



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación interna: 2103

Número Único: 11001-03-06-000-2012-00036-00

Referencia: Contribuciones parafiscales y otros deberes de los empleadores en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Vigilancia y control. Incumplimientos. Competencia y procedimientos para la imposición de multas. Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a esta Sala el alcance del artículo 123 de la ley 1438 de 2011 en cuanto a la competencia y el procedimiento que tendría y aplicaría la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, para sancionar el incumplimiento de los deberes de los empleadores contenidos en los artículos 161, 204 y 210 de la ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La consulta explica que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, fue creada en el artículo 156 de la ley 1151 de 2007¹ con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y dos objetivos, uno de

¹ Ley 1151 de 2007 (julio 24), "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010", D. O. No. 46.700 (julio 25/07). El artículo 156 creó la UGPP para reconocimiento y administración de los derechos pensionales y otras prestaciones económicas, a cargo de entidades públicas del nivel nacional; y también para lograr la liquidación y el pago de las contribuciones parafiscales en el sistema General de Seguridad Social en Salud. La vigencia del artículo 156 de la ley 1151 fue prorrogada por el artículo 276 de la ley 1450 de 2011, "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014", D.O. No. 48.102 (junio 16/11).

los cuales, por el que se consulta, es el de realizar “seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social”; las funciones le fueron fijadas en el decreto extraordinario 169 de 2008.²

En el año 2011, la ley 1438³ reformativa del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el artículo 123, primer inciso, ordenó a la UGPP verificar “el cumplimiento de los deberes de los empleadores y otras personas obligadas a cotizar, en relación con el pago de las cotizaciones a la seguridad social”; y en el inciso segundo del mismo artículo 123 facultó a la UGPP para que, *previa solicitud de explicaciones, sancione con imposición de multas la violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993*.

Anota la consulta que esta disposición de la ley 1438 de 2011 “guardó silencio frente al procedimiento administrativo aplicable” y que la ley 100 de 1993 en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 161 y en el artículo 210 consagra deberes que “no tienen relación estrecha con la verificación del pago de aportes parafiscales...”.

De allí surgen los dos problemas jurídicos que motivan la consulta: el primero, relativo a la competencia de la UGPP; y el segundo, atinente al procedimiento administrativo para la imposición de las multas.⁴ Para cada uno de los problemas jurídicos la consulta plantea y argumenta dos tesis, que la Sala pasa a resumir.

Respecto de la competencia, la primera tesis sostiene que “el traslado de competencias sancionatorias a la UGPP fue únicamente respecto del pago de las contribuciones de la Protección Social”, pues el primer inciso del artículo 123 de la ley 1438 de 2011 reitera las funciones que sobre esos pagos tiene la UGPP y además los antecedentes legislativos de la misma ley 1438 muestran que se buscaba fortalecer y articular las funciones de inspección, vigilancia y control de la UGPP, la Superintendencia Nacional de Salud y la DIAN para

² La ley 1151 de 2007, artículo 156, inciso tercero, revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para determinar “las funciones y el sistema específico de carrera para los empleados” de la UGPP; en su ejercicio se expidieron, respectivamente, los decretos 169 y 168 de 2008.

³ Ley 1438 de 2011 (enero 19), “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, D. O. No. 47.957 (enero 19/11)

⁴ Advierte la consulta que el 16 de diciembre de 2011 esta Sala resolvió el conflicto negativo de competencias asignando a la Superintendencia Nacional de Salud la continuación, hasta su culminación, de las actuaciones iniciadas antes de la vigencia de la ley 1438 de 2011, porque esta ley no contempló un régimen de transición; y también manifestó que las inquietudes planteadas respecto de las investigaciones que pudieran derivarse del artículo 161 de la ley 100, correspondían a una consulta.

evitar la evasión y la elusión en los aportes parafiscales. En consecuencia, cuando el segundo inciso del citado artículo 123 de la ley 1438 se refiere a los artículos 161, 204 y 210 de la ley 100, debe entenderse que la mención a estas normas se circunscribe a los deberes de liquidación y pago de los aportes parafiscales únicamente.⁵

La segunda tesis sobre la competencia afirma que como el artículo 123 de la ley 1438 de 2011 “no dispone en forma expresa” que las sanciones sean solo por los incumplimientos en los pagos y aportes a la seguridad social, ni hizo diferencia ni excluyó ninguno de los deberes de los empleadores contenidos en los artículos 161, 204 y 210 de la ley 100 de 1993, tampoco al intérprete le es posible hacerlo.

En cuanto al procedimiento administrativo para la imposición de la multa de que trata el artículo 123 de la ley 1438 de 2011, la primera tesis expuesta en la consulta concluye que la UGPP tiene un procedimiento especial que es el contemplado en el Estatuto Tributario, el cual aplicaría tanto para la competencia de determinación y pago de las contribuciones parafiscales asignadas a la UGPP en el artículo 156 de la ley 1151 de 2007 como para la facultad sancionatoria atribuida por el artículo 123 de la ley 1438. Esta tesis se sustenta en el artículo 156 de la ley 1151 de 2007, que dispuso que los procedimientos de liquidación oficial que adelante la UGPP “*se ajustarán a lo establecido en el Estatuto Tributario, Libro V, Títulos I, IV, V y VI*” y que el cobro coactivo lo adelantará “*de acuerdo con lo previsto en la Ley 1066 de 2006.*”

Agrega la consulta que utilizar el mismo procedimiento permite “*salvaguardar el principio de seguridad jurídica de los administrados*” y evita “*equivocos al contribuyente*” en el ejercicio de su derecho de defensa tanto en los procedimientos de determinación oficial y cobro de contribuciones como en los sancionatorios.

⁵ La consulta también analiza las funciones de la Superintendencia de Salud (artículo 130, Nums. 130.6 y 130.8 de la ley 1438/11, artículos 36 y 37 de la ley 1122/07, D.L. 1650/77 y ley 15 de 1989) y del Ministerio del Trabajo y sus Direcciones Territoriales (D.L. 4108 de 2011), para establecer que la interpretación armónica de este conjunto normativo permite concluir que la remisión del artículo 123 de la ley 1438 de 2011, a los artículos 160, 204 y 210 de la ley 100, no amplía la competencia de la UGPP sino que ratifica que esta unidad administrativa atiende solo las obligaciones de los empleadores referentes a la liquidación y el pago de los parafiscales del sistema.

La segunda tesis afirma que si el artículo 123 de la ley 1438 no se ocupó del procedimiento, la imposición de las multas a que esta norma se refiere debe hacerse aplicando el procedimiento general administrativo.⁶

A continuación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *“¿La competencia de la UGPP para aplicar las sanciones de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011, opera únicamente respecto del incumplimiento de los deberes de los empleadores relacionados con los pagos y aportes a la seguridad social, establecidos en el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, respecto del artículo 204 y en materia de retraso en los pagos de los aportes de la seguridad social, consagrado en un aparte del artículo 210 de la Ley 100 de 1993 o, por el contrario, es respecto del incumplimiento a todos los deberes de los empleadores previstos en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993?”*
2. *“¿Cuál es el procedimiento administrativo que debe aplicar la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social para la imposición de multas de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011?”*

II. CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos expuestos en la consulta se circunscriben a las competencias de la UGPP y al procedimiento para su ejercicio, en relación con los deberes de los empleadores en el sistema general de la seguridad social en salud por razón del artículo 123 de la ley 1438 de 2011.

Partiendo de los mandatos constitucionales que reservan al Congreso de la República la potestad de determinar por medio de leyes las competencias de los órganos y entidades que integran la administración pública en el nivel nacional y para regular los procedimientos, la Sala examinará el marco constitucional y legal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, a fin de establecer los alcances de la ley 1438 de 2011 en los dos asuntos consultados.

⁶ En este punto la consulta cita el artículo 1º del C.C.A. (D.01 de 1984) y la sentencia C-893-06 conforme a la cual la falta de un procedimiento específico no es omisión legislativa pues aplica el procedimiento general.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP

1. Creación, objetivos y funciones

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, se creó en el artículo 156 de la ley 1151 de 2007. Tuvo su origen en el proyecto de plan de desarrollo para el cuatrienio 2006-2010 presentado por el Gobierno Nacional al Congreso de la República⁷ que incluyó, como uno de los "objetivos esenciales" del Plan, el denominado: "6. Un mejor Estado al servicio de los ciudadanos", y contempló para su realización el programa "6.2.1. Modelo administrativo para la intervención económica del Estado", enfatizando en la necesidad de "... un modelo óptimo de intervención económica a través de la operación de agencias especializadas...", entre ellas la UGPP.

Su creación se justificó así:

"Se plantea la creación de una entidad del orden nacional que administre las pensiones ya reconocidas por Administradoras del Régimen de Prima Media y adelante la fiscalización de contribuciones parafiscales. La nueva Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales, tiene como objeto garantizar la seguridad jurídica y la racionalización y eficiencia operativa del proceso de administración de pensiones reconocidas y reconocimiento de pensiones causadas por reconocer en Administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional y entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. También fortalecerá la función de fiscalización y control de las contribuciones parafiscales buscando generar un impacto definitivo en lo que a control a la evasión y elusión de aportes a la seguridad social y demás recursos parafiscales se refiere. La nueva entidad unificará la función de fiscalización y armonizará el cobro de las obligaciones parafiscales que hasta el momento se encuentra dispersa y no se ejerce de manera permanente y coordinada por los actuales titulares.

⁷ Gaceta del Congreso No. 32 del 8 de febrero del 2007

“Esta propuesta surge en desarrollo de un Modelo Institucional Básico que busca solucionar los problemas que se presentan en la actualidad, tales como las fallas en la información derivadas del manejo indebido de las historias laborales y la inadecuada defensa judicial de algunas administradoras y entidades que han reconocido pensiones de las cuales se ha ordenado su liquidación, buscando evitar las situaciones de corrupción que se han evidenciado y que han generado con cargo al erario público, una carga financiera muy alta, injustificada.

“En síntesis, teniendo en cuenta que el objetivo de esta propuesta es organizar el marco institucional del Régimen de Prima Media del orden nacional, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales se encargará de administrar los derechos pensionales ya causados y reconocidos del Régimen de Prima Media público del orden nacional, y de modernizar el manejo de los archivos, los sistemas de información y la defensa judicial, a su vez esta entidad será la responsable de la gestión de fiscalización y de armonización del cobro coactivo de las contribuciones parafiscales.”

Se trataba, pues, de crear una entidad que fortaleciera, unificara y armonizara las funciones de fiscalización y de cobro de las obligaciones parafiscales a cargo de los empleadores en el sistema de seguridad social en salud, buscando un impacto definitivo en la evasión y la elusión respecto de estos gravámenes,

La propuesta se recogió en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo⁸, como parte de las acciones para “la innovación y la adecuación institucionales a las políticas públicas”, dentro del objetivo “...6. 2. Los retos del Estado Comunitario / 6.2.1 Modelo administrativo para la intervención económica del Estado/...6. Definir un nuevo modelo institucional para el aseguramiento público en salud, pensiones y riesgos profesionales. El modelo se caracterizará por su seguridad jurídica, sostenibilidad financiera y eficiencia operativa”.

En el texto definitivo de la ley 1151 de 2007, el artículo 156 creó la UGPP con dos objetivos diferenciados; uno, el de reconocer y administrar los derechos pensionales causados a cargo de administradoras nacionales del régimen de

⁸ “Plan Nacional de Desarrollo Estado Comunitario: desarrollo para todos”, Tomo I

prima media; y el otro, que el literal ii) del citado artículo 156 describe en los siguientes términos:

“... Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

i)...

ii) Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Para este efecto, la UGPP recibirá los hallazgos que le deberán enviar las entidades que administran sistemas de información de contribuciones parafiscales de la Protección Social y podrá solicitar de los empleadores, afiliados, beneficiarios y demás actores administrativos de estos recursos parafiscales, la información que estime conveniente para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de las obligaciones definidas por la ley, respecto de tales recursos. Esta misma función tendrán las administraciones públicas. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos”.

En los incisos siguientes al que se transcribe, se precisan las competencias y acciones que en materia de cobro persuasivo y de cobro coactivo corresponden a las entidades administradoras de las contribuciones parafiscales de la protección social; y las competencias de la UGPP para expedir los actos de liquidación oficial y hacer las gestiones de determinación y cobro, con aplicación del procedimiento establecido en el Libro V, Títulos I, IV, V y VI del Estatuto Tributario y de la ley 1066 de 2006 para el cobro coactivo.

El último inciso del artículo 156 de la ley 1151, en comentario, señala que “en las liquidaciones oficiales se liquidarán a título de sanción intereses de mora, a la misma tasa vigente para efectos tributarios.”

También el artículo 156 confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para determinar las funciones de la entidad y en su ejercicio se expidió el decreto 169 de 2008; en relación con los parafiscales, este decreto asignó a la UGPP las funciones de recomendar estándares a los procesos de determinación y cobro de los parafiscales que corresponden a las administradoras y demás entidades del sistema de protección social; hacer seguimiento a estos procesos; administrar los mecanismos de consolidación de la información del sistema de la protección social; y adelantar las acciones de determinación y cobro de manera subsidiaria o cuando se trate de

evasores omisos no afiliados a ningún subsistema de la protección debiendo estarlo.

En 2010 fue expedida la ley 1393⁹, para definir rentas y recursos para la salud y tomar medidas de control a la evasión y a la elusión de aportes en el sistema de salud. En el artículo 29 impuso a los operadores públicos y privados de bases de datos relacionadas con los parafiscales del sistema de la protección social, la obligación de reportar a la UGPP, sin costo alguno, la información relevante que el gobierno nacional determinara en el reglamento; con esta disposición el legislador entregó a la UGPP un instrumento necesario para el ejercicio de sus funciones de fiscalización y control sobre las contribuciones parafiscales.

Luego, en el mismo año 2010, la ley 1429¹⁰ estableció incentivos para la formalización y la generación de empleo, y entre ellos algunas facilidades para el pago de los parafiscales; se prohibió el acceso a estos beneficios a las pequeñas empresas constituidas con los activos y recursos de otras empresas disueltas, liquidadas, escindidas o inactivas o que acogiendo a los beneficios permanecieran inactivas, y se asignó a la UGPP la función de hacer el seguimiento a esta prohibición.

En el 2011 fueron expedidas la ley 1438, sobre la cual versa la consulta y se estudiará a continuación, y luego la ley 1474 de 2011¹¹, que en su artículo 11, sobre "control y vigilancia en el sector de la seguridad social en salud",

⁹ Ley 1393 de 2010 (12 de julio), "Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones", artículo 29: "Para efecto del cumplimiento de las funciones a cargo de la UGPP, en cuanto al control a la evasión y a la elusión de los aportes parafiscales al Sistema de Protección Social, los operadores públicos y privados de bancos de información y/o bases de datos reportarán, sin ningún costo, la información relevante para tal efecto, en los términos y condiciones que defina el Gobierno Nacional.

¹⁰ Ley 1429 de 2010 (29 de diciembre), "Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo", artículo 48: "*Prohibición para acceder a los beneficios de esta ley.* No podrán acceder a los beneficios contemplados en los artículos 4, 5 y 7 de esta ley las pequeñas empresas constituidas con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, en las cuales el objeto social, la nómina, el o los establecimientos de comercio, el domicilio, los intangibles o los activos que conformen su unidad de explotación económica, sean los mismos de una empresa disuelta, liquidada, escindida o inactiva con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Las pequeñas empresas que se hayan acogido al beneficio y permanezcan inactivas serán reportadas ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para los fines pertinentes./ Parágrafo. la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) le hará especial seguimiento al mandato contemplado en el presente artículo." Ver también artículo 5º.

¹¹ Ley 1474 de 2011 (julio 12), "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."

impuso a las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud la obligación de adoptar medidas de control de fraudes en el sistema y como mecanismo para el efecto consagró el de *“reportar de manera inmediata y suficiente a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y a la Superintendencia Nacional de Salud cualquier información relevante cuando puedan presentarse eventos de afiliación fraudulenta o de fraude en los aportes a la seguridad social para lo de su competencia;...”*

Observa la Sala, en el conjunto de leyes adoptadas para el sistema de seguridad social en salud, medidas de fortalecimiento y sostenibilidad del sistema para lo cual, entre otras decisiones, se acentúan las competencias sancionatorias de las autoridades públicas sobre obligaciones y conductas relativas a la prestación del servicio, a su administración y a su financiación.

Así mismo, observa que esta tendencia aplica respecto de la UGPP, pues sus objetivos iniciales y los instrumentos para su realización también han sido objeto de adiciones con mayor ámbito de acción, como pasa a explicarse.

2. Las competencias en la ley 1438 de 2011

En los años 2010 y 2011, el Congreso de la República tramitó, acumulándolos, varios proyectos de iniciativa parlamentaria y también gubernamental presentados al Congreso de la República en el transcurso del año 2010¹², orientados todos a lograr ajustes de mayor o menor impacto en

¹² **Proyecto de ley número 01 de 2010, Senado**, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y se dictan otras disposiciones, **acumulado con Proyecto de ley número 95 de 2010 Senado**, por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. **Proyecto de ley número 143 de 2010 Senado**, por medio de la cual se eliminan barreras de acceso en los servicios de salud y se dinamizan los procesos de atención. **Proyecto de ley número 147 de 2010 Senado**, por la cual se re forma parcialmente la Ley 1122 de 2007 y se dictan otras disposiciones, **Proyecto de ley número 160 de 2010 Senado**, por medio de la cual se modifica parcialmente el artículo 224 de la Ley 100 de 1993, **Proyecto de ley número 161 de 2010 Senado**, por medio de la cual se contribuye al fortalecimiento de las condiciones laborales y humanas de los estudiantes, trabajadores y profesionales de la salud y se fomenta la participación ciudadana en la prestación y administración de los servicios de salud, **Proyecto de ley número 182 de 2010 Senado**, por medio de la cual se establecen medidas para fortalecer Sistema de Inspección, Vigilancia y Control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, **Proyecto de ley número 111 de 2010 Cámara**, por medio de la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 100 del 26 de diciembre de 1993 y 1122 de 2007, **Proyecto de ley número 126 de 2010 Cámara**, por la cual se regula el servicio público de seguridad social en salud, se sustituye el Libro II de la Ley 100 de 1993, se adopta el Estatuto Único del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, **Proyecto de ley número 087 de 2010 Cámara**, por medio de la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, **Proyecto de ley número 035 de 2010 de iniciativa gubernamental**, por medio de la cual se dispone lo relativo al financiamiento del defensor del usuario.

diferentes aspectos del régimen de la salud y expidió la ley 1438 de 2011, "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

Uno de estos proyectos, el número 182 de 2010 Senado, se refería concretamente al establecimiento de medidas "para fortalecer Sistema de Inspección, Vigilancia y Control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud"; en su artículo 11, denominado "Inspección, vigilancia y control de los empleadores", se asignaban estas funciones a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en relación con "las transferencias de recursos" que los empleadores deben hacer al sector salud.¹³

En el trámite legislativo, la propuesta se modificó para asignar la competencia a la DIAN como inicialmente se planteó, pero finalmente se configuró como una competencia sancionatoria de imposición de multas asignada a la UGPP.

Vale la pena destacar que en los debates y en el texto definitivo de la ley 1438, se tuvo clara la necesidad de fortalecer los controles para la operatividad del sistema de seguridad social en salud; y por ello, el articulado definitivo otorga competencia para la aplicación de sanciones pecuniarias de multa en hipótesis jurídicas no contempladas en la legislación anterior, con lo cual se buscó fortalecer los controles necesarios para la operatividad del sistema de seguridad social en salud.¹⁴

Ahora bien, el texto definitivo de la ley 1438 incorporó el artículo 123 bajo el título "Control a los deberes de los empleadores y otras personas obligadas a cotizar".

El inciso primero de dicho artículo 123 le señala a la UGPP la función de *verificar el cumplimiento de los deberes de los empleadores y otras personas obligadas a cotizar, en relación con el pago de las cotizaciones a la seguridad social*; esta función indudablemente guarda consonancia con las atribuciones de *seguimiento, colaboración y determinación de la liquidación y pago de las contribuciones parafiscales*, conferidas en la norma de creación, esto es, en el artículo 156 de la ley 1151 de 2007, pero agrega una competencia de *verificación* que es nueva para la UGPP, puesto que bajo el artículo 156 eran

¹³ Cfr. Gaceta del congreso, número 811 de 2010, PROYECTO DE LEY 182 DE 2010 SENADO, artículo 11: "Inspección, vigilancia y control de los empleadores. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) ejercerá la inspección, vigilancia y control en lo relacionado con las transferencias de recursos que deban hacer al sector salud los empleadores, conforme a lo establecido en la normatividad vigente."

¹⁴ Ley 1438 de 2011, Cfr., entre otros, los Arts. 1, 32, 51, 56, 78, y el Título VII.

las entidades administradoras de los sistemas de información de las contribuciones parafiscales, las encargadas de allegarle los “hallazgos” correspondientes, sin perjuicio de que la Unidad ejerciera su facultad de pedir información.

El inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438, en el que se centra la consulta, dice textualmente:

“La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993 por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).”

Encuentra la Sala que este mandato legal consagra una sanción económica, la multa, que no estaba prevista en las atribuciones establecidas para la UGPP en el artículo 156 de la ley 1151 de 2007 ni en el decreto ley 169 de 2008.

La interpretación histórica y teleológica de la norma así como la literalidad de su texto, permiten afirmar que el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 de 2011 asigna a la UGPP una nueva competencia, propia de la potestad sancionatoria de la administración pública, que se concreta en la imposición de multas, cuando, “previa solicitud de explicaciones” encuentre configurado el incumplimiento de los deberes de los empleadores.

Esta atribución sancionatoria no puede confundirse ni subsumirse en las competencias de cobro persuasivo y coactivo de las contribuciones parafiscales, pues su naturaleza es claramente diferente.

La potestad sancionatoria es una facultad que la ley asigna y regula para que las autoridades públicas puedan castigar conductas que también la ley tipifica como ilegales o ilícitas, previos los procedimientos especiales o generales que el legislador prevea para este efecto. Aquí se ubican las nuevas competencias de la UGPP en virtud del inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 de 2011.

Asunto distinto es la actividad de cobro persuasivo o coactivo, también regulada por la ley, y que corresponde al ejercicio del derecho de todo

acreedor a obtener el pago de unas sumas de dinero y sus intereses moratorios, causados y no pagados por el deudor. A este derecho corresponde el objetivo originalmente establecido por la ley 1151 de 2007, artículo 156, para crear la UGPP como la entidad encargada de hacer efectivo el pago de los aportes y las cotizaciones en el sistema de la seguridad social.

Así las cosas, cuando el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 de 2011 faculta a la UGPP para imponer la sanción de multa “en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la ley 100 de 1993”, está estableciendo una sanción y simultáneamente está tipificando las conductas sancionables mediante el mecanismo de la remisión a un conjunto de disposiciones legales que establecen los deberes de los empleadores respecto de la financiación del sistema de seguridad social en salud por la vía de los aportes y las cotizaciones.

Como lo que hace la norma es tipificar el incumplimiento de esos deberes para efectos de generar las competencias de sanción en sede administrativa, la remisión a los artículos 161, 204 y 210 de la ley 100 de 1993 es integral, tal como lo indica el texto del inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438, y como se desprende del contenido de aquellos artículos. Veamos.

El artículo 161 de la ley 100 de 1993 relaciona los deberes de los empleadores “como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.¹⁵

¹⁵ Los deberes de los empleadores en el artículo 161 de la ley 100/93, son: “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 corresponden a los trabajadores a su servicio; c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el gobierno. / 3. Informar las novedades laborales de sus trabajadores a la entidad a la cual están afiliados, en materias 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. / PARÁGRAFO. 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 la 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 ATEP 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. 22. “OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. 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

Su numeral primero establece el deber de “inscribir” en alguna EPS a todos sus trabajadores y la prohibición de que con las afiliaciones colectivas se coarte la libertad de elección del trabajador. Este primer deber es fuente o generador del deber de pagar las cotizaciones, no es en sí mismo el pago de las mismas, pero, por supuesto, su incumplimiento afecta la sostenibilidad del sistema; su incumplimiento entonces debe sancionarse y para ello la ley 1438 establece la multa y faculta a la UGPP para imponerla, independientemente del pago de la obligación.

El numeral segundo del comentado artículo 161 de la ley 100, señala que *en consonancia con el artículo 22 de la misma ley 100*, los empleadores deben “contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, pagando cumplidamente los aportes que les corresponden *de acuerdo con el artículo 204 de la ley 100*, descontando de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores, y girando oportunamente los aportes y las cotizaciones a las EPS de acuerdo con lo reglamentado por el gobierno nacional.

Este numeral 2 del artículo 161 consagra específicamente el deber de pago de los parafiscales del sistema de la protección social, a cargo de los empleadores, deber al que se circunscribió la competencia de la UGPP en los términos del artículo 156, literal ii) de la ley 1151 de 2007; ahora, la UGPP además de cobrar las sumas debidas cuenta con la potestad de sancionar la conducta omisiva.

Pero también este numeral 2 del artículo 161 remite a dos normas de la ley 100: el artículo 22, que en el sistema general de seguridad social en pensiones, consagra las obligaciones y la responsabilidad del empleador en

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.” //

ARTÍCULO 23. “SANCIÓN MORATORIA. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. / Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.” //

ARTÍCULO 271. “SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier 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.”

cuanto al pago de los aportes propios y del trabajador; y el artículo 204, que regula el monto y la distribución de las cotizaciones en el régimen contributivo de salud, permitiendo determinar el valor de las sumas adeudadas y liquidar los respectivos intereses moratorios.

Los deberes de los empleadores contenidos en los numerales 3 y 4 del artículo 161 de la ley 100 en examen, son los de “informar las novedades laborales” de los trabajadores afiliados a las EPS y “garantizar un medio ambiente laboral sano”.

La información sobre las novedades laborales guarda relación directa con el deber de pago de aportes y cotizaciones; no darla tiene indudablemente, efectos en los procesos de cobro persuasivo y coactivo, pero estos no sancionan su incumplimiento; la multa sí.

La “garantía de un ambiente laboral sano” no parece tener relación directa con el tema de los parafiscales; pero desde la Constitución Política, la salud no es solamente un derecho, es también el deber de su cuidado; por eso, la legislación del sistema general de seguridad social en salud es reiterativa en la exigencia de los cuidados a la salud, y regula específicamente la salud en el trabajo para la prevención de accidentes y de enfermedades relacionadas con éste; aparece entonces el vínculo de este deber de los empleadores con el sistema de seguridad social en salud pues su cumplimiento debe disminuir los requerimientos económicos contribuyendo así a la sostenibilidad del sistema.

En cuanto al artículo 204 de la ley 100 de 1993, al cual remite el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438, en realidad no consagra un deber del empleador distinto o adicional a los establecidos en el artículo 161; dicho artículo 204 contiene los elementos necesarios para concretar el valor de los aportes y de las cotizaciones que los empleadores y los trabajadores dependientes e independientes deben hacer al sistema general.

La otra remisión hecha por el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 es al artículo 210 de la ley 100 de 1993, que tampoco consagra deberes para los empleadores sino las sanciones contenidas en los artículos 23 y 271 de la misma ley 100, que corresponden a sanciones moratorias y al pago total de los aportes y cotizaciones cuando, aún descontándolos, no los trasladan al Sistema. En consecuencia, la multa de que trata el citado inciso segundo del artículo 123 cumple la función de castigar pecuniariamente las omisiones en las que incurren los empleadores respecto de las obligaciones de hacer inherentes a las contribuciones parafiscales.

En síntesis, el artículo 123 de la ley 1438 de 2011 en sus dos incisos forma parte de un conjunto de medidas sancionatorias incorporadas en la legislación adoptada para fortalecer y hacer eficaces las competencias de inspección, vigilancia y control asignadas a las autoridades públicas, entre ellas la UGPP, dentro del sistema general de seguridad social en salud.

3. El procedimiento aplicable

La norma de creación de la UGPP, como se explicó, le otorgó como una de sus competencias en materia de contribuciones parafiscales, las actividades de cobro.

Estas contribuciones son gravámenes, de manera que la decisión lógica fue ordenar la aplicación del Estatuto Tributario y de la ley 1066 de 2006, para la determinación de los valores adeudados incluidos los intereses moratorios, tal como de manera expresa lo señaló el artículo 156 de la ley 1151 de 2007.

La nueva competencia asignada a la UGPP por el artículo 123, inciso segundo, de la ley 1438, está orientada a sancionar conductas de acción u omisión de los empleadores, relacionadas con las contribuciones parafiscales como se dejó explicado pero diferentes al pago de éstas y, por tanto, sin la naturaleza tributaria inherente a aquellas.

Esta disposición, en materia de procedimiento se limitó a señalar que la imposición de la multa debe estar precedida de “una solicitud de explicaciones”; sin duda, tal exigencia tiende a preservar los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, y por lo mismo requiere de un procedimiento que garantice el ejercicio de esos derechos frente a la potestad sancionatoria de la autoridad administrativa.

El silencio de la norma en cuanto al procedimiento remite al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁶ que regula en el capítulo III del Título III, el “procedimiento administrativo sancionatorio”, puesto que el primer inciso del artículo 47, con el cual inicia el mencionado capítulo, ordena lo siguiente:

¹⁶ Ley 1437 de 2011 (enero 18), “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, D. O. No. 47.956 (enero 18/11)

*“ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.
“...”*

En los demás incisos del artículo 47 y en los artículos 48 a 52 inclusive, el código en cita describe las etapas procesales, el contenido de la decisión, la graduación de las sanciones, los efectos de la renuencia a suministrar información y la caducidad de la facultad sancionatoria.

De manera que para la imposición de las multas de que trata el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 de 2011, la UGPP debe aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró a regir el 2 de julio del 2012.

Así mismo, para la efectividad de su pago, ante la ausencia de norma especial, es igualmente procedente la aplicación del Título IV de la Parte Primera del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relativo al “procedimiento administrativo de cobro coactivo”.

Con base en lo anterior, la Sala RESPONDE:

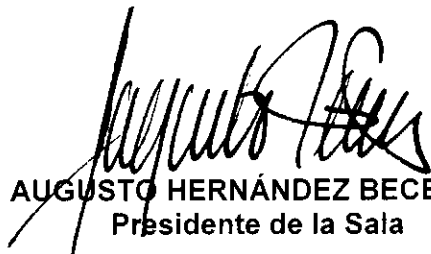
“1. ¿La competencia de la UGPP para aplicar las sanciones de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011, opera únicamente respecto del incumplimiento de los deberes de los empleadores relacionados con los pagos y aportes a la seguridad social, establecidos en el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, respecto del artículo 204 y en materia de retraso en los pagos de los aportes da la seguridad social, consagrado en un aparte del artículo 210 de la Ley 100 de 1993 o, por el contrario, es respecto del incumplimiento a todos los deberes de los empleadores previstos en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993?”

La competencia de la UGPP para sancionar mediante la imposición de multa el incumplimiento de los deberes de los empleadores, está consagrada en el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 de 2011 respecto de todos los deberes establecidos en el artículo 161 de la ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 204 y 210 y de la misma ley 100.

"2. ¿Cuál es el procedimiento administrativo que debe aplicar la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social para la imposición de multas de que trata el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011?"

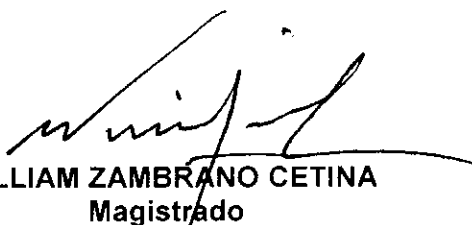
La imposición de las multas de que trata el inciso segundo del artículo 123 de la ley 1438 de 2011 procede con aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el Capítulo III del Título III del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido mediante la ley 1437 de 2011.

Envíese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala


LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Magistrado


ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
Magistrado


WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Magistrado


JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala

03 OCT. 2016

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 3 DE OCTUBRE DE 2016