



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil nueve (2009).-

Radicación: No. 110010325000200400063 00

Expediente: No. 0711-2004

Actor: ANTONIO JOSÉ GARCÍA BETANCUR

AUTORIDADES NACIONALES.-

Procede la Sala a dictar sentencia en la Acción Pública de Nulidad formulada por el señor Antonio José García Betancur contra la Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad el ciudadano ANTONIO JOSÉ GARCÍA BETANCUR, solicitó a esta Corporación declarar la anulación de los artículos 6 del Decreto 2800 de octubre 2 de 2003 y 3 del Decreto 516 de 2004, además pidió que la sentencia produzca efectos retroactivos al momento de la expedición de cada Decreto.

El texto de las disposiciones demandadas, corresponde a la parte subrayada del siguiente texto:

“DECRETO 2800 DE 2003



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 2

(octubre 2)

Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, señala que los trabajadores independientes son afiliados voluntarios al Sistema General de Riesgos Profesionales, de acuerdo con la reglamentación que el Gobierno Nacional expida;

Que es necesario reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes, ampliando progresivamente la cobertura del Sistema General de Riesgos Profesionales, iniciando con quienes realizan contratos de carácter civil, comercial o administrativo con personas naturales o jurídicas;

Que se hace necesario mejorar las condiciones de trabajo y salud de los trabajadores independientes, mediante la promoción y prevención de los riesgos profesionales;

Que el Consejo Nacional de Riesgos Profesionales en su sesión número 25 de 2001, recomienda reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes que celebren o realicen contratos de carácter civil, comercial o administrativo,

DECRETA:

...

Artículo 6°. Base de cotización. La base para calcular las cotizaciones de los trabajadores independientes no será inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a veinticinco (25) veces dicho salario.”.

“DECRETO 516 DE 2004

(Febrero 20)

Por el cual se reglamenta la afiliación colectiva a través de agremiaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de los trabajadores independientes con ingresos inferiores a dos salarios mínimos legales mensuales.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el literal d) del artículo 154, los parágrafos 1), 2) y 3) del artículo 157 y el párrafo 2º del artículo 204 de la Ley 100 de 1993,

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, resulta indispensable garantizar la autosostenibilidad del Régimen Contributivo de Salud, con cargo a las cotizaciones y los pagos moderadores que son las fuentes de financiación de este régimen;



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 3

Que el artículo 203 de la Ley 100 de 1993 establece que entre los afiliados obligatorios al régimen contributivo están, entre otros, los trabajadores independientes con capacidad de pago tal como lo señala el literal a) del artículo 157 de la mencionada ley;

Que de conformidad con el párrafo 1° del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de cotización de los trabajadores independientes podrá ser inferior a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en la medida en que el equilibrio de la subcuenta de compensación lo permita,

DECRETA:

Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización. *El afiliado a la agremiación deberá cotizar sobre el resultado de la presunción de ingresos, sin que en ningún caso el ingreso base de cotización sea inferior a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*"

Refirió que desde la creación del sistema de afiliación de los trabajadores independientes, establecido en el Decreto 1138 de 1984 en concordancia con el Decreto 3063 de 1989, la base mínima de cotización siempre fue equiparada a los mínimos que regían para los trabajadores dependientes o los vinculados bajo relación legal y reglamentaria; y esto se dio hasta la Ley 100 de 1993 que en su artículo 204 ordenó que en ningún caso la base de cotización en el régimen contributivo podrá ser inferior al 12% de un salario mínimo mensual legal vigente.

El Decreto 3063 de 1989 expedido por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por el cual se aprueba el acuerdo 044 de 1989 redefine el concepto de trabajador independiente: *"Se entiende por trabajador independiente o autónomo, la persona natural que ejerce personal y directamente una profesión, oficio o actividad económica, con o sin trabajadores a su servicio, sin sujeción a contrato de trabajo."*

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993 en el párrafo 2° estableció: *"Para efectos del cálculo de la base de cotización de los trabajadores*



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 4

independientes, el gobierno Nacional reglamentará, un Sistema de Presunción de Ingresos con base en información sobre Nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos...” (Fl. 9).

En cumplimiento de las normas referentes al sistema de afiliación para los trabajadores independientes, la Superintendencia de Salud expidió la Resolución No. 009 de 10 de enero de 1996, por medio de la cual se establece el Sistema de Presunción de ingresos para los trabajadores independientes.

La Supersalud precisa que este acto administrativo fue expedido con fundamento en el Decreto 1070 de 1995 artículo 4 inciso 2 mediante el cual se aclaran los términos para el traslado de las Instituciones de Seguridad Social a las Entidades Promotoras de Salud y se autoriza temporalmente la prestación del Plan Obligatorio de Salud a trabajadores independientes cuya base cotización sea inferior a (2) dos salarios mínimos mensuales legales vigentes, de acuerdo con el Acuerdo No. 17 de 1995 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Por su parte el citado acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 21, 22 y 23 del decreto Ley 1298 de junio de 1994, de conformidad con el acta No. 16 de 20 de abril de 1995 y considerando que el Decreto 1919 de 1994 establece que serán afiliados al régimen contributivo, los trabajadores independientes



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 5

cuyos ingresos mensuales sean superiores a (2) dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

El Decreto 1919 de 1994 fue expedido con el fin de reglamentar el Decreto 1298 de 1994, en el que en su artículo 7-d), preceptuaba *“Afiliados al régimen contributivo. [...] d) los trabajadores independientes [...] cuyos ingresos mensuales sean superiores a (2) dos salarios mínimos legales vigentes”*, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, quedando sin piso legal el Decreto 1919 de 1994, creador de la base mínima de los dos (2) salarios mínimos para la cotización en salud de los trabajadores independientes. Sin embargo los técnicos del Ministerio de Salud sólo se dieron cuenta de ésta equivocación, hasta la expedición del Decreto 806 de 1998 que expresamente lo derogó.

Argumentó que el trabajador independiente, ha sido maltratado desde que se creó la Ley 100 de 1993 y hasta la expedición del Decreto 806 de 1998, porque el sistema amparado en un Decreto Ley declarado inexecutable, y actos administrativos viciados de nulidad, siempre le cobró el 12%, de una base superior o igual a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. A partir de los Decretos 806 de 1998 y 1406 de 1999, lo “legalizó” en el sistema, luego en los decretos 1703 de 2002, 2400 de 2002, 2800 también se estatuyen los dos salarios, y hoy en el 516 de 2004 el 1.5 salarios mínimos.

Si se observa el espíritu de la Ley 100 de 1993, los Decretos señalados son ilegales e inconstitucionales por cuanto el artículo 204



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 6

de la Ley 100 de 1993, nunca afirma de topes que sobrepasen el salario mínimo, quedando claro, que sólo hace referencia a que el trabajador independiente cotice, únicamente sobre sus ingresos presuntos, los cuales nunca podrían estar debajo del salario mínimo legal, como se acepta para todos los colombianos (Fl. 11).

Expuso que en Colombia, además de ser un privilegio tener un trabajo de calidad, más del 80% de la población gana entre uno y dos salarios mínimos, sólo el 2.5% de los afiliados al régimen contributivo son independientes, de acuerdo a las estadísticas de la SUPERSALUD, son muy pocos y se preguntó: *¿cuales son las razones que asisten al Ministerio de Protección Social y de Hacienda para que éstos trabajadores independientes tengan que pagar su seguridad social, que además de ser del 100% inicia a partir de dos salarios mínimos?*

Finalmente dijo que las normas impugnadas, desconocen el artículo 13 de la Constitución Política, el derecho a la igualdad, los principios de la Ley 100 de 1993, previstos en el artículo 2, literal b, ya que se está desconociendo el tratamiento igual que se venía dando a los independientes desde 1984 y con éstas normas lo que se está logrando es sembrar la diferencia y tratamientos desiguales.

NORMAS VIOLADAS

El actor considera violadas las siguientes normas:

De la Constitución Política, los artículos 2, 13, 48, 49, 53 y 83.



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 7

De la Ley 100 de 1993, los artículos 1, 2 literales b, c, d; 3, 4, 6 numeral 3, 153 numeral 2, 154 literal d, 156 literal b, 172 numeral 1, 203, 204 parágrafo 2.

CONTESTACIONES

- El Ministerio de la Protección Social a través de su apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda con los argumentos que se sintetizan así (Fls. 64 a 70):

a) Artículo 6 del Decreto 2800 de 2003:

Para el Decreto 2800 de 2003, el trabajador independiente es la persona natural que se afilia de manera individual y voluntaria por intermedio de la empresa contratante, aceptando los requisitos que establece la norma y señalados por el Gobierno Nacional, éste Decreto le dio discrecionalidad al gobierno para que de acuerdo a la necesidad, viabilidad, sustento, efectos financieros y sociales establezca los requisitos para la afiliación del trabajador independiente.

La presente acción de nulidad no puede prosperar, ya que el artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, señala que la afiliación del trabajador independiente es conforme a la reglamentación que expida el gobierno, de tal forma que éste dio una facultad extensiva al ejecutivo, no la limitó o condicionó. El gobierno de manera responsable, técnica y con el concepto favorable del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales, determinó cuáles trabajadores independientes deberían inicialmente afiliarse al sistema de riesgos



profesionales y pagar 2 a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En consecuencia, no existe la causal de nulidad invocada, no se esta contraviniendo las normas de carácter superior y existe el uso adecuado de la facultad reglamentaria de acuerdo al artículo 13-b) del Decreto Ley 1295 de 1994.

b) Artículo 3 Decreto 516 de 2004

Explicó el Ministerio que este decreto establece los requisitos y procedimientos para la afiliación colectiva al sistema de salud de los trabajadores independientes con ingresos inferiores a dos salarios mínimos, a través de agremiaciones y reduce de dos (2) a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos mensuales la base sobre la cual dicha población debe cotizar a salud, siempre que esta se realice a través de agremiaciones que actúen como entidades de afiliación colectiva.

Especificó que la cotización del trabajador independiente obedece a estudios actuariales y notas técnicas para la cotización, actividad económica de la empresa y el oficio realizado por dicho trabajador, afirmación que explicó a folios 65 a 68.

Expuso que el Consejo Nacional de Riesgos Profesionales, en reunión de 6 de septiembre de 2001 en acta No. 25, conceptuó favorablemente sobre la afiliación de los trabajadores independientes, sobre la base mínima de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes, observando la facultad, delegación, siniestralidad y potestad que le otorgó el artículo 13 del decreto 1295 de 1994 al Gobierno nacional para regular dicha afiliación.



Afirmó que el trabajador independiente en riesgos profesionales, puede fácilmente crear el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de tal forma que el Consejo Nacional de Riesgos profesionales y los diferentes actores del sistema, en aras de un beneficio económico mayor, decidieron permitir la afiliación del independiente más formal, con requisitos especiales y sobre un parámetro de cotización de 2 a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para que no se afecte el sistema financiero del Sistema General de Riesgos profesionales.

- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público de folios 81 a 88 contestó la demanda, y se opuso a que se efectúen las declaraciones solicitadas por el demandante.

Explicó que el Decreto 2800 de 2003, en lo que tiene que ver con el ingreso base de cotización del Sistema General de Riesgos Profesionales, es una reglamentación de lo señalado por el artículo 17 del Decreto 1295 de 1994, expedido en uso de las facultades extraordinarias contenidas en el numeral 11 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

Referente al artículo 3 del decreto 516 de 2004 indicó que se abstendrá de adelantar la defensa de la norma acusada, en observancia de lo señalado en sentencia de 19 de agosto de 2004 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado CP Dra. Ana Margarita Olaya Forero, que señaló la inexistencia de trato discriminatorio cuando existen regulaciones distintas para trabajadores independientes con respecto a los dependientes.



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 10

Expuso que en la sentencia C-560-96 la Corte Constitucional se ha pronuncia a cerca del trato diferencial entre trabajadores dependientes e independientes; en donde se *“...consideró que la declaración de inexecutable de las normas demandadas, no conduciría a lograr la finalidad pretendida por el demandante, sino que traería como consecuencia la eliminación de la afiliación de los trabajadores independientes al régimen de seguridad social, pues esta Corporación no podrá suplir el vacío normativo que crearía dicha declaración...”*

ALEGATO DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

De folios 105 a 106 el Ministerio de la Protección Social, en síntesis, alegó de conclusión así:

Indicó que los Decretos 2800 de 2003 y 516 de 2004 son la expresión del principio fundamental de Solidaridad en el Sistema de Seguridad Social, por cuanto los costos de preservar el sistema deben ser asumidos por trabajadores y empresarios en conjunto, en directa proporción a sus recursos.

La cotización del trabajador independiente no obedece a un capricho del gobierno, sino al sometimiento de fórmulas y metodologías, teniendo en cuenta parámetros o criterios como la actividad económica, indicador de índice de lesiones incapacitantes y de siniestralidad, cumplimiento de políticas y planes.

Solicitó se declare la legalidad del artículo 6 del decreto 2800 de 2003 y artículo 3 del decreto 516 de 2004, expedidos por el Ministerio de la Protección Social.



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 11

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero delegado ante el Consejo de Estado, emitió su concepto dentro del proceso de la referencia a folios 108 a 115.

Consideró que debe declararse la nulidad del artículo 3 del Decreto 516 de 2004, debido a que la Ley, el artículo 6 de la Ley 797 de 2003, no el artículo 19 de la misma Ley ni del año 2002 como lo citó la jurisprudencia que transcribió, definió el mínimo de un salario mínimo legal mensual vigente, y esta es la base sobre la que deben fijarse los aportes.

En cuanto a la anulabilidad del artículo 6 del Decreto 2800 de 2003, la encuentra procedente en la medida en que en la Ley 797 del mismo año, artículo 6º, ordenó la base de cotización no inferior al de un salario mínimo legal mensual vigente para el sistema en seguridad social en pensiones (antiguo art. 19 Ley 100 de 1993), que es igual para el sistema de seguridad social en salud, por ello, se debe armonizar con lo normado por el artículo 17 del Decreto ley 1295 de 1994 que manda estarse a lo estipulado en los artículos 18 y 19 de la Ley Integral de la Seguridad Social.

Como el acto reglamentario estipula dos (2) salarios mínimos como límite base, esta base de cotización vulnera lo consagrado en la norma reglamentada, por lo que ha de adecuarse a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en decidir si procede anulación, solicitada por el ciudadano ANTONIO JOSÉ GARCÍA BETANCUR, de los artículos 6 del Decreto 2800 de 2 de octubre de 2003 y 3 del Decreto 516 de 2004, por estar en contra de las normas y preceptos superiores invocados con la demanda.

ANÁLISIS DE LA SALA

La Sala, como quiera que se trata de la demanda en contra de dos normas que regulan supuestos diferentes las analizará de manera independiente.

- 1) Anulabilidad del artículo 3º. del Decreto 516 de 2004.

La norma demandada establece:

“DECRETO 516 DE 2004

(Febrero 20)

Por el cual se reglamenta la afiliación colectiva a través de agremiaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de los trabajadores independientes con ingresos inferiores a dos salarios mínimos legales mensuales.

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el literal d) del artículo 154, los párrafos 1), 2) y 3) del artículo 157 y el párrafo 2º del artículo 204 de la Ley 100 de 1993,

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, resulta indispensable garantizar la autosostenibilidad del Régimen Contributivo de Salud, con cargo a las cotizaciones y los pagos moderadores que son las fuentes de financiación de este régimen;



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 13

Que el artículo 203 de la Ley 100 de 1993 establece que entre los afiliados obligatorios al régimen contributivo están, entre otros, los trabajadores independientes con capacidad de pago tal como lo señala el literal a) del artículo 157 de la mencionada ley;

Que de conformidad con el párrafo 1° del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de cotización de los trabajadores independientes podrá ser inferior a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en la medida en que el equilibrio de la subcuenta de compensación lo permita,

DECRETA:

Artículo 3° Ingreso Base de Cotización. El afiliado a la agremiación deberá cotizar sobre el resultado de la presunción de ingresos, sin que en ningún caso el ingreso base de cotización sea inferior a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”.
(Lo destacado es el artículo acusado).

El artículo 175 del C.C.A. preceptúa que la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes*, pero la que la niegue tendrá esa condición “*sólo en relación con la causa petendi juzgada.*”.

La Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 11 de octubre de 2007, Expediente número: 11001-03-25-000-2005-00214-01(9335-05), actor: AGREMIACION NACIONAL DE COMERCIANTES SERVISOCIAL, Magistrado Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, declaró la nulidad de la expresión del artículo 3° que prescribe “... *sin que en ningún caso el ingreso base de cotización sea inferior a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”.

Para declarar la anulación, el fallo aludido, en lo pertinente, señaló:

“[...] Respecto del ingreso base de liquidación de que trata el artículo 3° acusado, que dispone “... sin que en ningún caso el ingreso base de cotización sea inferior a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, se genera desigualdad y desprotección de éste grupo de trabajadores al que se le establecen requisitos más pesados, pues si se tiene en cuenta lo consagrado en la ley 100 de 1993, los



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 14

trabajadores dependientes pagan sólo un tercio del valor de cotización, mientras que según la norma acusada, los trabajadores independientes afiliados a través de agremiaciones pagan la totalidad de la afiliación sobre 1.5 salarios mínimos.

Ahora la reglamentación expedida por el Gobierno debe regirse por los principios de equidad, obligatoriedad y protección social, haciendo que las condiciones para todos los trabajadores, dependientes o independientes, con la obligación de contribuir al sistema, sean equivalentes, brindando con ello protección a todas las personas de acuerdo a sus necesidades.[...]”.

En el presente asunto si bien el demandante acusa el artículo 3º, en su totalidad del Decreto 516 de 2004, lo cierto es que sólo plantea la anulación en lo que se refiere al tope del 1.5 salarios mínimos mensuales a que alude la norma. En ese orden de ideas, es claro que existe identidad de objeto y de causa entre la demanda que se estudia y la sentencia referida. En consecuencia, la Sala, sin más disquisiciones, ordenará estarse a lo resuelto en el fallo antes citado.

2) Anulabilidad del artículo 6º. del Decreto 2800 de 2003.

La norma acusada dispone textualmente:

“DECRETO 2800 DE 2003

(Octubre 2)

Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, señala que los trabajadores independientes son afiliados voluntarios al Sistema General de Riesgos Profesionales, de acuerdo con la reglamentación que el Gobierno Nacional expida;

Que es necesario reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes, ampliando progresivamente la cobertura del Sistema General de Riesgos Profesionales, iniciando con quienes realizan



contratos de carácter civil, comercial o administrativo con personas naturales o jurídicas;

Que se hace necesario mejorar las condiciones de trabajo y salud de los trabajadores independientes, mediante la promoción y prevención de los riesgos profesionales;

Que el Consejo Nacional de Riesgos Profesionales en su sesión número 25 de 2001, recomienda reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes que celebren o realicen contratos de carácter civil, comercial o administrativo,

DECRETA:

...

Artículo 6°. Base de cotización. La base para calcular las cotizaciones de los trabajadores independientes no será inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a veinticinco (25) veces dicho salario.” (Lo destacado corresponde a lo demandado).

El Decreto acusado, como se deduce de su contenido, se fundamentó en los artículos 189-11 de la Carta Política¹ y reglamentó parcialmente el artículo 13-b) del Decreto Ley 1295 de 1994, norma que establece:

“Artículo 13. Afiliados.

Son afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales:

a) En forma obligatoria:

1. Los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos;

2. Los jubilados o pensionados, excepto los de invalidez, que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, y

3. Los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución, cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

b) (En forma voluntaria)²

¹ “ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

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



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 16

Los trabajadores independientes, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el gobierno nacional.

Parágrafo. La afiliación por parte de los empleadores se realiza mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación y la aceptación por la entidad administradora, en los términos que determine el reglamento.”.

El demandante censura la expedición del decreto acusado por violación de los artículos 12, 13, 48, 53 y 83 de la Constitución Política y 1, 2 literales b), c) y d); 3, 4, 6-3, 153-2, 154-d), 156-b), 172-1, 203, 204 parágrafo 2 de la Ley 100 de 1993. Expresa que la norma acusada es violatoria de las normas superiores porque restringe el acceso de muchos colombianos a la Seguridad Social, con violación de los principios de universalidad, solidaridad, integralidad y progresividad que orientan las normas que regulan la Seguridad Social en Colombia, servicio público que le compete al Estado y es de obligatorio y permanente, no consulta la realidad del país e impide y limita el acceso a quienes no tienen capacidad de pago, es discriminatorio y establece una diferenciación inaceptable entre los aportes de riesgos profesionales frente a los aportes de salud y pensiones del mismo sistema de Seguridad Social.

Alega que el ejecutivo excedió la potestad reglamentaria a él otorgada en la medida en que se fijó su cotización sobre ingresos presuntos; actuó sin competencia porque lo que la ley autorizó reglamentar fue la presunción de ingresos y no decretar bases mínimas para los trabajadores independientes, se reguló un aspecto que es de competencia del legislador; se violó el derecho a la igualdad, cuando le otorga un trato desigual y odioso a los empleados independientes que los obliga a cotizar sobre dos (2) salarios mínimos mensuales con

² El texto en paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-858 de 2006.



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 17

respecto a los trabajadores dependientes y viola el principio de la buena fe porque somete a los asociados a una presunción de ingresos sobre la base ya indicada en salarios mínimos.

Como ya se indicó la Corte Constitucional en sentencia C-858 de 2006 declaró inexecutable la expresión “en forma voluntaria”, para indicar que los trabajadores independientes son afiliados potestativos al Sistema General de Riesgos Profesionales, pero deferió los efectos de su sentencia a la terminación del primer periodo legislativo del año 2007³. Es claro entonces que a los independientes que se afilien al sistema de riesgos profesionales se les aplican las normas respectivas (Decreto 1295 de 1994 y Ley 776 de 2002). Sin embargo a partir de la declaratoria de inexecutable de la expresión aludida corresponde al Congreso decidir si la afiliación de los trabajadores independientes al sistema de riesgos profesionales puede ser o no de carácter voluntario.

El Gobierno Nacional para reglamentar la denominada base de cotización al Sistema de Riesgos Profesional debió tener en cuenta el artículo 17 del Decreto Ley 1295 de 1994 que regula la base de cotización en los siguientes términos.

“BASE DE COTIZACIÓN La base para calcular las cotizaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, es la misma determinada para el Sistema General de Pensiones, establecida en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.”.

³ Textualmente señaló la sentencia: **“Segundo. DIFERIR** los efectos de ésta sentencia hasta el término de ésta legislatura que concluirá el veinte (20) de junio de 2007, para que el Congreso expida una ley que defina los aspectos declarados inexecutable en el artículo primero de ésta decisión.”.



Las normas a las que remite el artículo precitado, al momento de su expedición⁴ tienen el siguiente contenido:

“ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

PARÁGRAFO 1o. En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base.

En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”

⁴ La Ley 100 de 1993, fue modificada por la Ley 797 de 2003, publicada en el Diario Oficial No. 45.079, de 29 de enero de 2003.



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 19

“ARTÍCULO 19. BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos.

Cuando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que deban ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido.

En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.”.

Entre los decretos reglamentarios a que se remite el artículo 17 del Decreto 1295 de 1994, se encuentra el aquí demandado Decreto 2800 de 2003.

De acuerdo con el Ministerio Público, la Sala encuentra que el Gobierno Nacional al expedir el decreto acusado desbordó la norma reglamentada al fijar un salario base superior al que se deduce de las normas transcritas y de la sentencia anulatoria proferida por esta Corporación, que, lo fijan en un salario mínimo.

En otras palabras el tope mínimo como salario base de cotización no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente y, sobre esta base es que, debió ceñirse el Gobierno Nacional para reglamentarlo; como no lo hizo así sino que prefirió aumentarlo a dos (2) salarios mínimos legales mensuales es claro que se violaron las normas en que debió fundarse y por ello es procedente la anulación de la expresión **“inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni”**.

La anterior decisión habida cuenta de que el actor, aunque demandó la totalidad del artículo 6º del Decreto 2800 de 2003, sólo censuró la



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 20

norma en lo que se refiere a la fijación del tope de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por ello en aplicación prevalente del derecho sustancial frente al formal y del principio de conservación del derecho declarará únicamente la anulación de la expresión antes indicada, pues de anularse en su totalidad podría dar lugar a entender que no existe tope máximo para calcular los aportes de los trabajadores independientes.

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

FALLA

1. Estése a lo resuelto respecto de lo decidido en sentencia del del 11 de octubre de 2007, Expediente número: 11001-03-25-000-2005-00214-01(9335-05), actor: AGREMIACION NACIONAL DE COMERCIANTES SERVISOCIAL, Magistrado Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, declaró la nulidad de la expresión del artículo 3° del Decreto 516 de 2004 que prescribe “... *sin que en ningún caso el ingreso base de cotización sea inferior a uno punto cinco (1.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”.

2. Declárase la nulidad de la expresión “*inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni*” del artículo 6° del Decreto 2800 de 2003.

3. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.



ACTOR: ANTONIO JOSE GARCÍA BETANCUR
Radicación No. 11001-03-25-000-2004-00063-00
EXP. No. 0711-04 - PÁG. No. 21

Cópiese, notifíquese, cúmplase. En firme esta providencia archívese el expediente.

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ESTE DOCUMENTO FUE CREADO A PARTIR DEL ORIGINAL OBTENIDO EN EL CONSEJO DE ESTADO.