

[SISTEMA](#) DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL / REGISTRO UNICO DE APORTANTES / INCAPACIDADES pago de aportes de trabajadores dependientes no corresponde a la E.P.S. sino al empleador y trabajador APORTES AL SISTEMA DE SALUD - En incapacidades o en licencias por maternidad los aportes los hace el trabajador y el empleador / ARTICULO 40 INCISO SEGUNDO DECRETO 1406 DE 1999 - Declara nula y de nulidad por contrariar artículos 161, 210, 204 y 207 de la ley 100 de 1991

En lo que corresponde al segundo inciso del artículo 40 antes transcrito, la Sala observa que, en efecto, violaría los artículos 161, 210, parágrafo, y 204 de la ley 100 de 1.993, por cuanto traslada a las EPS las obligaciones que son, en todo caso, cuando se trata de trabajador dependiente, del empleador y trabajador, ya que tales normas no prevén excepción alguna respecto de tales obligaciones. Según los preceptos, los aportes que se causen a favor del Sistema de Salud son de cargo del empleador en proporción de dos terceras partes, y una tercera parte, a cargo del trabajador. Para ello no interesa, como lo exponen el actor y el Ministerio Público, que el trabajador se encuentre en incapacidad o en licencia por maternidad, por cuanto la relación o el vínculo laboral se mantiene vigente. Estos eventos no impiden la solución de continuidad en ella. En el mismo orden de ideas, viola el artículo 207 de la ley 100 de 1.993, en cuanto deja a cargo de las trabajadoras el pago de las cotizaciones durante la licencia de maternidad. Por demás, la definición del régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias por maternidad a los afiliados", según las normas del régimen contributivo, es una función atribuida al Consejo Nacional en Salud y no al Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 172, numeral 8 de la ley 100 de 1.993, razón por la cual este último, efectivamente, asumió una competencia que no le correspondía. La facultad no se enmarca, en modo alguno, en la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control de modo general, confiere al Gobierno Nacional y al Ministerio de Salud el artículo 170 de la ley 100 de 1.993. Al no prever las normas superiores invocadas que las EPS deban asumir el pago de las cotizaciones de los aportes causados a favor del Sistema de Salud, correspondientes a los trabajadores afiliados a EPS, el decreto resulta, entonces, violatorio de dichas disposiciones. En consecuencia, se declarará la nulidad del inciso en mención.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

Santa Fe de Bogotá D.C., ocho de junio del dos mil

[Radicación](#) número: 5709

Actor: JORGE ENRIQUE BORRERO ZEA

Referencia : ACCION DE NULIDAD

Se decide por la Sala, en sentencia de única instancia, acerca de la demanda que, en acción pública de nulidad, ha interpuesto el ciudadano JORGE ENRIQUE BORRERO ZEA contra los incisos 2 y 5 del artículo 40 del decreto 1406 de 28 de julio de 1999, expedido por el Gobierno Nacional.

#### I. LA DEMANDA

1. El actor, en su propio nombre, solicita la nulidad de los incisos 2 y 5 del artículo 40 del decreto 1406 de 28 de julio de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la ley 488 de 2 de diciembre de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes del Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financiará dicho sistema y se dictan otras disposiciones".

2. Como hechos que le sirven de fundamento a la demanda, aduce los siguientes:

El Congreso de la República, en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa, expidió la ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", norma de rango superior, respecto del decreto 1406 de 1999, en sus artículos 162 a 178, numeral 5, estatuyó los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y las obligaciones de las entidades promotoras de salud (EPS). El artículo 161 del mismo estatuto establece la obligación del empleador de pagar los aportes y cotizaciones a la Seguridad Social en Salud, en relación con los trabajadores.

Por mandato de esta ley, las EPS están obligadas a administrar el riesgo en salud de sus afiliados y garantizarles la prestación de los beneficios del Sistema de Salud, los cuales se encuentran financiados de la siguiente manera:

a. El POS se financia con cargo a las Unidades de Pago por Capitación, UPC. Sus contenidos son fijados el Consejo Nacional de Seguridad Social. No se contempla dentro de este beneficio ni dentro del valor de la UPC, prestaciones de carácter económico.

b. El subsidio en dinero que recibe el trabajador en caso de incapacidad derivada de enfermedad o accidente profesional, se financia por un porcentaje de las cotizaciones. De acuerdo con las normas vigentes el valor del subsidio se deduce el aporte del trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral en la parte que le corresponde, de conformidad con los artículos 20 y 204 de la ley 100 de 1993.

No obstante, en momento alguno se incluye dentro del concepto de subsidio al trabajador, el valor correspondiente al aporte obligatorio del patrono al Sistema de Seguridad Social Integral. Por lo tanto, dentro del porcentaje que se destina para esta financiación no se incluye el valor de los aportes para pensiones y salud que deben ser cancelados por el empleador.

c. El subsidio en dinero que recibe el trabajador, en caso de licencia de maternidad, es asumido en forma directa por el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud (FOSYGA). En este caso, tampoco se incluye el aporte del empleador. Este subsidio, al igual que el de la incapacidad, tiene por objeto actuar como sustituto del ingreso efectivo mensual del trabajador, dentro del cual no se incluye el aporte del empleador. Si estuviese incluido el aporte del empleador, el subsidio ya no sería del 100% del ingreso base de cotización tal como expresamente la establece la ley sino del 118.125 % si tomamos el aporte para pensiones y salud.

La ley 100 de 1993 definió previamente las fuentes de financiación de tales beneficios. Con el 12% de cotización deben financiarse los servicios de salud, incluido el POS de que trata el artículo 162 de la ley de 1993.

2. Como normas violadas invoca los artículos 4 y 189 de la Constitución Nacional y 161, 210, 204, 206, 207, 172, numeral 8, de la ley 100 de 1993, cuyo concepto de la violación se sintió así:

El Gobierno Nacional excedió sus facultades reglamentarias creando una exención en relación con la cotización SGSSS.

Los incisos 2 y 5 del artículo demandado son violatorios de la ley 100 de 1993 en la medida de que exoneran al empleador de su obligación de pagar cumplidamente los aportes en los eventos de incapacidad general y licencia de maternidad.

El artículo acusado gravó a las EPS y al FOSYGA y les obligó a financiar la cotización que legalmente debe ser asumida por los empleadores y trabajadores independientes; desconoce la existencia de la relación

laboral en los eventos de incapacidad por enfermedad general y licencia de maternidad, liberando al empleador de sus obligaciones derivadas de la misma; y crea nuevas obligaciones con cargo de los recursos recaudados por concepto de cotizaciones obligatorias de salud, desconociendo que los beneficios del Seguro Social están claramente determinados en la ley, al igual que su financiación.

Finalmente, el Gobierno Nacional desconoció la facultad otorgada por la ley 100 de 1993 al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para definir el régimen que debe aplicarse a las EPS en el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad e incapacidad por enfermedad general.

## II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Ministerio de Salud, a través de apoderados, contestaron a la demanda, así:

1. El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostiene que las normas acusadas no contienen ninguna disposición que vaya en contravía de lo dispuesto por los artículos 206 y 207 de la ley 100 de 1993. Lo que se busca es reglamentar un evento preciso, como es la situación excepcional en la cual, durante la vigencia del contrato de trabajo y como consecuencia de una enfermedad de origen común o por razón de maternidad a la que el Estado debe brindar especial protección, resultan suspendidas, de facto y de derecho, tanto la obligación del trabajador de prestar en forma personal y subordinada sus servicios al patrono, como la correlativa de éste de pagar un salario. Teniendo en cuenta lo anterior el primer cargo no está llamado a prosperar.

Ahora bien, frente a la limitada potestad reglamentaria que la ley establece en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Gobierno Nacional pretendía reglamentar una situación específica y concreta. Esta potestad también está consagrada en el artículo 170 de la ley en referencia.

2. El apoderado del Ministerio de Salud afirma que las EPS son las que deben asumir las obligaciones consagradas en el artículo 161 de la ley 100 de 1993, dentro de las cuales se encuentra consagrada en el inciso literal A la que hace referencia al pago de los aportes correspondientes al Sistema. En lo relacionado con los trabajadores independientes se observa cómo el inciso quinto del artículo demandado se aplica la norma señalada anteriormente, es decir “serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que en el caso ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes y el excedente será de cargo de las respectivas EPS”.

3. La Asociación Nacional de Industriales, ANDI, mediante su representante legal, se hizo presente a contestar la demanda y manifestó que las normas acusadas no están en contravía de lo establecido en los artículos 206 y 207 de la ley 100 de 1993, sino, por el contrario, indican la manera de cumplirlos de una forma más acorde con la normatividad.

## III. ALEGATOS PARA FALLO

El traslado para alegar de conclusión fue recorrido tanto por la p demandante como por los representantes de la parte demandada, excepto la ANDI que no presentó aleg de conclusión, pudiéndose observar que mantuvieron las posiciones y argumentos expuestos al mom de contestar la demanda.

El Ministerio Público, por su lado, manifestó que de conformidad con el artículo 48 de la Carta Polític seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, conti coordinación del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad er términos que establece la ley.

La ley 100 de 1993 señala las obligaciones a cargo del empleador y trabajador en materia de cotizació Sistema de Seguridad Social. En momento alguno se establece en ella que corresponda descuent trabajador, del auxilio económico que le paga la EPS durante las contingencias de enfermedad comi licencia de maternidad, la cuota del trabajador, pues el auxilio no constituye salario; y, por lo tanto, n justo para el trabajador que encontrándose en una situación que la ley le ampara, por haber cumplido c misma tuviese que ver disminuido su auxilio en un período en el cual no cuenta con su capacidad labora pesar que continúa vigente su relación laboral.

Los riesgos amparados por enfermedad común y licencia de maternidad tienen el carácter de prestaci sociales y no de salario, pues se pagan al trabajador en dinero con el fin de cubrir los riesgos o necesid del trabajador que se originen durante la vigencia de la relación laboral.

De las disposiciones contenidas en los artículos 22, 204, 206 y 207 de la ley 100 de 1993 se puede cor que la ley ordena hacer aportes al patrono y al trabajador, sea dependiente o independiente, al Sist General de Seguridad Integral con el fin de que en el evento de que se produzca el riesgo, quien lo c sea el Sistema y no el trabajador o el empleador, quienes con su pago oportuno subrogan su obligació el Sistema General de Seguridad Integral. De lo anterior se deduce que el objeto del decreto es la búsq de la igualdad en la ecuación financiera.

Con fundamento en estos razonamientos el Ministerio Público considera conveniente aceptar las súplica la demanda debido a que al actor le asiste la razón porque el Ejecutivo excedió su potestad reglament contrariando las disposiciones acusadas y la filosofía de la Seguridad Social.

#### IV. CONSIDERACIONES

1a. Las disposiciones acusadas, los incisos 2º y 5º del artículo 40 del decreto de 1.999, los cuales dentro del texto del mismo se subrayan para precisarlos, rezan:

**“Artículo 40. Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad**  
Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según su caso.

**“En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, el pago del valor de los aportes que se causen a favor del Sistema de Salud, en la parte que de ordinario corresponderían al aportante con trabajadores dependientes, será responsabilidad de la EPS a la cual se encuentre afiliado el incapacitado. En este evento, la EPS descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente. El valor de los aportes que, de conformidad con lo establecido en el presente caso, corresponde cubrir a la EPS, se adicionará al valor de la respectiva incapacidad.**

“En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán restar dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.

“Serán de cargo de la respectiva administradora de riesgos profesionales, ARP, el valor de los aportes a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o accidente de carácter profesional, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARP descontará del valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.

**“Serán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones por el Sistema de Pensiones que se causen durante el período de duración de una incapacidad o licencia de maternidad. En el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS.**

“En ningún caso el Ingreso Base de Cotización que se establece para los eventos que contempla el presente artículo podrá ser inferior a las bases mínimas de cotización que la ley establece para los diferentes riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral”.

2a. En lo que corresponde al segundo inciso del artículo 40 antes transcrito, la Sala observa que, en efecto, contraría los artículos 161, 210, párrafo, y 204 de la ley 100 de 1.993, por cuanto traslada a las EPS las obligaciones que son, en todo caso, cuando se trata de trabajador dependiente, del empleador y trabajador, ya que tales normas no prevén excepción alguna respecto de tales obligaciones.

Dichas normas disponen:

**“ART. 161. Deberes de los empleadores.** Como integrantes del sistema general de seguridad social en salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a trabajadores, deberán:

“1. Inscribir en alguna entidad promotora de salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta, verbal o escrita, temporal o permanente. La afiliación colectiva en ningún caso podrá coartar la libertad de elección del trabajador sobre la entidad promotora de salud a la cual prefiera afiliarse de conformidad con el reglamento.

“2. En consonancia con el artículo 22 de esta ley, contribuir al financiamiento del sistema general de seguridad social en salud, mediante acciones como las siguientes:

“a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204;

“b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponde a los trabajadores a su servicio

“c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno.

“3. Informar las novedades laborales de sus trabajadores a la entidad a la cual están afiliados, en materia de tales como el nivel de ingresos y sus cambios, las vinculaciones y retiros de trabajadores. Así mismo, informar a los trabajadores sobre las garantías y las obligaciones que les asisten en el sistema general de seguridad social en salud.

“4. Garantizar un medio ambiente laboral sano, que permita prevenir los riesgos de trabajo y enfermedad profesional, mediante la adopción de los sistemas de seguridad industrial y la observancia de las normas de salud ocupacional y seguridad social.

**“PAR.** Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del libro primero de esta ley. Además, los perjuicios por negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente.

**“ART. 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, según las normas del presente régimen, será el máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terc

partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un p de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de beneficiarios del régimen subsidiado.

“El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el m de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de s obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 2 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla el artículo 22

“**PAR. 1.** La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servid públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemp en el sistema general de pensiones de esta ley.

**PAR. 2.** Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobi Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nive educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio d individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá varias dependiend la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.

“**PAR. 3.** Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la bas cotización podrá ser limitada a dicho monto por el consejo nacional de seguridad social en salud.

“**ART. 210. Sanciones para el empleador.** Se establecerán las mismas sanciones contempladas er artículos 23 y 271 de la presente ley para los empleadores que impidan o atenten en cualquier forma cc el derecho del trabajador a escoger libre y voluntariamente la entidad promotora de salud a la cual d afiliarse. También le son aplicables las sanciones establecidas para quien retrase el pago de los aportes.

“**PAR.** Ningún empleador de sector público o privado está exento de pagar su respectivo aporte al sist general de seguridad social en salud”.

Según estos preceptos, los aportes que se causen a favor del Sistema de S son de cargo del empleador, en proporción de dos terceras partes, y una tercera parte, a cargo trabajador . Para ello no interesa, como lo exponen el actor y el Ministerio Público, que el trabajador encuentre en incapacidad o en licencia de maternidad, por cuanto la relación o el vínculo labora mantiene vigente. Estos eventos no implican solución de continuidad en ella.

En el mismo orden de ideas, viola el artículo 207 de la ley 100 de 1.993 cuanto deja a cargo de las trabajadoras el pago de las cotizaciones durante la licencia de maternidad, j éste al respecto dispone:



**“Art. 207. De las licencias por maternidad.** Para los afiliados de que trata literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación -UPC”.

Por lo demás, la definición del régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para “el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad gerontológica y de las licencias de maternidad a los afiliados”, según las normas del régimen contributivo, es una facultad atribuida al Consejo Nacional en Salud [1] y no al Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo numeral 8 de la ley 100 de 1.993, razón por la cual este último, efectivamente, asumió una competencia que no le correspondía. Esta facultad no se enmarca, en modo alguno, en la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control que, de modo general, confiere al Gobierno Nacional y al Ministerio de Salud el artículo 170 de la ley 100 de 1.993.

Al no prever las normas superiores invocadas que las EPS deban asumir el pago de las cotizaciones de los aportes causados a favor del Sistema de Salud, correspondientes a los trabajadores afiliados a ellas, el decreto resulta, entonces, violatorio de dichas disposiciones. En consecuencia, se declarará la nulidad del inciso en mención.

3a. En lo que corresponde al inciso quinto, no se observa la misma situación, puesto que en lo que corresponde a pensiones de trabajadores independientes nada dicen las normas superiores invocadas que sean violadas, y en lo concerniente al pago de los aportes al Sistema de Salud de dichos trabajadores, sólo limita a facultar al Gobierno para reglamentar lo relativo al cálculo de la base de cotización y a prever un posible tope a dicha base, en los parágrafos 2 y 3, del artículo 204 de la ley 100 de 1.993.

Nada dicen en cuanto al pago de sus aportes al Sistema de Salud, sin que quepa presumir de algunos de los preceptos superiores invocados como transgredidos, que el trabajador independiente debe pagar en caso la totalidad de los aportes correspondientes a su afiliación.

Como quiera que el asunto regulado en el inciso quinto del artículo 40 del decreto 1406 de 1.999, no guarda una directa relación con las normas de orden legal invocadas como violadas, no es posible que se dé la violación de las mismas, de donde se negará la pretensión de anularlo.

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

FALLA:

PRIMERO. DECLARASE la nulidad del inciso segundo del artículo 40 del decreto 1406 del 28 de julio de 1.999.

SEGUNDO. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. DEVUELVA a la parte actora el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso, por no haberse utilizado.

CUARTO. RECONOCESE al Dr. PEDRO NEL LONDOÑO CORTES como apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, conforme y para los fines del poder conferido.

[Cópiese](#), notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala el día 8 de junio de 2000.

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

Presidente

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Ausente

OLGA INES NAVARRETE BARRERO

MANUEL S. URUETA AYOLA

[1] Al respecto, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, con respecto a la inexecutable de las expresiones de la ley 100 de 1.993 que sujetaban las decisiones de la Sala a la adopción por el Gobierno, sostuvo que aquél estaba legalmente facultado para emitir decisiones obligatorias y autónomas, en las materias atañedoras a la seguridad social", en sentencia de 10 de julio de 1.997, Magistrado Ponente, Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, expediente 4134, actor : Tulio N. Arbeláez.

