se busca brindar mecanismos efectivos que fortalezcan las funciones de recaudo a través de un estricto control al contratista, para obligarlo al cumplimiento de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social en Salud.

No se está desnaturalizando la función de recaudo, ya que una cosa es el recaudo y otra la eventual retención de sumas de dinero por parte del contratante; la primera es una obligación que se predica exclusivamente de las EPS, las que requieren de unos requisitos mínimos para operar y obtener la respectiva autorización; mientras que la segunda es una obligación derivada del reglamento expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades de intervención previstas en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, en virtud de las cuales se dispone que el contratante queda facultado, en una situación específica y particular, para descontar las cotizaciones en salud dejadas de pagar, del valor del contrato al momento del pago, con el fin de trasladarlas a la EPS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada del Ministerio de Protección Social reitera en esta oportunidad los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda.

El accionante solicita se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, con el fin de reafirmar que si bien actualmente los contratantes, cuando son entidades de derecho público, deben verificar el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud

por parte del contratista, no se ha previsto por parte del legislador la misma ni similar obligación para el contratante persona natural o jurídica de derecho privado.

Advierte que con las obligaciones impuestas al contratista mediante la norma acusada, se contraría el procedimiento previsto en la Ley 789 de 2002, según el cual cuando se compruebe evasión en el pago de aportes durante la ejecución del contrato, dicha conducta se convierte en causal de terminación unilateral del contrato, y que la retención de sumas de dinero se realizará en el momento de la liquidación del contrato, con lo cual las disposiciones acusadas resultan nulas incluso en el caso de entidades de derecho público, porque el reglamento impone retención de sumas durante la ejecución del contrato. Además el legislador no facultó al ejecutivo para definir el monto de la cotización en caso de existir diferencias entre el monto cancelado y las sumas que debieron ser cotizadas.

Considera que las definiciones contenidas en los incisos quinto y sexto de la norma acusada, relativas al cumplimiento de la obligación de descontar sumas de dinero durante la ejecución del contrato, son contraria a la ley, por lo que se hace necesario declarar la nulidad, pues en caso de dejarse con vigencia dichos incisos, resultarían siendo disposiciones inocuas.

Además al señalar el Ejecutivo la base de cotización para efectos del cumplimiento de la disposición acusada, se está atribuyendo facultades que son del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme lo previsto en el artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

Otro aspecto que considera determinante de la ilegalidad de las disposiciones demandadas, es el que hace relación a la Ley 828 de 2003 por la cual se expiden normas para el control a la evasión del sistema de seguridad social integral, al señalar en su artículo 5º el procedimiento a seguir en el caso de los trabajadores independientes, en virtud del cual las personas que tengan conocimiento de conductas de evasión o elusión de aportes, deben dar aviso a la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que correrá traslado de la queja al trabajador independiente, quien debe acreditar el pago de la obligación en el término de 30 días, so pena de la imposición de multas con destino a Fosyga; mientras que la norma acusada consagra un requerimiento a efectuar por parte del contratante persona natural o jurídica de derecho privado y le impone una obligación tributaria consistente en descontar sumas para girarlas a las EPS, de la cual es sujeto pasivo en los términos fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-009 de 2003 para los agentes retenedores.

Se refiere a las obligaciones previstas en la Ley 100 respecto de los empleadores, y a las funciones de vigilancia atribuidas por la Ley 715 de 2001, para reafirmar que la definición de las obligaciones tributarias, como son las de agentes retenedores y cotizantes, corresponden al resorte del legislador, así como la competencia para determinar qué entidades o personas deber ejercer funciones de inspección, vigilancia y control.

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público advierte que las medidas consagradas en el Decreto 1703 de 2002 son producto de las facultades de intervención consagradas en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, en virtud de las cuales, puede limitarse el alcance de la libertad económica de que trata el artículo 333 de la Carta, cuando así lo exija el interés general. Además de la competencia que otorga el artículo 42 de la Ley 715 de 2001 al Gobierno Nacional, para expedir la reglamentación de control a la evasión de los aportes.

Observa que con posterioridad a la vigencia del decreto reglamentario acusado se han expedido normas como el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003 y el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, a través de las cuales se involucran tanto a los contratantes como a los contratistas para que verifiquen los primeros y efectúen los segundos, los aportes obligatorios al Sistema de Seguridad Social en Salud.

MINISTERIO PÚBLICO

Considera que los párrafos acusados del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 contienen previsiones autorizadas por la ley para salvaguardar y defender el interés público que existe en la destinación de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Lo anterior teniendo en cuenta que los aspectos materia de reglamentación están contenidos en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 99 de la Ley 633 de 2000 y 715 de 2001, y consultando el criterio de necesidad, en cuanto a lograr la efectividad del régimen legal de las contribuciones y aportes y permitir que la función de recaudo y control se realice con la participación de los propios obligados y no sólo con la actuación de las EPS y la Superintendencia Nacional de Salud.

Señala que la norma demandada identifica a los contratantes como colaboradores eficaces del Estado, a través de la verificación de la afiliación y el pago de los aportes, el requerimiento y los descuentos que se deben efectuar en los casos de incumplimiento, medidas encaminadas a reforzar el control de la evasión y que resultan valiosas para la efectividad de la ley.

En su opinión no se está imponiendo al contratante una exigencia novedosa que vuelva más gravosa ejecución de los contratos y tampoco se reviste a los particulares de atribuciones propias de los órganos de control. Además tratándose de ingresos que financian el funcionamiento del Sistema en materia de Seguridad Social en Salud, su correcto manejo justifica la obligación de los contratantes de verificar el recaudo y contribuir a evitar el desvío o destinación de los aportes a fin de garantizar la protección de los afiliados y prevenir la falta de cobertura de los riesgos que ampara el sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala determinar la legalidad de los apartes demandados del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud."

Para el demandante, los apartes acusados de la norma exceden la facultad reglamentaria del Gobierno porque asigna competencias de vigilancia y recaudo a entidades del Estado y a particulares, sin autorización legal para ello.

El Decreto 1703 de 2002 fue expedido por el Gobierno Nacional invocando los artículos 189 numerales 11 y 20 de la Constitución Política; 154, 1C7 parágrafo 1º, 203 parágrafo y 271 de la Ley 100 de 1993; 99 de la Ley 633 de 2000, y 42.17 de la Ley 715 de 2001.¹

El artículo 189 constitucional, en los numerales que sustentan la norma acusada, otorga al Gobierno la facultad para reglamentar la ley y la potestad para velar por el recaudo y administración de las rentas públicas, dentro de las que se cuentan los aportes a la seguridad social, competencia que desarrolla conforme a la ley.

El artículo 154 de la Ley 100 de 1993 fija los parámetros de la intervención estatal en el servicio público de seguridad social, entre los que se cuentan, asegurar su obligatoriedad y evitar que los recursos se destinen a fines diferentes.

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece las sanciones para quienes impidan la selección o afiliación de trabajadores a organismos del sistema de seguridad social integre.¹ y se faculta al Gobierno para reglamentar el control de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales con contrato de prestación de servicios.

El artículo 91 de la Ley 633 de 2000 señala la responsabilidad de las entidades administradoras, así como de los entes estatales competentes, frente al control, liquidación y pago de los aportes a la seguridad social.

Las demás normas transcritas, esto es, los párrafos de los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993; así como el artículo 42 numeral 17 de la Ley 715 de 2001, facultan al Gobierno Nacional para establecer controles a la afiliación y a los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Las disposiciones dictadas por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades referidas, tienen como finalidad, entre otras, garantizar el adecuado recaudo y pago de los aportes destinados a la Seguridad Social en Salud, por lo cual es jurídicamente viable la adopción de mecanismos de control en la medida en que éstos consulten el régimen legal vigente.

Norma demandada.

Consideró el actor, que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 excedió lo previsto en el artículo 282 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 114 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, porque en su opinión la obligación de verificación allí establecida corresponde a las entidades estatales y no a las personas naturales y jurídicas de derecho privado. Señaló la norma superior:

Artículo 114. Contratos de Prestación de Servicios. El artículo 282 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

"Artículo 282. Las personas naturales que contraten con el Estado en la modalidad de prestación de servicios no están obligadas a acreditar afiliación a los sistemas de salud y pensiones previstos en esta Ley, siempre y cuando la duración de su contrato sea igual o inferior a tres meses."

Si bien esta disposición no fue invocada expresamente por el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1703 de 2002, resulta evidente su relevancia, por ser la disposición de rango legal que regula la acreditación de la afiliación a sistema de salud y pensiones en contratos de prestación de servicios, aspecto al que Su refieren los apartes demandados.

Como se observa, la norma al exonerar c'3 manera expresa a las personas naturales que contraten servicios con el Estado, establece una excepción a la obligación de acreditar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando el contrato sea igual o inferior a tres meses, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 de la misma Ley 100: "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".

El carácter exceptivo de la norma implica que por fuera de tal señalamiento, todas las personas naturales que actúen como contratistas, están obligadas a acreditar ante el contratante, sea persona natural o jurídica, de derecho público o privado, su afiliación al sistema de seguridad en salud, cuando el contrato sea superior a tres meses, tal como lo dispone el reglamento acusado.

Por ello y toda vez que la Ley no diferencia si el contrato es público o privado, no puede afirmarse, con fundamento en el citado precepto legal, que las personas naturales que contraten servicios con personas naturales o jurídicas de derecho privado, están excluidas de la obligación de acreditar su afiliación al sistema de salud, como lo pretende el accionante, y menos aún, la violación de la norma superior por parte del reglamento acusado, bajo el argumento de haber excedido los términos de la misma, por asignar al contratante la obligación de verificar la afiliación y el pago de los aportes al sistema. Por el contrario, la diferencia propuesta por el actor violaría los principios de generalidad y de igualdad que deben regir los contratos.

Ahora bien, según el texto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, lo allí regulado tiene como finalidad dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que de manera expresa faculta al Gobierno Nacional para adoptar los mecanismos de control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios. Luego está claro que existe autorización legal para decidir acerca del régimen de control aplicable en los contratos de prestación de servicios, suscritos por personas naturales, independientemente de la calidad del contratante.

La actividad de verificación de la afiliación y el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, tratándose de contratos de prestación de

servicios, que debe adelantarse por parte del contratante, no excluye la regulación y control asignado a las respectivas entidades públicas.

En este caso se trata de una actividad de colaboración, que encuentra sustento en las disposiciones legales anteriores y no resulta desproporcionado con los fines del legislador que los contratantes públicos o privados verifiquen que el contratista se encuentre afiliado y cancele sus aportes al Régimen de Seguridad Social en Salud e informe a las entidades promotoras de salud o a las entidades estatales competentes, de aquellos eventos en los que haya lugar a revisar los aportes a cargo del contratista. Por tanto, la Sala declarará la legalidad de los apartes de la norma referidos a estos deberes.

Ahora bien, los incisos segundo y tercero del artículo demandado establecen la obligación a cargo del contratante para *requerir explicaciones* al contratista cuando el ingreso base de cotización tomado por este último, no corresponda al valor mensualizado del contrato. Así mismo, señala que si la diferencia no tiene justificación válida, el contratante debe descontar del pago de un mes, lo que falte para completar lo correspondiente al valor bruto del contrato.

Es decir, además de verificar la afiliación y pago de los aportes, los contratantes también resultan obligados a exigir explicaciones a los contratistas sobre posibles diferencias en las bases de liquidación de los aportes, teniendo la potestad de calificar si la justificación es *válida* y si no lo consideran así, deben retener de los pagos al contratista, las sumas a título de cotizaciones que correspondan al valor del contrato.

Estas potestades otorgadas a quienes contraten con una persona natural la ejecución de un servicio, les permiten ejercer funciones de determinación de los aportes de los contratistas; de fiscalización, porque los autoriza para pedir explicaciones y calificar su validez, y de recaudo de las cotizaciones a través de los descuentos a los pagos.

Toda vez que el ejercicio de estas facultades podría afectar la órbita individual de quienes prestan el servicio y son objeto de control, deben ceñirse estrictamente a las disposiciones de índole legal que correspondan, para que exista certeza sobre el tipo de información que pude ser solicitada para justificar las diferencias o la forma de solucionar las controversias entre el contratante y contratista por el desempeño de las potestades.

Por ello, al contrario de lo que ocurre con los deberes del contratante —para verificar la afiliación y pago de los aportes por el contratista e informar de las diferencias a las entidades promotoras de salud—, si también se le permite que exija explicaciones, determine las cotizaciones y practique retenciones sobre los pagos, se estaría invadiendo una competencia asignada a los organismos estatales de control, la cual sólo puede ejercerse si existe una muy precisa autorización legal que garantice al contratista el ejercicio de sus derechos, la cual no está presente en las normas invocadas como sustento del decreto reglamentario acusado.

Esta ausencia de autorización legal implica que el Gobierno excedió su potestad reglamentaria y sus competencias para la administración y recaudo de las rentas públicas, porque la delegación de facultades que afectan la órbita individual de particulares o el ejercicio de sus derechos no corresponde al Ejecutivo y debe provenir en forma precisa del legislador. En consecuencia, la Sala declarará la ilegalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, salvo la expresión "*En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*", la cual no fue objeto de demanda y en virtud del principio de justicia rogada que rige la jurisdicción contenciosa administrativa no es objeto de pronunciamiento.

Se negarán las súplicas de la demanda de nulidad contra los apartes acusados del inciso primero, así como el inciso cuarto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, porque como se indicó anteriormente, contienen una actividad de colaboración que encuentra sustento legal y es proporcionada con los fines del legislador, en cuando faculta a los contratantes a verificar la afiliación y pago de los aportes al Régimen de Seguridad Social por parte del contratista e informar a las entidades promotoras de salud o a las entidades estatales competentes, de aquellos eventos en los que haya lugar a revisar los aportes a cargo del contratista.

Se declarará la nulidad del inciso quinto de la norma acusada, en el cual se define el concepto de "*valor bruto*" para efectos de la determinación de la cuota a descontar por parte del contratante, porque su contenido es inescindible del inciso segundo de la norma, el cual será anulado por las razones ya expuestas.

En relación con el último inciso del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, norma que también fue objeto de demanda, el actor no presentó cargo alguno.

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

FALLA

1. DECLÁRASE la nulidad del inciso segundo del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, salvo la expresión "*En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*", la cual no fue objeto de demanda.

2. DECLÁRASE la nulidad de los incisos tercero y quinto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por las razones expuestas en la parte considerativa.

3. NIÉGANSE las súplicas de la demanda de nulidad contra los incisos primero, cuarto y sexto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MARIA INES ORTIZ BARBOSA

PRESIDENTE DE LA SECCION

LIGIA LOPEZ DIAZ

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIÉ

HECTOR J. ROMERO DIAZ

RAUL GIRALDO LONDOÑO

SECRETARIO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Estas disposiciones señalan lo siguiente:

C.P. "Artículo 189.—Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

(...)

20. Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes."

Ley 100 de 1993

"Artículo 154.-Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de seguridad social en salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

- a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2º y 153 de esta ley;
- b) Asegurar el carácter obligatorio de la seguridad social en salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;
- c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la seguridad social en salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;
- d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en salud permitiendo progresivamente el acceso a lo.; servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;
- e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la ley;
- f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;
- g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes, y
- h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de seguridad social en salud, como parte fundamental del gasto público social.

PAR.-Todas las competencias atribuidas por la presente ley al Presidente de la República y al Gobierno Nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.

Artículo 157.(...)

Parágrafo 1º-El Gobierno Nacional establecerá un régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación.

Artículo 203.(...)

Parágrafo.-El gobierno podrá establecer los sistemas de control que estime necesarios para evitar que los afiliados obligatorios al régimen contributivo y las personas de altos ingresos se beneficien de los subsidios previstos en la presente ley.

"Artículo 271.-Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier **Sentencia 00010 de 2004 Consejo de Estado** 7 EVA - Gestor Normativo

forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al fondo de solidaridad pensional o a la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía del sistema general de seguridad social en salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

Ley 633 de 2000

"Artículo 99.-Modifícase el artículo 91 de la Ley 488 de 1998, el cual quedará así:

"ART. 91.-Normas aplicables al control del pago de aportes parafiscales en materia de seguridad social. Las entidades administradoras de los distintos riesgos que conforman el sistema de seguridad social integral establecido por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994, independientemente de su carácter público u privado, tendrán la responsabilidad, conjuntamente con la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de ejercer las tareas de control a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de los aportes que financian dicho sistema. *(Inciso declarado inexequible. No se transcribe)*

En todo caso, en ejercicio de las tareas de control, las entidades administradoras podrán verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes al sistema que hayan recibido; solicitar de los aportantes, afiliados o beneficiarios *(texto inexequible. No se transcribe)* las explicaciones sobre las inconsistencias en la información relativa a sus aportes a los distintos riesgos que haya sido detectada a través del registro único de aportantes a que alude el inciso final del presente artículo. En ningún caso las entidades administradoras podrán modificar unilateralmente tales declaraciones, salvo que se trate de simples errores aritméticos o del período de cotización en salud.

Agotada la etapa persuasiva de control a que alude el inciso anterior sin que el aportante acepte corregir la situación anómala detectada por la administradora, ésta deberá dar traslado de las actuaciones surtidas a la entidad que resulte competente para conocer de las mismas, según el riesgo de que se trate. En el caso del sistema de seguridad social en salud, dicha competencia recaerá en la Superintendencia Nacional de Salud. En los casos que correspondan al sistema de seguridad social en pensiones o riesgos profesionales, será competente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Además de las obligaciones establecidas en la presente disposición, las entidades administradoras de los distintos riesgos que conforman el sistema de seguridad social integral, y las entidades administradoras de los regímenes especiales que existan en materia de seguridad social, tendrán la obligación de suministrar a la entidad encargada de la administración del registro único de aportantes, RUA, la información relativa a sus aportantes, afiliados y beneficiarios dentro de los términos y con los requisitos que establezca el reglamento. El registro único de aportantes, RUA deberá contar con la información completa, confiable y oportuna sobre los aportantes, afiliados y beneficiarios al sistema de seguridad social integral y a los regímenes especiales en materia de seguridad social, de tal manera que el mismo se constituye en una herramienta para el control del cumplimiento de las obligaciones que la ley establece en materia de seguridad social".

Ley 715 de 2001

"Artículo 42.-Competencias en salud por parte de la Nación. Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del sistema general de seguridad social en salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

(...)

42.17. Expedir la reglamentación para el control de la evasión y la elusión de los aportes al sistema general de seguridad social en salud y las demás rentas complementarias a la participación para salud que financian este servicio."

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 06:33:32