

DEMANDA - Requisitos / CONCEPTO DE VIOLACION - Normas violadas y concepto / PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA - Adolecen de cierto grado de generalidad y se presentan sin consideración a todas las formalidades propias de la técnica jurídica / FACULTAD DE INTERPRETACION - Se estudia la demanda si se halla en la pretensiones las censuras jurídicas en que sustenta la acusación

Los numerales 2° y 4° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, establecen entre los requisitos de la demanda, la indicación concreta y específica de lo que se demanda, así como el señalamiento de los fundamentos de derecho de las pretensiones y cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, deberán indicarse las normas violadas y el concepto de su violación. Observa la Sala, que si bien los planteamientos de la demanda adolecen de cierto grado de generalidad y se presentan sin consideración a todas las formalidades propias de la técnica jurídica, en tanto que ofrecen algún grado de vaguedad, del contenido integral de la demanda y haciendo uso de la facultad de interpretación, sí es posible hallar en ellos cuál es la pretensión principal del actor, así como las censuras jurídicas en que se sustenta la acusación contra el acto demandado, que se dice trasgrede el principio de buena fe constitucional.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 137 – NUMERAL 2 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 137 – NUMERAL 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2236 DE 1999

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Limites. Separación de poderes

Uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho, es la separación estricta de poderes, de modo que a cada autoridad está asignada una función y una responsabilidad que debe ejercer dentro de unos límites específicos que no puede desbordar, esto es, que todas las atribuciones deben ser cumplidas, de modo que no haya el peligro de invadir el ámbito de competencias de otros funcionarios. La delimitación estricta de las funciones atribuidas para el ejercicio del poder, impide su concentración en pocas manos y se erige en una restricción necesaria para impedir que una sola autoridad atraiga sobre sí potestades desmedidas. Esta consideración explica la responsabilidad de los funcionarios por exceso en el ejercicio de sus atribuciones, como nítidamente se establece en el artículo 6° de la Carta

Política y se desarrolla en leyes especiales que regulan la responsabilidad penal y política por extralimitación de funciones. Así, la debida separación de los poderes públicos, está llamada a impedir que el Presidente de la República asuma la función legislativa, lo que podría hacer so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, si es que de ese modo irrumpe en una competencia reservada exclusivamente al legislador. En efecto, la Constitución tiene previstas las materias de las que debe ocuparse el legislador y que a él están reservadas, de modo que ese privilegio no puede ser invadido por el ejecutivo, que de hacerlo sobreviene la sanción de nulidad del acto, en este caso del decreto reglamentario.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 - NUMERAL 10 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 - NUMERAL 11

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2236 DE 1999

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Vulneración / TUTOLOGIA LEGAL - Prohibición

Entonces, la violación de la potestad reglamentaria puede venir de que el Presidente de la República, contraríe la voluntad de la ley que es objeto de reglamentación, u otra del mismo linaje, lo que acontece cuando la Ley de manera expresa ya se ocupó de la materia, y el Reglamento Presidencial la contraviene, modifica o desconoce su exacto sentido. Desde luego que un decreto reglamentario no podría desconocer los mandatos de la ley reglamentada, pues la actividad del Presidente de la República es complementaria, y por tanto debe acatar celosamente las atribuciones reservadas al legislador, y por lo mismo no puede ejercer control sobre las leyes negando su vigencia, pues el control de la actividad legislativa corresponde a la Corte Constitucional, por lo que el Presidente no podría, mediante actos reglamentarios enmendar eventuales yerros del legislador, pues en su momento le correspondía hacer la objeción de la ley por inconstitucional, por ejemplo. Es claro entonces, que las potestades legislativa y reglamentaria, se expresan en distintos planos y que el Presidente de la República no puede ir contra la ley reglamentada, como tampoco desconocer las normas de superior jerarquía, que hayan sido expedidas sobre la materia objeto de la reglamentación. Tampoco podría el Presidente de la República saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de regulación por el propio legislador, pues si repite exacto el texto de las normas

reglamentadas, viola el principio conocido como “*prohibición de la tautología legal*”. Pero si en lugar de repetir la misma regla puesta por el legislador, contraría su sentido, habría abuso de la potestad reglamentaria, pues de conformidad con el artículo 189, numeral 10º de la Carta Política al Presidente de la República le corresponde “*Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*”, lo cual desde luego excluye que pueda desconocer su contenido, y so pretexto de reglamentar una ley, aniquilar sus efectos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 - NUMERAL 11

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2236 DE 1999

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

COTIZACIONES OBLIGATORIAS A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL - Se constituyen como tributos parafiscales / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Contribuyen a la financiación de todo el sistema de seguridad social integral / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD - Los parafiscales contribuyen a la financiación del sistema de seguridad social

A juicio del Consejo de Estado, no cabe duda de que las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social, sin discriminar si se trata de pensiones, salud o de riesgos profesionales, constituyen verdaderos tributos parafiscales, pues así lo ha reiterado insistentemente la jurisprudencia constitucional. Las aludidas contribuciones, de indudable naturaleza parafiscal, además de ser esfuerzos individuales, su papel más importante es el de contribuir a la financiación de todo el Sistema de Seguridad Social Integral, en cada uno de sus subsistemas. Vistas así las cosas, la contribución debe verse no solo en su dimensión individual, sino como ella opera a nivel agregado para la sostenibilidad del sistema. La parafiscalidad de esas contribuciones, implica que no son voluntarias sino obligatorias para las personas con capacidad de pago, tanto en pensiones como en salud y en riesgos profesionales, en este caso cuando la ley lo manda. El carácter forzoso de la contribución está vinculado, no solo a la protección del cotizante, sino que en ellas se realiza el principio de solidaridad previsto en el artículo 1º de la Constitución, pues al sufragarlas se contribuye a la financiación del Sistema como un todo. Por lo mismo, los aportes no constituyen un caso de prestaciones recíprocas o equivalentes, sino que el destino del aporte no necesariamente revierte al cotizante, sino que sirve al

propósito de financiar los subsidios a la cotización en pensiones, la pensión de subsistencia y el Régimen Subsidiado de Salud para las personas sin capacidad de pago y de la población vulnerable en especial.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 1

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2236 DE 1999

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

COTIZACION EN SALUD Y PENSION – Diferencia / SALUD - La atención se garantiza por los aportes obligatorios desde el día siguiente de la afiliación / COTIZACION EN SALUD - Anticipada pues la cobertura es inmediata / ASEGURAMIENTO EN SALUD - A cargo de la empresa prestadora de salud / TRASLADO DEL RIESGO - El pago debe ser de manera anticipada

La pensión, a diferencia de la cotización para la salud, constituye una expectativa, una especie de ahorro que se consolida cuando se cumplen los requisitos para adquirir el derecho, es decir el número mínimo de semanas cotizadas y la edad de jubilación. Por su parte, los riesgos profesionales están a cargo del empleador para el caso de los trabajadores dependientes, sean grandes o pequeños aportantes, mientras que los trabajadores independientes tan solo deben cotizar a riesgos profesionales en los casos excepcionales previstos por la ley, circunstancias que muestran que sí hay diferencias entre los sistemas, a pesar de tratarse de una unidad. Al contrario de lo que acontece con Pensiones y Riesgos Profesionales, en el Régimen Contributivo la atención en salud que se garantiza por medio de los aportes o cotizaciones obligatorias, éste ofrece su amparo en urgencias desde el día siguiente a la afiliación, durante los primeros 30 días de la afiliación, y todos los demás servicios que no estén sometidos al período de carencia durante las primeras 26 semanas de cotización. En síntesis, como los costos de las coberturas de los riesgos en salud del POS son inmediatos, pues usualmente el afiliado viene de otra EPS o del régimen subsidiado y completa las 26 semanas en casi todos los casos, son casi nulos los periodos de carencia, frente a lo cual tiene plena explicación en un contexto de cobertura universal, que la cotización sea anticipada pues la cobertura es instantánea. Lo remarcado de la norma citada, muestra que si el traslado del riesgo se produce tan pronto se hace la afiliación o el traslado, tiene sentido que el pago no se haga una vez vencido el primer mes, sino de manera anticipada, como prevé el Decreto acusado, pues si el riesgo se traslada de

manera inmediata, cómo podría justificarse que el pago sea diferido para después. El demandante invoca el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y este involucra el parágrafo 1º del artículo 18 de la misma ley; en efecto, el parágrafo primero del artículo 204 aludido, remite al ingreso base de cotización -IBC- sobre el cual se debe calcular la cotización obligatoria en salud de 12.5% (de acuerdo con la modificación que introdujo la Ley 1122 de 2007). No obstante, lo que interesa al legislador en esas normas es determinar cuál es la base de ingresos o salarios, para que se tome en cuenta el nivel de ingresos del cotizante el IBC utilizado para cotizar a pensiones. No obstante, la finalidad de la norma que se dice violada no es establecer la periodicidad o la naturaleza de una y otra cotización obligatoria. En suma, este artículo 22 que cita el demandante por remisión expresa del artículo 161 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, regula las obligaciones y responsabilidades de los empleadores frente a un recurso parafiscal, pero no tuvo como propósito fijar plazos, además de que la norma faculta expresamente al Gobierno Nacional para reglamentar los términos en los cuales deben realizarse los pagos y el traslado de las cotizaciones, pues mal podría disponerse un plazo para el traslado de lo que no se puede cobrar.

FUENTE FORMAL: LEY 1122 DE 2007 - ARTICULO 14 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 204 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 18 - PARAGRAFO 1 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 22 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 161 – NUMERAL 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2236 DE 1999

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Bogotá. D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00038-00(0901-09)

Actor: ANTONIO JOSE GARCIA BETANCUR

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad**, formulada por Antonio José García Betancur contra el Decreto No. 2236 del 11 de noviembre de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y El Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social).

LA DEMANDA

ANTONIO JOSÉ GARCÍA BETANCUR, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado, declarar la nulidad del siguiente Acto Administrativo:

- El Decreto No. 2236 del 11 de noviembre de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y El Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social), *“Por el cual se realiza una adición aclaratoria del artículo 9o. del Decreto 1406 de fecha julio 28 de 1999.”*

Acusa el demandante, que el Decreto No. 2236 de 1999 que ordena el pago anticipado de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, además de contrariar la Ley 100 de 1993, en sus artículos 1°, 18 (por

remisión del artículo 204 parágrafo 1º) y 22, vulnera el postulado de confianza mutua, contenido en el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política; como soporte de su pretensión invoca las siguientes razones:

La cotización tiene como objetivo primordial, servir de fuente de financiación al Sistema de Seguridad Social en Salud, corresponde a la cantidad que se descuenta al trabajador y del aporte que corresponde al empleador, cuya base de liquidación es el salario pagado, según se define en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, por remisión del parágrafo 1º del artículo 204 de la misma ley.

A juicio del demandante, tan pronto como se termina el período de trabajo pactado, el empleador debe pagar el salario a sus trabajadores; siendo ese salario la base de liquidación del aporte o cotización que debe pagar el empleador a la EPS en el mes siguiente, al período en el cual se causa, todo ello, conforme al artículo 22 de la misma Ley 100 de 1993.

El Sistema de Seguridad Social en Salud entraña una relación "*Estado - particular*", en la que el Estado es el garante de la prestación de los servicios de salud, lo cual se traduce en una razón más, para excluir que los aportes se deban pagar de manera anticipada, si se tiene en cuenta que el pago de los salarios nunca se anticipa; todo lo cual, indica que este tipo de cotización es bien diferente de la modalidad de medicina pre pagada, que constituye una relación contractual entre dos particulares y cuya legislación aplicable es totalmente diferente.

El actor expresa su extrañeza porque el sistema pretenda, *“cobrarle a la economía nacional, un servicio de POS por el cual no se ha causado la nómina o pago de sus trabajadores, y, cómo va a pagar el empleador, unos aportes por unos trabajadores, de los que no sabe si estarán a su servicio el mes que paga por anticipado.”*.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el artículo 83

De la Ley 100 de 1993, los artículos 1º, 18 y 22.

Hay vulneración de las citadas disposiciones, en cuanto el Decreto No. 2236 de 1999, además de romper la integralidad del Sistema de Seguridad Social consagrado en el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, atenta no sólo contra los derechos de salud de los trabajadores sino también contra la economía nacional.

No hay razón valedera para que el Gobierno Nacional, hubiera dispuesto el pago anticipado de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando no existe diferenciación en cuanto al riesgo o contingencia que afecte la salud, frente a los Sistemas de Pensión consagrado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993; y Riesgos Profesionales, referido en los artículos 249 y 254 de la Ley 100 de 1993, y reglamentado en los Decretos Nos. 1295 de 1994, 1406 de 1999 y 2800 de 2003, cuyos pagos vencidos, se mantienen incólumes.

Por último, según razona el demandante, hay violación al derecho constitucional de la confianza mutua, derivado del artículo 83 de la Carta

Política, que instituyó el principio de la buena fe como rector de las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas; vale decir, es un valor ético de la confianza que debe regir las relaciones entre el Estado y los particulares.

El valor ético de la confianza, contenido en el principio de la buena fe, implica lealtad, probidad y rectitud de intención, tanto del operador jurídico como de los particulares. En tal sentido, la consagración del principio o postulado de la buena fe en la Constitución Política, se presenta como un elemento normativo que implica para su eficacia, la exigibilidad de una conducta ajustada a derecho.

LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDADA

1.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, uno de los demandados, se opuso a las pretensiones de la demanda, lo que hizo con apoyo en los siguientes argumentos (Fls. 39 a 46):

Señala con el propósito de replicar a la acusación que hace la parte demandante, que las cotizaciones no son voluntarias, ni constituyen un derecho a favor del cotizante. Sin embargo, por su naturaleza parafiscal cumplen con la función de contribuir a la financiación del Sistema de Seguridad Social Integral¹, en cada uno de sus subsistemas y regímenes, como pensiones, salud (Régimen Contributivo y Régimen Subsidiado) y riesgos profesionales.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 2009 del 1 de julio de 2009, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez, Referencia D-7645, demandante Juan Carlos Charry Urueña

Dicha financiación no tiene como propósito una contraprestación directa a cambio del aporte o cotización, sino la cobertura de los riesgos del sistema previamente definidos por las normas vigentes.

La naturaleza parafiscal, agrega el demandante, implica que las contribuciones que las personas con capacidad de pago hacen, no son voluntarias, tanto en pensiones como en salud y en riesgos profesionales, sino que son obligatorias y, además, inspiradas en el principio de solidaridad porque con ellas se contribuye a la financiación del Sistema como un todo, por lo mismo, los aportes no implican necesariamente una contraprestación directa para el cotizante y su grupo familiar, sino que contribuyen a financiar los subsidios a la cotización en pensiones, la pensión de subsistencia y el Régimen Subsidiado de salud para las personas sin capacidad de pago y la población vulnerable en especial.

Las pensiones en particular constituyen una expectativa hasta cuando se cumplan los requisitos para adquirir el derecho, tales como el número mínimo de semanas cotizadas y la edad de jubilación necesarias para su reconocimiento y pago, según el caso. Los riesgos profesionales son a cargo del empleador para el caso de los trabajadores dependientes, sin importar si son grandes o pequeños aportantes; los trabajadores independientes solamente están obligados a cotizar a riesgos profesionales en los casos excepcionales previstos por la ley.

Aduce la parte actora, que tampoco debe olvidarse la especificidad de las cotizaciones obligatorias en salud y en pensiones, a través de las cuales, a diferencia de los aportes a riesgos profesionales, se realiza el principio de solidaridad, al destinar un porcentaje de dichas cotizaciones para financiar la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, con la cual se cofinancia la

operación del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, en el primer caso, y del Fondo de Solidaridad Pensional para financiar los subsidios para completar el aporte mínimo obligatorio en pensiones, así como las pensiones de subsistencia, en el segundo caso. En lo que concierne a las pensiones, lo esencial es el total de semanas cotizadas, además de cumplir el requisito de edad o la calificación de incapacidad tratándose de la pensión de invalidez.

El Gobierno Nacional, en el acto demandado no está señalando que los aportes o cotizaciones obligatorias en salud, no se deban causar con los ingresos, cuestión que se reitera en el Decreto No. 2271 de 2009, que le otorga efectos de deducibilidad respecto de la retención en la fuente sobre renta a las cotizaciones obligatorias de salud, como ya operaba para pensiones tanto obligatorias como voluntarias. Lo que señala es que dichos aportes tienen carácter anticipado, respecto al período de cobertura de riesgos en salud, dada la naturaleza acumulativa diferente que tienen las pensiones.

La Ley 797 de 2003 en su artículo 5º *"contiene un mandato específico referente a la base de las cotizaciones en el sistema de salud, la que según lo allí dispuesto, debe ser la misma que la prevista para el sistema de pensiones"*. Esta Corporación sobre el tema se pronunció, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 12 de octubre de 2006, radicación No. 11001-03-27-000-2005-00025-00-15399, en fallo del cual es Consejera Ponente la Dra. Ligia López Díaz.

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, alude a las obligaciones de los empleadores, en relación con el descuento del salario de los trabajadores a su servicio, del porcentaje que le corresponda a éstos y el pago del

porcentaje del aporte que la ley les obliga a asumir para completar el monto de la cotización obligatoria en pensiones. También prevé la sanción para el empleador, en caso de que no realice el descuento al trabajador y el giro de la cotización obligatoria, sanción según la cual, debe asumir el valor total de dicha cotización.

Lo más importante es destacar que el artículo 22, que cita el demandante por remisión expresa del artículo 161 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, y que regula las obligaciones de los empleadores frente a los trabajadores a su servicio, en su calidad de integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, faculta expresamente al Gobierno Nacional para reglamentar los plazos en los cuales deben cubrirse las cotizaciones.

Como corolario de lo anterior, y siguiendo las normas que invoca apropiadamente el actor, pero apartándose de su lógica interpretativa, afirma el Ministerio de Hacienda que compete al Gobierno Nacional, reglamentar los plazos y oportunidades para hacer los giros de aportes o cotizaciones, y la naturaleza misma de dichos aportes en términos temporales. Es decir, el legislador, dentro de su amplio margen de configuración normativa reconocido en la jurisprudencia constitucional, ha deferido al Gobierno Nacional fijar las reglas plazos y oportunidades para realizar los aportes y cotizaciones obligatorias tanto al Sistema de Pensiones como al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo en cuenta las características de cada uno, con especial énfasis, el esquema de aseguramiento y administración de riesgos en salud que distingue a éste último Sistema.

A propósito de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, el Ministerio se remite a lo expresado por el Consejo de Estado² donde enfatizó, que esa prerrogativa no debe limitarse a reproducir el contenido de la ley, sino *"que debe contener una regulación que facilite su aplicación, previendo circunstancias y modalidades no expresadas directamente pero que se deriven del texto, y eso es lo que, en principio, contiene la norma acusada, que impide que respecto de unos mismos ingresos se cotice de forma diferente"*.

No es admisible que la potestad reglamentaria que ejerce el Gobierno Nacional, en virtud del artículo 189 de la Constitución Política, pueda contrariar el principio de buena fe y la confianza legítima, que se predica de los actos propios de la Administración cuando desarrolla una norma legal con el fin de hacerla aplicable o bien para definir situaciones no previstas expresamente por los textos legales, pero que se derivan lógicamente de ellos, como ocurre con el carácter anticipado que la norma acusada le da a los aportes o cotizaciones obligatorias en salud, atendiendo las especificidades del esquema del aseguramiento en salud, que el legislador ha concebido para organizar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en particular, distinto al Sistema de Pensiones y al Sistema de Riesgos Profesionales, que tienen una organización y un funcionamiento específico cada uno, pero que forman una unidad en cuanto a los principios que los orientan para constituir el Sistema de Seguridad Social Integral.

Para cerrar los argumentos en defensa del artículo primero del Decreto 2236 de 1999, la demandada aclara que la adición al Decreto No. 1406 de 1999, se produjo en el mismo año y con el fin de adecuar la reglamentación a la

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 11 de octubre de 2007, radicación 110010325000200600075-00 - 129106. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

naturaleza específica de los aportes o cotizaciones obligatorias en salud. Además, enfatiza que la naturaleza parafiscal de los aportes, impide que puedan ser tomados como un derecho adquirido a favor del cotizante; no puede esgrimirse por tanto, como pide el demandante en la acusación de la norma, que un cambio en la reglamentación imponga al cotizante una carga imprevista que no está en el deber de soportar, en especial, si el mismo Decreto No. 2236 de 1999 dispone que este cambio sólo se aplica a partir de la entrada en vigencia del Decreto, es decir, a partir de su publicación en el Diario Oficial, lo cual excluye que pueda tener efectos retroactivos. La demandada se acoge a la jurisprudencia constitucional en punto de principio de la buena fe y del postulado de la confianza legítima.

2.- A su vez, el Ministerio de la Protección Social, replicó a las pretensiones de la demanda con apego a los siguientes argumentos (Fls. 58 a 68):

Acerca de la supuesta violación de los artículos 1º, 18 y 22 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 83 de la Constitución Política, reitera que el demandante equivoca la interpretación, yerro que le lleva a decir que el Decreto No. 2236 de 1999, trasgrede valores constitucionales. Explica que la integralidad del Sistema, cuyos perfiles básicos están delineados en la Ley 100 de 1993, implica unidad normativa y la planeación de la seguridad social.

La unidad e integralidad, conjuga los esfuerzos de los diferentes actores del Sistema, de ese modo, para que todos los interesados gocen de los beneficios del sistema; la Ley 100 de 1993, establece las obligaciones del Estado, las Instituciones y la Sociedad, las fuentes de recursos que permiten el pago de las prestaciones económicas y el cumplimiento progresivo de los planes y programas, que se diseñan para la cobertura integral de las

contingencias que atentan contra la salud y la capacidad económica de la población.

La Ley creó tres sistemas a saber: El Sistema General de Pensiones, previsto en el Libro I, el cual está regulado a partir del artículo 10 y hasta el 152; el Sistema General de Seguridad Social en Salud, consagrado en el Libro II, que comprende desde el artículo 157 hasta el 248 y el Sistema General de Riesgos Profesionales contemplado en el Libro III, previsto en los artículos 249 al 256, y sobre el cual se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para su organización y administración. Adicionalmente, previó en el Libro IV los Servicios Sociales Complementarios y en el Libro V las disposiciones finales. Estos Sistemas, si bien están integrados en un mismo cuerpo normativo y los cobijan los mismos principios, tienen objetivos diferentes por lo que su regulación debe enmarcarse dentro de la ley, teniendo en cuenta que las contingencias que existen en cada uno de los sistemas son diferentes y por lo tanto el manejo del riesgo no es el mismo.

El Sistema General de Pensiones tiene como objetivo amparar a la población de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y las prestaciones previstas en el mismo; por su parte, los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Por último, el Sistema General de Riesgos Profesionales establece las actividades de promoción y prevención con el fin de mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos, así como reconocer y pagar las prestaciones económicas que se derivan por incapacidad temporal o permanente a que haya lugar, siempre

que se deriven de los accidentes de trabajo o enfermedad profesional y muerte de origen profesional.

Yerra el demandante cuando denuncia que fueron vulnerados los artículos 18 y 22 de la Ley 100 de 1993, disposiciones que atañen al Sistema General de Pensiones y no al de salud, como lo quiere hacer ver aquél. Y aunque hace alusión a las normas que existían antes de la expedición del Decreto No. 2236 de 1999, y que sugieren el pago mes vencido, dicha relación apenas arroja confusión, pues algunas de ellas se refieren al pago de los aportes y a otros aspectos del Sistema General de Pensiones. No obstante e independientemente de la interpretación errónea que de las normas efectuó el demandante, contrario a lo que éste afirma, el Decreto 2236 de 1999, está ajustado al ordenamiento al prever el pago anticipado de los aportes al Sistema General de Seguridad en Salud, pues así lo dispone la Ley 100 de 1993, en el artículo 156 literal b) en concordancia con el artículo 202.

Aunque para el actor el principio de la buena fe previsto en la Constitución Política, implica exigir una conducta ajustada al derecho, a juicio del Ministerio de la Protección Social, el Decreto 2236 de 1999, al prever que los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud se paguen de manera anticipada, no viola el ordenamiento legal sino que consulta la necesidad de cubrir el sistema en su conjunto y no algunos privilegios individuales, como sería pagar al final de cada mes, lo que deja al descubierto el sistema en su conjunto.

Como puede observarse, señala la parte demandada, los argumentos planteados por el actor, con los que pretende sustentar el concepto de violación, no definen en forma clara y concisa de qué manera la disposición acusada vulneraría las normas constitucionales y legales señaladas en el

libelo de la demanda, requisito que se exige para que sea procedente el juicio planteado. No obstante, el actor, lejos de generar una duda razonable respecto del desconocimiento de preceptos de superior jerarquía, lo que demuestra es el desconocimiento de las disposiciones contempladas en la Ley 100 de 1993 que, como ya se anotó, permiten que el Decreto 2236 tenga plena validez legal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En su oportunidad cada una de las partes presentó sendos alegatos de conclusión. En cada uno de ellos, reiteraron prolijamente los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación.

El ciudadano Diego Buitrago compareció al juicio como coadyuvante, y reclamó se nieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual sostuvo que la Ley 100 de 1993 establece que las cotizaciones en salud se pagan de manera anticipada, agrega que las normas legales que se consideran violadas por la parte demandante, no se refieren al carácter anticipado del pago de los aportes, pues atañen a temas tales como que el pago se hace sobre el salario y que el empleador descuenta los aportes del trabajador al momento del pago de su salario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada, solicitó denegar la pretensión de nulidad, en tanto considera que el reglamento se dictó en acatamiento a la

ley, esto es, atendiendo la especial circunstancia del pago anticipado de aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, y, además, porque las normas presuntamente vulneradas con el acto atacado no se adecuaban a este preciso tema, pues regulan el Sistema de Pensiones (Fls.130 a 138).

El concepto Fiscal parte de aceptar que corresponde constitucionalmente al Presidente de la República, como función subsidiaria, complementar la voluntad legislativa, en todo caso subordinada a la ley, por lo que está vedado al Ejecutivo añadir requisitos no previstos por el legislador, ni alterar la esencia de las instituciones materia de regulación.

Enseguida el Ministerio Público, analizó la estructura normativa de la Ley de Seguridad Social Integral, contenida en la Ley 100 de 1993, *"Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social integral y se dictan otras disposiciones"*. Con fundamento en ese análisis aseveró que es *"imposible jurídicamente la escisión normativa"*, pues debe primar el principio de unidad previsto en el artículo 2º, literal e), según el cual se deben articular e integrar las distintas piezas del sistema.

Conforme a lo dicho, afirma que se puede concluir que los artículos 18 y 22, que según el demandante son las normas violadas, pertenecen al conjunto de preceptos que regulan la prestación pensional.

Como se ve, las normas consagran el concepto de salario, para el efecto del pago de aportes pensionales; y deja al reglamento la facultad de fijar los plazos para trasladarlos a la entidad escogida, pues esta situación es propia de la mecánica contable, dado que no hace parte de la sustantividad del asunto. Se sigue de todo ello, a juicio del Ministerio Público, que las disposiciones pensionales son apenas una parte de la materia, que puede

examinarse con independencia del tema de la seguridad social en salud, circunstancia que permite, en principio, considerar que tales disposiciones no son aplicables al caso controvertido, por regular otro aspecto.

Sin embargo, la articulación normativa se instituye como principio para la prestación del servicio público de la seguridad social, por lo cual cabe atender la regulación que sobre el asunto se ha dispuesto en el régimen de salud propiamente dicho, y al caso, como lo pone de presente el Ministerio de la Protección Social, vienen a colación los artículos 156 literal b) y 202 de la Ley 100 de 1993.

Las disposiciones arriba señaladas permiten asegurar que la prestación del servicio de salud, para atender sus contingencias, está antecedida por el pago de las cotizaciones correspondientes. En efecto, es la propia ley la que impone pagar desde el momento de la afiliación, así como durante la vigencia del contrato celebrado con la entidad elegida por el usuario, cotizaciones que el afiliado debe satisfacer anticipadamente, con fundamento en los cuales se podrán cubrir las contingencias, que en determinados casos son inclusive imprevisibles. El artículo 162 ibídem establece el Plan de Salud Obligatorio (POS), que se orienta hacia la protección integral desde el nacimiento, e involucra las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del que enseguida se ocupa el Consejo de Estado, concierne a juzgar si el Decreto No. 2236 del 11 de noviembre de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, se aviene a la Constitución y a la ley. Previamente, debe definir la Sala, si la demanda se ajusta a las previsiones legales, en particular si el demandante desarrolló cabalmente el concepto de violación.

La norma demandada es del siguiente tenor:

*“DECRETO 2236 DE 1999
(noviembre 11)*

Diario Oficial No 43.784 del 16 de noviembre de 1999.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

*Por el cual se realiza una adición aclaratoria del artículo 9o. del
Decreto 1406
de fecha julio 28 de 1999.*

*EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en uso de sus
facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el
artículo 189 numeral
11 de la Constitución Política,*

DECRETA:

*ARTÍCULO 1o. Adiciónase el literal b) del artículo 9o. del Decreto 1406
de 1999, con el siguiente inciso:*

*"En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo
que se cubre mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará
como base para el cálculo de éstos el valor de la nómina pagada o de*

los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso".

ARTÍCULO 2o. El presente decreto rige a partir de su publicación.

COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Santa Fe de Bogotá, D. C., a 11 de noviembre de 1999."

Por su parte, la norma que el Decreto demandado adicionó, es decir, el literal b) del artículo 9° del Decreto No.1406 del 28 de julio de 1999, dice:

"ARTÍCULO 9°. CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DE AUTO LIQUIDACIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD

SOCIAL INTEGRAL. El formulario para la declaración de autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral

deberá incluir la razón social y el NIT de la entidad administradora

la cual se presenta, y deberá contener, al menos, la siguiente información:

(...)

b) Período de cotización, el cual corresponde al mes calendario de la nómina sobre la cual se calculan y pagan las respectivas cotizaciones, o durante el cual se perciben los ingresos sobre los cuales las mismas se efectúan. Cuando el aportante pague cotizaciones por períodos atrasados, deberá diligenciar un formulario de autoliquidación por cada uno de ellos; (resaltado fuera del texto).

1.- Sobre si la demanda es idónea, es decir si desarrolla eficazmente el concepto de violación.

El Ministerio de la Protección, uno de los demandados, ha puesto en cuestión la idoneidad de la demanda, y ha pedido en consecuencia que el fallo sea inhibitorio, pues a juicio de esta parte, el demandante no desarrolló una confrontación cabal contra el acto, es decir, no explicitó el concepto de violación.

Como se recuerda, los numerales 2° y 4° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, establecen entre los requisitos de la demanda, la indicación concreta y específica de lo que se demanda, así como el señalamiento de los fundamentos de derecho de las pretensiones y cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, deberán indicarse las normas violadas y el concepto de su violación.

Este requisito fue declarado exequible por la Corte Constitucional que en la Sentencia C-197 de 1999 señaló que:

"Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aun cuando dicha búsqueda no solo dispendiosa sino en extrema difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación. Podría agregarse, que con el establecimiento de dichos requisitos el legislador desarrollo el deber previsto en el art. 95-7 de la Constitución para que quienes demandan actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

contribuyan al buen funcionamiento de la administración de justicia."

Sobre el mismo aspecto el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que³:

"(...) en la demanda, entre otros requisitos, deben indicarse los hechos u omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones y señalarse las normas pretendidamente violadas y expresar el concepto de la violación, lo que indica, como reiteradamente ha explicado el Consejo de Estado, que en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de legalidad, sino limitado a los hechos u omisiones alegados y a las normas que fueron citadas como violadas y al motivo de la violación."

De otro lado, está decantado que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es rogada, y que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad; por lo tanto, no podría el Juez Contencioso Administrativo elaborar de su propia cosecha, y oficiosamente, una acusación tendiente a desvirtuar la presunción de legalidad, ni sustituir a las partes en la definición del objeto del litigio. En síntesis, está vedado al Juez Contencioso Administrativo incorporar una acusación que no venga del propio demandante y que por tanto se haya expresado de modo nítido y contundente en la demanda. En verdad, mal podría la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como juez de la administración, acometer inquisitivamente la tarea de derrumbar la presunción de legalidad de los actos administrativos, sin que medie la iniciativa de un tercero.

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero ponente: Mario Alario Méndez, Sentencia de 7 de noviembre de 1995. Radicación No. 1415. Actor: Jorge E. Gutierrez Mora. Demandado: Alcalde el Municipio de Nariño.

No obstante, observa la Sala, que si bien los planteamientos de la demanda adolecen de cierto grado de generalidad y se presentan sin consideración a todas las formalidades propias de la técnica jurídica, en tanto que ofrecen algún grado de vaguedad, del contenido integral de la demanda y haciendo uso de la facultad de interpretación, sí es posible hallar en ellos cuál es la pretensión principal del actor, así como las censuras jurídicas en que se sustenta la acusación contra el acto demandado, que se dice trasgrede el principio de buena fe constitucional.

Entonces, no es enteramente cierto que el actor faltara al deber de desarrollar concretamente la acusación, pues efectivamente la dirigió contra el Decreto No. 2236 del 11 de noviembre de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y El Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social), *“Por el cual se realiza una adición aclaratoria del artículo 9o. del Decreto 1406 de fecha julio 28 de 1999.”*, acusación del demandante que se funda en la trasgresión del artículo 83 de la Carta Política, así como de los artículos 18 y 22 de la Ley 100 de 1993. Se sigue de lo dicho, que por este aspecto la demanda es idónea y no procede la inhibición sugerida por uno de los demandados.

2.- Sobre la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Con sujeción al artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, le corresponde al Presidente de la República *“ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”*

El ejercicio de la potestad de reglamentar las leyes, atañe al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. El concepto de fuentes del Derecho, concebido por Savigny, expresa con fortuna que el origen de las normas

jurídicas tiene enorme importancia en su fuerza y eficacia. La jerarquía de las normas jurídicas luego desarrollada por Kelsen, señala que no todas las fuentes tienen el mismo valor y que, por tanto, las normas expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, en tanto tienen, en el sistema de fuentes una jerarquía inferior al de las normas constitucionales y legales, no pueden trasgredir los preceptos de este orden.

De otro lado, uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho, es la separación estricta de poderes, de modo que a cada autoridad está asignada una función y una responsabilidad que debe ejercer dentro de unos límites específicos que no puede desbordar, esto es, que todas las atribuciones deben ser cumplidas, de modo que no haya el peligro de invadir el ámbito de competencias de otros funcionarios. La delimitación estricta de las funciones atribuidas para el ejercicio del poder, impide su concentración en pocas manos y se erige en una restricción necesaria para impedir que una sola autoridad atraiga sobre sí potestades desmedidas. Esta consideración explica la responsabilidad de los funcionarios por exceso en el ejercicio de sus atribuciones, como nítidamente se establece en el artículo 6º de la Carta Política y se desarrolla en leyes especiales que regulan la responsabilidad penal y política por extralimitación de funciones.

Así, la debida separación de los poderes públicos, está llamada a impedir que el Presidente de la República asuma la función legislativa, lo que podría hacer so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, si es que de ese modo irrumpe en una competencia reservada exclusivamente al legislador. En efecto, la Constitución tiene previstas las materias de las que debe ocuparse el legislador y que a él están reservadas, de modo que ese privilegio no puede ser invadido por el ejecutivo, que de hacerlo sobreviene la sanción de nulidad del acto, en este caso del decreto reglamentario.

Entonces, la violación de la potestad reglamentaria puede venir de que el Presidente de la República, contraríe la voluntad de la ley que es objeto de reglamentación, u otra del mismo linaje, lo que acontece cuando la Ley de manera expresa ya se ocupó de la materia, y el Reglamento Presidencial la contraviene, modifica o desconoce su exacto sentido. Desde luego que un decreto reglamentario no podría desconocer los mandatos de la ley reglamentada, pues la actividad del Presidente de la República es complementaria, y por tanto debe acatar celosamente las atribuciones reservadas al legislador, y por lo mismo no puede ejercer control sobre las leyes negando su vigencia, pues el control de la actividad legislativa corresponde a la Corte Constitucional, por lo que el Presidente no podría, mediante actos reglamentarios enmendar eventuales yerros del legislador, pues en su momento le correspondía hacer la objeción de la ley por inconstitucional, por ejemplo. Es claro entonces, que las potestades legislativa y reglamentaria, se expresan en distintos planos y que el Presidente de la República no puede ir contra la ley reglamentada, como tampoco desconocer las normas de superior jerarquía, que hayan sido expedidas sobre la materia objeto de la reglamentación.

Tampoco podría el Presidente de la República saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de regulación por el propio legislador, pues si repite exacto el texto de las normas reglamentadas, viola el principio conocido como "*prohibición de la tautología legal*".⁴

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "B", Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, Sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-01632-01(3251-05)

Pero si en lugar de repetir la misma regla puesta por el legislador, contraría su sentido, habría abuso de la potestad reglamentaria, pues de conformidad con el artículo 189, numeral 10º de la Carta Política al Presidente de la República le corresponde “*Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*”, lo cual desde luego excluye que pueda desconocer su contenido, y so pretexto de reglamentar una ley, aniquilar sus efectos.

Igualmente el artículo 189, numeral 11 de la Carta, establece como presupuesto, la necesidad de la reglamentación, es decir, que haya un vacío normativo o una ambigüedad. Como se sabe, la ley tiene como rasgos denotativos los de abstracción, generalidad e impersonalidad, dicha generalidad y abstracción, impiden en ocasiones comprender situaciones específicas de la vida real, omisión o cortedad que impiden la cumplida ejecución de la ley y que por tanto exigen la intervención del reglamento.

La potestad reglamentaria en cada caso depende de la minuciosidad con la que el legislador haya regulado la materia, pues a mayor abundancia de reglas trazadas por el legislador, se reduce el margen de regulación del Presidente de la República. Justamente, si el legislador ha saturado de reglas la actividad materia de su intervención, la necesidad de regulación se reduce sensiblemente.⁵ Dicho en breve, la potestad reglamentaria es inversamente proporcional a la intensidad y detalle con que el legislador haya desarrollado la ley.

3. Acerca de si el Decreto No. 2236 de 1999 infringió las normas de orden superior que la demanda denuncia como trasgredidas.

⁵ Sentencia de 17 de julio de 2008. M. P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Gaceta Jurisprudencial No. 182, pág. 109 Y ss.

De acuerdo con la demanda, se estiman violados el artículo 83 de la Constitución Política y los artículos 1, 18 (este por remisión del artículo 204 parágrafo 1º) y 22 de la Ley 100 de 1993.

La impugnación contra el artículo 1º del Decreto 2236 de 1999, se concreta básicamente en que la norma demandada introduce un diferencia inexplicable entre los aportes o cotizaciones obligatorias a salud, y las que se hacen para el régimen de pensiones y riesgos profesionales, pues para aquellas, las de salud, introdujo como novedad que esas cotizaciones deberían pagarse anticipadamente.

Así, los aportes a salud se pagan anticipadamente, mientras que los demás riesgos como la vejez, muerte, enfermedad profesional y accidente de trabajo, se satisfacen por periodos vencidos. La exigencia de pago anticipado, a juicio del demandante lesiona los principios de buena fe y de confianza legítima que deben predicarse de todos los actos de la administración frente a los particulares.

A juicio del Consejo de Estado, no cabe duda de que las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social, sin discriminar si se trata de pensiones, salud o de riesgos profesionales, constituyen verdaderos tributos parafiscales, pues así lo ha reiterado insistentemente la jurisprudencia constitucional.⁶

Las aludidas contribuciones, de indudable naturaleza parafiscal, además de ser esfuerzos individuales, su papel más importante es el de contribuir a la

⁶ Una de las más recientes, la Sentencia C-430 de 2009, en el mismo sentido y como antecedente de ésta, las Sentencias C - 179 de 1999, M.P. Fabio Marón Díaz; C – 655 de 2003; C – 152 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; SU 480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C – 828, M.P. Jaime Córdova Triviño; C - 577 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

financiación de todo el Sistema de Seguridad Social Integral, en cada uno de sus subsistemas. Vistas así las cosas, la contribución debe verse no solo en su dimensión individual, sino como ella opera a nivel agregado para la sostenibilidad del sistema. La parafiscalidad de esas contribuciones, implica que no son voluntarias sino obligatorias para las personas con capacidad de pago, tanto en pensiones como en salud y en riesgos profesionales, en este caso cuando la ley lo manda. El carácter forzoso de la contribución está vinculado, no solo a la protección del cotizante, sino que en ellas se realiza el principio de solidaridad previsto en el artículo 1º de la Constitución⁷, pues al sufragarlas se contribuye a la financiación del Sistema como un todo. Por lo mismo, los aportes no constituyen un caso de prestaciones recíprocas o equivalentes, sino que el destino del aporte no necesariamente revierte al cotizante, sino que sirve al propósito de financiar los subsidios a la cotización en pensiones, la pensión de subsistencia y el Régimen Subsidiado de Salud para las personas sin capacidad de pago y de la población vulnerable en especial.

De lo anterior se sigue que la relación entre el sistema de seguridad social y el cotizante no es una relación individual, sino que debe mirarse el grupo que pertenece al sistema, pues por tratarse de una relación colectiva dentro de un sistema, lo que a uno acontece interesa a los demás. Así en la exigencia de buena fe que debe gobernar las relaciones entre el Estado y los asociados debe involucrarse los derechos y situaciones de todos los miembros del sistema, afectada potencialmente por la sostenibilidad del sistema. Puestas en esta dimensión las cosas, la exigencia para que los aportes se hagan anticipadamente, no tiene como explicación la

⁷ De los principios fundamentales. Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

desconfianza en el ciudadano, sino que hay detrás de ella razones técnicas como la sostenibilidad del sistema y los derechos de las demás personas que pertenecen al mismo, cobijadas por el principio de solidaridad que le es propio.

Las cotizaciones obligatorias en salud y en pensiones, a diferencia de lo que ocurre con los aportes a riesgos profesionales, realizan el principio de solidaridad, pues una parte de las cotizaciones financian la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, con la cual se proveen fondos para la operación del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud. Igual acontece con aquella parte de las cotizaciones que van al Fondo de Solidaridad Pensional que financia los subsidios para completar el aporte mínimo obligatorio en pensiones, así como las pensiones de subsistencia, en el segundo caso, todo lo cual muestra algunas diferencias entre los sistemas, pero de modo singular la solidaridad propia del sistema de salud que, se repite, no puede mirarse como un asunto que compromete al ciudadano y a la administración con exclusión de los demás. La Corte Constitucional⁸, definió los perfiles del aseguramiento en salud y del destino de las cotizaciones. Dijo ese alto Tribunal:

"es un error que se deriva de equiparar el Plan obligatorio de Salud POS con un contrato tradicional de seguro". La función del aseguramiento tal como fue definida por la Ley 1122 de 2007 a cargo de las EPS puede asimilarse a las obligaciones derivadas de un contrato de aseguramiento especial en el que las EPS administran los riesgos de la población afiliada y realizan una actividad aseguradora. Pero no se trata de un contrato de seguro clásico debido a que "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

⁸ Sentencia C-828 de 2001, ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño.

cancela, sino al sistema en general. Las cotizaciones que hacen los afiliados al sistema de salud no se manejan como cuentas individuales en donde existe 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.”

Como parte de la acusación, también ha planteado la demandante que el Decreto demandado introduce una diferencia irrazonable entre el sistema de salud y el de pensiones y riesgos profesionales, que a su juicio deben ser iguales en todo. A pesar del énfasis del actor en mostrar la identidad de los sistemas, no está demás señalar que ellos presentan aristas diferentes y que así ha sido admitido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que sobre este particular ha dicho⁹:

“No debe olvidarse que el servicio de salud, a diferencia de la pensión que es una expectativa futura, tiene cobertura actual para sus beneficiarios y por ello mismo la garantía de su sostenibilidad rige para el presente. Ello, por sí mismo, justifica la previsión que excluye de la liquidación de la pensión aquellos aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, tratándose de trabajadores que comportan la doble condición de dependientes e independientes, pues son ellos quienes tienen el deber de informar que adicionalmente a su salario captan ingresos como independientes o por prestación de servicios”

La pensión, a diferencia de la cotización para la salud, constituye una expectativa, una especie de ahorro que se consolida cuando se cumplen los requisitos para adquirir el derecho, es decir el número mínimo de semanas cotizadas y la edad de jubilación. Por su parte, los riesgos profesionales están a cargo del empleador para el caso de los trabajadores dependientes, sean grandes o pequeños aportantes, mientras que los trabajadores independientes tan solo deben cotizar a riesgos profesionales en los casos

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 13 de julio de 2006, radicación 11001 0325000200400019701 (3818 - 04). Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

excepcionales previstos por la ley, circunstancias que muestran que sí hay diferencias entre los sistemas, a pesar de tratarse de una unidad.

Al contrario de lo que acontece con Pensiones y Riesgos Profesionales, en el Régimen Contributivo la atención en salud que se garantiza por medio de los aportes o cotizaciones obligatorias, éste ofrece su amparo en urgencias desde el día siguiente a la afiliación, durante los primeros 30 días de la afiliación, y todos los demás servicios que no estén sometidos al período de carencia durante las primeras 26 semanas de cotización. En síntesis, como los costos de las coberturas de los riesgos en salud del POS son inmediatos, pues usualmente el afiliado viene de otra EPS o del régimen subsidiado y completa las 26 semanas en casi todos los casos, son casi nulos los periodos de carencia, frente a lo cual tiene plena explicación en un contexto de cobertura universal, que la cotización sea anticipada pues la cobertura es instantánea.

El Legislador, en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, que modificó parcialmente la Ley 100 de 1993, definió la naturaleza del aseguramiento en salud a cargo de las EPS, de cuyo texto se aprecia cómo hay un traslado inmediato del riesgo del afiliado a la EPS. Refiere el artículo 14 citado que:

“Artículo 14°. Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud...”

Lo remarcado de la norma citada, muestra que si el traslado del riesgo se produce tan pronto se hace la afiliación o el traslado, tiene sentido que el

pago no se haga una vez vencido el primer mes, sino de manera anticipada, como prevé el Decreto acusado, pues si el riesgo se traslada de manera inmediata, cómo podría justificarse que el pago sea diferido para después.

El demandante invoca el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y este involucra el párrafo 1º del artículo 18 de la misma ley; en efecto, el párrafo primero del artículo 204 aludido, remite al ingreso base de cotización -IBC- sobre el cual se debe calcular la cotización obligatoria en salud de 12.5% (de acuerdo con la modificación que introdujo la Ley 1122 de 2007). No obstante, lo que interesa al legislador en esas normas es determinar cuál es la base de ingresos o salarios, para que se tome en cuenta el nivel de ingresos del cotizante el IBC utilizado para cotizar a pensiones. No obstante, la finalidad de la norma que se dice violada no es establecer la periodicidad o la naturaleza de una y otra cotización obligatoria. En suma, este artículo 22 que cita el demandante por remisión expresa del artículo 161 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, regula las obligaciones y responsabilidades de los empleadores frente a un recurso parafiscal, pero no tuvo como propósito fijar plazos, además de que la norma faculta expresamente al Gobierno Nacional para reglamentar los términos en los cuales deben realizarse los pagos y el traslado de las cotizaciones, pues mal podría disponerse un plazo para el traslado de lo que no se puede cobrar.

Otro de los ejes de la acusación, recae en la supuesta violación del artículo 22 de la Ley 100 que define las obligaciones del empleador, dice así la norma:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado

*por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.
El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”*

Como puede apreciarse, el empleador puede cumplir cabalmente con hacer los descuentos al momento del pago del salario, pues ello no es incompatible con que se haga un pago anticipado.

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

FALLA

NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad propuestas contra el Decreto No. 2236 del 11 de noviembre de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social, “*Por el cual se realiza una adición aclaratoria del artículo 9o. del Decreto 1406 de fecha julio 28 de 1999.*”

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y, archívense las presentes actuaciones. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
DE PÁEZ.**

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ

**GERARDO ARENAS MONSALVE.
QUINTERO.**

LUÍS RAFAEL VERGARA

**ALFONSO VARGAS RINCÓN.
ARANGUREN.**

GUSTAVO E. GÓMEZ

f.a.r.f.