



## Sentencia 15399 de 2006 Consejo de Estado

EXCEPCION DE COSA JUZGADA-AI no haberse formulado cargos sobre inciso sexto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2003 no procede declararla

La Sala decide en primer término, sobre la excepción de cosa juzgada que plantea el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, con base en la decisión contenida en la sentencia de 9 de agosto de 2004, Exp. 13707 M.P. Ligia López Díaz, que decidió sobre la acción de nulidad contra el mencionado artículo. Mediante la citada sentencia, se hicieron las siguientes declaraciones: DECLÁRASE la nulidad del inciso segundo del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, salvo la expresión "En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes", la cual no fue objeto de demanda. DECLÁRASE la nulidad de los incisos tercero y quinto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por las razones expuestas en la parte considerativa. NIÉGANSE las súplicas de la demanda de nulidad contra los incisos primero, cuarto y sexto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por las razones expuestas en la parte considerativa. Como se observa, la expresión "En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes", sobre la cual recae la acusación en el presente proceso, no fue objeto de la acción de nulidad en el proceso 13707, en consecuencia, respecto de tal disposición procede la acción de nulidad de que trata este proceso, pues es claro que no se configura respecto de ella el fenómeno jurídico de la cosa juzgada que consagra el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo. En cuanto al inciso sexto del mismo artículo 23, si bien, como se observa, en la sentencia proferida en el proceso 13707 se negaron las súplicas de la demanda. Tal decisión no fue el resultado de un análisis sobre su legalidad, pues respecto de esta disposición, el accionante no formuló en aquélla oportunidad cargo alguno. Es así como se advirtió en la parte considerativa de la misma providencia: "En relación con el último inciso del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, norma que también fue objeto de la demanda, el actor no presentó cargo alguno". Así las cosas, es procedente la acción de nulidad en el proceso que ocupa ahora la atención de la Sala, en cuanto recae sobre el inciso sexto del mencionado artículo 23.

CONTRATISTAS-Base para calcular cotizaciones al sistema de pensiones: fijado por la ley en 1 SMM % CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-El ingreso base mínimo de cotización fue fijado en 1 SMM por la ley % COTIZACION AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Contratistas en contrato de prestación de servicios

Por su parte el artículo 5, de la misma ley, que modificó el inciso 4 y parágrafo del artículo 1829 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con la base de cotización para los contratistas, expresó: Artículo 18. Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual. 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 éstas 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. Como se observa, la base de cotización al sistema de pensiones, tratándose de trabajadores vinculados por contrato de servicios fue definida directamente por el legislador, luego el Gobierno Nacional puede en ejercicio de su facultad reglamentaria (art.189 [11] C.P.), expedir los actos que permitan el desarrollo de la ley, siempre que al hacerlo no restrinja o exceda los límites previstos por el legislador en las disposiciones transcritas.

TRABAJADORES INDEPENDIENTES-Fijación en 1SMM la base mínima de cotización al sistema general de pensiones%SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Cotizaciones de trabajadores dependientes o independientes y contratistas%CONTRATISTAS-Fijación de base mínima de cotización al sistema general de pensiones en 2 SMM: nulidad%CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Nulidad decreto 1702 de 2002 al fijar en 2 SMM la cotización de pensiones

Tal como quedó expuesto el legislador fijó en un "salario mínimo legal mensual vigente", la base mínima de cotización para trabajadores dependientes e independientes (parg.1 inciso, art. 18 Ley 797/2003) y la ley facultó al Gobierno Nacional para adoptar un sistema de presunciones que permitiera fijar en cada caso la base mínima de cotización en salud, tratándose de trabajadores vinculados por contrato de servicios, (Parg. 2, art. 204 Ley 100/93). Por su parte las disposiciones contenidas en los actos acusados, señalan como base mínima de cotización en contratación no laboral "dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes" y en contratos de servicios de vigencia determinada, "el equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor bruto facturado en forma mensualizada. Es evidente entonces que en virtud en la disposición prevista en el artículo 23, inciso 2 del Decreto 1707 de 2003, se establece un trato discriminatorio en relación con la base mínima de cotización en salud para los trabajadores vinculados por contrato de servicios, respecto de los trabajadores dependientes, que no fue consagrada por el legislador, pues mientras la ley señala para todos los trabajadores, cualquiera sea la forma de vinculación, como base mínima

de cotización un "salario mínimo legal mensual vigente", el reglamento acusado la fija en "dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes", pero sólo para trabajadores contratistas, sin que exista una justificación razonable para tal discriminación. En síntesis, el establecimiento de las cotizaciones en contratación no laboral, sobre una base no inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mediante el Decreto 1707 de 2002, artículo 23 inciso 2, desconoce la base mínima legal prevista por el legislador y no corresponde a la adopción del sistema de presunción de ingresos como medio de cálculo de la base de cotización prevista en el parágrafo 2 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, por lo que la Sala habrá de declarar su nulidad. Al respecto es pertinente lo expresado por la Sección Segunda de la Corporación en la sentencia de 19 de agosto de 2004, Exp. 3403-02 M.P. Ana Margarita Olaya Forero, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 126 del Decreto 806 de 1998, inciso final del artículo 25 del Decreto 1406 de 1999, del numeral 3.1.1. de la Circular Externa 087 de 1999 de la Superintendencia Nacional de Salud y de la Resolución 0009 de 1996 de la misma Superintendencia, en cuanto fijaban como base mínima de cotización para los trabajadores independientes, "dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Contratos de prestación de servicio a término definido e indefinido: no vulnera derecho de igualdad al tener como base de cotización el 40 por ciento del contrato%CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Cotizaciones a pensiones: 40 por ciento de los ingresos brutos mensuales recibidos

En los artículos 4 y 5 de la Ley 797 de 2003, se estableció la obligatoriedad de cotizar al Sistema General de Pensiones para quienes laboren bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y en cuanto a la base de cotización se determinó que las cotizaciones serían efectuadas en forma proporcional al ingreso devengado por la prestación del servicio. Las diferencias entre los contratos de servicios a término indefinido y los contratos a término definido, relativas a las cargas que deben soportar los empleados oficiales vinculados por contrato y los contratistas, según el accionante, no pueden ser equiparables para efectos de establecer la base de cotización. Sin embargo, para la Sala, tal diferenciación no permite configurar por sí misma violación del derecho a la igualdad, por cuanto esas diferencias no excluyen que todos los trabajadores tengan el deber de cotizar para asegurar la universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social. No obstante, en cuanto al reparo a los ingresos base de cotización, se observa que las mencionadas normas, (arts. 4 y 5 L.377/03), no dicen que la base de cotización se calcula sobre el 40% del valor bruto mensualizado del contrato, sólo que será proporcional a los ingresos devengados, lo cual implica que tal definición debe ser objeto de reglamentación, pues si la ley no define con exactitud los ingresos que sirven de base para la cotización, resulta válido que sea a través del reglamento que se haga tal definición, respetando los límites legales. Ahora bien, si tal como se indica en el reglamento acusado, los ingresos que sirven de base para la cotización en contratación no laboral, equivale al 40% de los ingresos brutos mensuales recibidos en virtud del contrato de servicios, esto es, descontados los conceptos deducibles, como la retención efectuada a título de impuesto de renta, no encuentra la Sala comprensible el cargo por supuesta violación al derecho de igualdad, en la forma propuesta por el accionante, pues mientras los trabajadores oficiales vinculados, por contrato a término indefinido, cotizan sobre el 100% del salario descontando los factores salariales deducibles, los contratistas lo hacen sobre el 40% del ingreso mensual. En síntesis, la Sala concluye que no viola el derecho a la igualdad el hecho de que la cotización tenga como base el 40% del ingreso realmente devengado por el contratista, pues se entiende que es el mismo "valor bruto facturado en forma mensualizada", como se dice en el inciso sexto del artículo 23 del Decreto 1707 de 2003 y se reitera en la Circular Externa 00001 de 2004, pues tal definición está relacionada con su capacidad de pago, elemento relevante para determinar el monto del aporte.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil seis (2006)

Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00025-00

Actor: LUZ MARINA MORA RUIZ

Demandado: MINISTROS DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Referencia: (15399).

Acción Pública de nulidad contra los Decretos 1703 de 2002 y 510 de 2003 expedidos por el Gobierno Nacional y la Circular Conjunta 00001 de 2004 expedida por los Ministros de Hacienda y Protección Social. FALLO

La ciudadana LUZ MARINA MORA RUIZ, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad parcial de apartes del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, artículo 3 del Decreto 510 de 2003, expedidos por el Gobierno Nacional y de la Circular Conjunta 00001 de 6 de diciembre de 2004 expedida por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Seguridad Social en Salud.

LOS ACTOS ACUSADOS

La pretensión de nulidad recae los citados actos administrativos, en cuanto disponen:

DECRETO 1703 DE 2002

(agosto 2)

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

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

DECRETA:

(...)

Artículo 23. *Cotización en contratación no laboral.*

(...)

En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

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

DECRETO 510 DE 2003

(marzo 5)

por medio del cual se reglamentan parcialmente los artículos 3, 5, 7, 8, 9, 10 y 14 de la Ley 797 de 2003

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 797 de 2003.

DECRETA

(...)

Artículo 3.- (...)

La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

CIRCULAR CONJUNTA NÚMERO 00001 DE 2004

(diciembre 6)

PARA: Entidades Promotoras de Salud, Administrador Fiduciario del Fosyga. Entidades Públicas, Contratantes, Contratistas y Trabajadores independientes.

DE: Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social

ASUNTO: Ingreso base de cotización de los trabajadores independientes y obligaciones de las Entidades Promotoras de Salud. EPS, y Entidades Públicas Contratantes.

(...)

"Ingreso Base de Cotización de los Contratistas. En segundo término, debe señalarse que al efectuar el examen de legalidad, el Honorable Consejo de Estado mantuvo la vigencia final del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por lo que en los contratos de vigencia indeterminada, el ingreso base de cotización es el equivalente al 40% del valor bruto facturado en forma mensualizada; razón por la cual, en aplicación del principio de analogía, que halla su justificación en el principio de igualdad, y según el cual, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual, dicho porcentaje debe hacerse extensivo a los contratos de vigencia determinada".

DEMANDA

La actora explica las razones en que se fundamenta la pretensión de nulidad, así:

La seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable de todas las personas, que puede ser prestado directamente por el Estado o los particulares, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección y control del Estado.

El derecho a la seguridad social se sitúa entre los derechos sociales, económicos y culturales, que es calificado por la Constitución Política como de la segunda generación y tiene un contenido material de tal naturaleza que no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que requiere una reglamentación para que sea suministrado, dentro del Sistema General de Seguridad Social, como lo ha precisado la Corte Constitucional<sup>1</sup>.

También ha dicho la Corte que los aportes a Salud y a Pensión, tienen el carácter de recursos parafiscales<sup>2</sup>.

El Gobierno Nacional al determinar en los actos acusados el monto de los aportes en salud y en pensión y la base de cotización sobre el valor bruto del contrato de las personas que se vinculan al Estado mediante contratos administrativos, se abrogó una competencia que solamente le corresponde al legislador, lo que hace que los actos sean violatorios de los artículos 48, 49 y 338 de la Constitución Política.

Los actos demandados son violatorios del derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, teniendo en cuenta tratándose de trabajadores dependientes vinculados al Estado, el trabajador solamente aporta el 4% del salario en pensión y el patrono aporta el 8% y en salud el trabajador aporta el 3.75% y el patrón concurre con el 11.25% y no se incluyen los factores prestacionales; mientras que las personas que se vinculan al Estado mediante contratos administrativos, les corresponde asumir totalmente el pago del aporte sobre el 40% del valor bruto del contrato, en pensión y en salud. Además no se mencionan en el inciso primero del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, todos los contratos que enuncia la Ley 80 de 1993 y que realiza la Administración para el cumplimiento de sus fines estatales.

El aparte demandado de la Circular Conjunta 00001 de 6 de diciembre de 2004 trata de aplicar el derecho a la igualdad, a través de la analogía, sin tener en cuenta que se trata de situaciones jurídicas distintas, pues en los contratos que se celebran con el Estado el plazo siempre es determinado y el contratista actúa con autonomía mientras que los contratos a término indefinido son los que celebran los trabajadores oficiales, en donde el contratista y el patrono concurren en el pago del aporte en pensión y en salud; a diferencia de los contratos en donde el contratista asume totalmente el pago del aporte. Entonces es una manera de burlar la sentencia del Consejo de Estado de 19 de agosto de 2004, Exp.13707 M.P. Ligia López Díaz.

También incurren los actos demandados en violación del artículo 7 de la Ley 797 de 2003, según el cual, durante la vigencia del contrato deberán efectuarse las cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, empleadores y contratistas, con base en el salario o ingreso por la prestación del servicio, dado que en esta disposición el legislador no fijó la base de la cotización ni el monto de los aportes al sistema general de pensiones de las personas que se vinculan mediante contrato de prestación de servicios, como lo hizo el Gobierno Nacional a través de los decretos acusados.

#### TRÁMITE PROCESAL

Mediante Auto de 19 de mayo de 2005 se admitió la demanda y se negó la medida de suspensión provisional solicitada.

Con oficio de 22 de junio de 2005 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió los antecedentes administrativos del Decreto 1703 de 2002.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó escrito de oposición a las pretensiones de la demanda, y al efecto expuso:

Sobre el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 ya existe pronunciamiento por parte de la jurisdicción, dado que mediante sentencia de 19 de agosto de 2004, Exp. 13707 M.P. Ligia López Díaz, se negaron las súplicas de la demanda de nulidad contra los incisos primero, cuarto y sexto del mencionado artículo, decisión que tiene efectos de cosa juzgada, por lo que debe estarse a lo resuelto en la citada sentencia.

De igual forma el aparte demandado de la Circular Conjunta 00001 de 2004, guarda exacta correspondencia con el citado artículo 23, al hacer expresa alusión a la sentencia mencionada, por lo que se solicita mantener su legalidad en lo referente al ingreso base de cotización de los contratistas.

Sobre la violaciones denunciadas se advierte que de conformidad con lo previsto en los artículos 154 y 271 de la Ley 100 de 1993 y 99 de la Ley 633 de 2000, el Gobierno Nacional está facultado para emitir las normas acusadas, con las cuales se pretende establecer reglas para controlar y promover la afiliación y pago de los aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El artículo 3 del Decreto 510 de 2003 hace referencia a los límites de la base de cotización en el Sistema General de Pensiones, el cual guarda exacta correspondencia con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1054 de 2004, por lo que no pueden ser de recibo los argumentos de la demandante.

Si bien se contempla en las normas demandadas un tratamiento diferente en cuanto a las cotizaciones en contratación laboral y no laboral, ello obedece a que los aportes que se efectúan en uno y otro sistema consultan la capacidad económica de los aportantes, luego la diferencia a que alude el accionante no implica violación al derecho de igualdad.

El Ministerio de la Protección Social estimó infundados los cargos de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 prevé que todo colombiano participará en el Servicio Esencial de Salud establecido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y según el artículo 26 del Decreto 806 de 1998, serán afiliados como cotizantes, los trabajadores independientes que no tengan vínculo contractual ni reglamentario con algún empleador; que es precisamente a los que se refiere el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002.

El artículo 1 del Decreto 510 de 2003 establece que de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, las personas naturales que prestan servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, deberán estar afiliados al Sistema General de Pensiones.

El artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que modifica el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, al determinar que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios se estará en la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones, modificó tácitamente el artículo 114 del Decreto Ley 2150 de 1995, en consecuencia, independiente de la duración del contrato, el contratista siempre estará en la obligación de cotizar al sistema general de pensiones.

La Circular Conjunta 00001 de 2004 acogió los pronunciamientos del Consejo de Estado contenidos en las sentencias de 19 de agosto de 2004, de cuyo análisis se desprende, "particularmente del expediente 2002-0175", que los efectos de dicha decisión no afectaron la Ley 797 de 2003, y por tal razón se tiene que de conformidad con el artículo 4 de la misma ley, durante la vigencia del contrato de prestación de servicios, las cotizaciones obligatorias al sistema general de pensiones, por parte de los contratistas, se hará con base en los ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

La realización material y efectiva del derecho prestacional en el ámbito de un Estado Social de Derecho, no sólo puede tener como soporte el sistema normativo integrado por los artículos 11, 48, 49 y 366 de la Constitución Política, sino un conjunto de normas que contribuyan con dicho cometido, por lo que se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos y otros actos administrativos, no están para restringir el derecho, sino para desarrollarlo, orientado hacia su optimización, tal como lo disponen los actos acusados. Al respecto es pertinente lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-560 de 1996.

#### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La accionante reitera los fundamentos de la demanda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público señala que la relación existente entre los trabajadores oficiales y su empleador es diferente a la que surge entre el contratante y el contratista, pues mientras en la primera existe un nombramiento y la persona se encuentra vinculada a la nomina de la entidad; en la segunda no surge un vínculo laboral, razón por la cual el contratante no tiene obligación de concurrir con el pago de los aportes de quienes no son sus trabajadores.

Advierte que el derecho a la seguridad social requiere del conjunto de la reglamentación de la cual hacen parte las normas objeto de la presente acción y se remite a lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-064 de 2005, para resaltar que la igualdad en la base de cotización en el sistema general de pensiones y en el General de Seguridad Social en Salud, es necesaria para preservar el orden actual y evitar la evasión o elusión.

El Ministerio de la Protección Social no alegó de conclusión.

#### MINISTERIO PÚBLICO

Rinde concepto en los siguientes términos:

De lo previsto en el inciso primero del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo 2 del mismo artículo, se infiere que el cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es una función asignada al Gobierno Nacional, de conformidad con los límites mínimo y máximo señalados en la misma norma.

Habida consideración que en la mencionada norma se estableció como límite inferior, el salario mínimo legal mensual vigente, se concluye que al determinar el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, la base de "dos salarios mínimos legales mensuales vigentes", lo hizo respetando los límites establecidos en la ley.

No obstante, teniendo en cuenta que sobre una base de cotización no inferior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 19 de agosto de 2004, M.P. Ana Margarita Olaya Forero y declaró nulas las disposiciones que contemplaban dicha base, debe estarse a lo allí resuelto.

De lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 se infiere que para las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, la base de cotización será igual para el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Pensiones.

De lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, se concluye que el Gobierno Nacional actuó con facultades en la reglamentación del salario base de cotización para los servidores públicos, razón por la cual, la pretensión de nulidad del inciso sexto del artículo 23 del Decreto 1703 no debe prosperar.

Con relación al trato discriminatorio entre trabajadores dependientes e independientes, en lo atinente al pago de los aportes a los referidos sistemas, se advierte que el trato diferente conferido a esos dos grupos de trabajadores ha sido reconocido como legítimo por la Corte Constitucional en las sentencias C-714 de 1998 y C-757 de 2002, entre otras.

En cuanto a la Circular Conjunta 00001 de 2004, se observa que la extensión de la base de cotización por analogía, a los contratos de vigencia determinada, a que se refiere la circular, está acorde con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SC-037 de 2000, según la cual la

analogía no procede cuando la disposición que se pretende extender contiene una excepción a la norma general, caso que no ocurre en el presente asunto.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde decidir sobre la legalidad de las siguientes disposiciones:

- Del Decreto 1703 de 2003, artículo 23:

"En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes" contenida en el inciso 2.

*"En los contratos de vigencia indeterminada, el ingreso base de cotización será el equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor bruto facturado en forma mensualizada"*, corresponde al inciso sexto.

- Del Decreto 510 de 2003, el inciso segundo del artículo 3:

*"La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud."*

- De la Circular Conjunta 00001 de 2004, el siguiente aparte:

"Ingreso Base de Cotización de los Contratistas. En segundo término, debe señalarse que al efectuar el examen de legalidad, el Honorable Consejo de Estado mantuvo la vigencia final del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por lo que en los contratos de vigencia indeterminada, el ingreso base de cotización es el equivalente al 40% del valor bruto facturado en forma mensualizada; razón por la cual, en aplicación del principio de analogía, que halla su justificación en el principio de igualdad, y según el cual, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual, dicho porcentaje debe hacerse extensivo a los contratos de vigencia determinada".

La Sala decide en primer término, sobre la excepción de cosa juzgada que plantea el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, con base en la decisión contenida en la sentencia de 9 de agosto de 2004, Exp. 13707 M.P. Ligia López Díaz, que decidió sobre la acción de nulidad contra el mencionado artículo.

Mediante la citada sentencia, se hicieron las siguientes declaraciones:

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

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

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

Como se observa, la expresión *"En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes"*, sobre la cual recae la acusación en el presente proceso, no fue objeto de la acción de nulidad en el proceso 13707, en consecuencia, respecto de tal disposición procede la acción de nulidad de que trata este proceso, pues es claro que no se configura respecto de ella el fenómeno jurídico de la cosa juzgada que consagra el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto al inciso sexto del mismo artículo 23, si bien, como se observa, en la sentencia proferida en el proceso 13707 se negaron las súplicas de la demanda. Tal decisión no fue el resultado de un análisis sobre su legalidad, pues respecto de esta disposición, el accionante no formuló en aquélla oportunidad cargo alguno. Es así como se advirtió en la parte considerativa de la misma providencia: *"En relación con el último inciso del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, norma que también fue objeto de la demanda, el actor no presentó cargo alguno"*.

Así las cosas, es procedente la acción de nulidad en el proceso que ocupa ahora la atención de la Sala, en cuanto recae sobre el inciso sexto del mencionado artículo 23.

Respecto de la Circular Conjunta 00001 de 2004 se advierte que ésta no fue objeto de acusación en el proceso 13707, por lo que independientemente de que haya sido motivada por la decisión contenida en la sentencia de 19 de agosto de 2004, no cabe argumentar la cosa juzgada como impedimento para un pronunciamiento sobre su legalidad en el presente proceso.

Procede entonces la Sala a decidir sobre la legalidad de las disposiciones que son ahora objeto de la demanda.

Primer Cargo *¿ Incompetencia*

Sostiene el accionante que el Gobierno Nacional no tiene competencia para regular los aportes en salud y en pensión, en lo concerniente al ingreso base de cotización para las personas que se vinculan al Estado o empresas particulares, mediante contrato de servicios.

En lo relacionado con la facultad para definir la base de cotización de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tratándose

de trabajadores independientes, dispone el parágrafo 2 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993:

"Para efectos del cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso como base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Asimismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos".

Se infiere del texto de la norma transcrita que el cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes es una facultad expresamente asignada por el legislador al Gobierno Nacional, por lo que en ejercicio de dicha facultad y de la reglamentaria que le otorga el artículo 189 [11] de la Constitución Política, es su función regular lo relacionado con el tema, atendiendo para el efecto los límites fijados en la ley, mediante la adopción de un sistema de presunciones que consulte la real capacidad contributiva del trabajador.

Así las cosas debe reconocerse que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1703 de 1993, y regular en su artículo 23 lo concerniente a la base de cotización en la contratación no laboral, actuó en ejercicio de las facultades otorgadas por la Constitución y la Ley.

En cuanto a la base de cotización al Sistema General de Pensiones, tratándose de trabajadores vinculados por contrato de servicios, la Ley 797 de 2003 "*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 1000 de 1993 ...*", en su artículo 4, dispuso:

"El artículo 1726 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen"<sup>3</sup>.

Por su parte el artículo 5, de la misma ley, que modificó el inciso 4 y parágrafo del artículo 1829 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con la base de cotización para los contratistas, expresó:

"Artículo 18. Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

(...)

PARÁGRAFO 1o. En aquéllos 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 éstas 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*<sup>4</sup>.

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"<sup>5</sup>.

Como se observa, la base de cotización al sistema de pensiones, tratándose de trabajadores vinculados por contrato de servicios fue definida directamente por el legislador, luego el Gobierno Nacional puede en ejercicio de su facultad reglamentaria (art.189 [11] C.P.), expedir los actos que permitan el desarrollo de la ley, siempre que al hacerlo no restrinja o exceda los límites previstos por el legislador en las disposiciones transcritas.

Es así como el Decreto 510 de 2003, por medio del cual se reglamentan parcialmente las disposiciones de la Ley 797 de 2003, relativas al Sistema General de Pensiones, objeto de la demanda, es expedido por el Gobierno Nacional invocando las facultades reglamentarias que al Presidente de La República confiere el artículo 189 [11] de la Constitución Política, y en consecuencia, en cuanto se refiere en su artículo 3, inciso segundo, a la base mínima de cotización para pensión, sin hacer diferencia sobre la clase de trabajador aportante -contratista o asalariado- debe entenderse expedido en ejercicio de sus facultades constitucionales. Cosa distinta es que se llegara a demostrar que con tal regulación se está contrariando la ley reglamentada.

Conforme a lo expuesto, no encuentra la Sala configurado el cargo que se fundamenta en la falta de competencia del Gobierno Nacional, para regular lo concerniente a la base gravable de cotización en pensión y en salud, para trabajadores vinculados por contrato de servicios.

Segundo Cargo -*Violación del derecho a la igualdad*

En concepto de la actora, incurren los actos acusados en violación del derecho a la igualdad, porque mientras los trabajadores vinculados al Estado aportan sobre el salario y el empleador contribuye con los aportes, los contratistas deben asumir totalmente el pago de los aportes a salud y pensión, sobre el 40% del valor bruto del contrato. Agrega que la base de cotización para los contratistas es el ingreso por la prestación del servicio durante el término de vigencia del contrato, que siempre es determinado, y no el 40% del valor bruto facturado en forma mensualizada, porque los únicos contratos de término indefinido son los que celebran los trabajadores oficiales.

Tal como quedó expuesto el legislador fijó en un "salario mínimo legal mensual vigente", la base mínima de cotización para trabajadores dependientes e independientes (parg.1 inciso, art. 18 Ley 797/2003) y la ley facultó al Gobierno Nacional para adoptar un sistema de presunciones que permitiera fijar en cada caso la base mínima de cotización en salud, tratándose de trabajadores vinculados por contrato de

servicios, (Parg. 2, art. 204 Ley 100/93). Por su parte las disposiciones contenidas en los actos acusados, señalan como base mínima de cotización en contratación no laboral "*dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*" y en contratos de servicios de vigencia determinada, "*el equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor bruto facturado en forma mensualizada*".

Es evidente entonces que en virtud en la disposición prevista en el artículo 23, inciso 2 del Decreto 1707 de 2003, se establece un trato discriminatorio en relación con la base mínima de cotización en salud para los trabajadores vinculados por contrato de servicios, respecto de los trabajadores dependientes, que no fue consagrada por el legislador, pues mientras la ley señala para todos los trabajadores, cualquiera sea la forma de vinculación, como base mínima de cotización un "*salario mínimo legal mensual vigente*", el reglamento acusado la fija en "*dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*", pero sólo para trabajadores contratistas, sin que exista una justificación razonable para tal discriminación.

En efecto, si bien la base mínima de cotización se fija por el legislador teniendo en cuenta los factores que permitan garantizar el equilibrio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo en cuenta los costos y beneficios otorgados a sus beneficiarios, frente a los recursos posibles de obtener por cotización, que es su fuente de financiación, debe entenderse que la desigualdad existente entre los trabajadores vinculados con contrato laboral y los vinculados por contrato de servicios, impone dar un tratamiento razonable tratándose de determinar el monto mínimo del aporte.

Es precisamente por ello que respecto de la base de cotización para trabajadores independientes y contratistas, el parágrafo 2 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, facultó al Gobierno Nacional para adoptar un sistema de presunciones, que consulte factores como el nivel de educación, experiencia, laboral entre otros, que permita calcular la base de los aportes en condiciones de equidad, pero no puede presumirse, como lo hace el reglamento, que por tratarse de trabajadores vinculados por contratos de servicios, su remuneración siempre será de dos salarios mínimos legales mensuales.

En síntesis, el establecimiento de las cotizaciones en contratación no laboral, sobre una base no inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mediante el Decreto 1707 de 2002, artículo 23 inciso 2, desconoce la base mínima legal prevista por el legislador y no corresponde a la adopción del sistema de presunción de ingresos como medio de cálculo de la base de cotización prevista en el parágrafo 2 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, por lo que la Sala habrá de declarar su nulidad.

Al respecto es pertinente lo expresado por la Sección Segunda de la Corporación en la sentencia de 19 de agosto de 2004, Exp. 3403-02 M.P. Ana Margarita Olaya Forero, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 126 del Decreto 806 de 1998, inciso final del artículo 25 del Decreto 1406 de 1999, del numeral 3.1.1. de la Circular Externa 087 de 1999 de la Superintendencia Nacional de Salud y de la Resolución 0009 de 1996 de la misma Superintendencia, en cuanto fijaban como base mínima de cotización para los trabajadores independientes, "*dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*". Es así como se expresó en la citada sentencia:

El juicio pues de igualdad que se hace en las disposiciones acusadas obliga prodigar un trato igual a los trabajadores dependientes e independientes, en lo que corresponde con el ingreso base de cotización para el sistema de salud, ya que no es posible que ante estas situaciones, se prediquen consecuencias jurídicas diferentes, como quiera que no hay razones objetivas y mas bien sí arbitrarias, para establecer regímenes diferentes. Aplicando de esa manera lo que ha denominado la doctrina y la jurisprudencia, el "test de razonabilidad", sólo puede llegarse a la conclusión de que el trato desigual entre uno y otros trabajadores es injustificado y desproporcionado. Amén de que es discriminatorio con los trabajadores independientes que devengan un salario mínimo, pues éstos son excluidos, sin más, del sistema de seguridad social en salud, lo que lleva de contera a que se conculquen los principios de universalidad e integralidad que inspiran como principios básicos el sistema de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993, principios que tienen una consagración normativa, como se observa de las normas transcritas al inicio de estas consideraciones.

(...)

"Se declarará entonces la nulidad de las expresiones acusadas, por ser violatorias del principio de igualdad, infracción que lleva, de contera, a desconocer claros mandatos de la Ley 100 de 1993, como se dijo en párrafos antecedentes, pues no obstante que las citadas disposiciones se encuentran hoy derogadas tácitamente por la precitada Ley 797, estuvieron vigentes y esta jurisdicción debe pronunciarse sobre la legalidad, pues sólo así se logra el propósito de mantener el orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, la que se recobra no con la derogatoria de la norma, sino con el pronunciamiento definitivo del juez contencioso administrativo".

En cuanto a la disposición prevista en el inciso sexto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, según la cual "*En los contratos de vigencia indeterminada, el ingreso base de cotización será el equivalente al cuarenta por ciento (40% del valor bruto facturado en forma mensualizada)*", la inconformidad del accionante radica que dicho porcentaje sólo sería aplicable a los contratos de término indefinido que son los que celebran los empleados oficiales, donde el contratante concurre con el aporte en pensión y en salud.

Por lo anterior, considera que la Circular Conjunta 00001 de 2004, al decir que el ingreso base de cotización es el equivalente al 40% del "valor bruto" facturado en forma mensualizada, tanto para los contratos de vigencia indeterminada como los de vigencia determinada, está desconociendo los efectos de la sentencia proferida en el proceso 13707, que declaró la nulidad del inciso quinto del artículo 23 del Decreto 1703 de 2003, que definía el concepto de "valor bruto".

En los artículos 4 y 5 de la Ley 797 de 2003, se estableció la obligatoriedad de cotizar al Sistema General de Pensiones para quienes laboren bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y en cuanto a la base de cotización se determinó que las cotizaciones serían efectuadas en forma proporcional al ingreso devengado por la prestación del servicio.

Las diferencias entre los contratos de servicios a término indefinido y los contratos a término definido, relativas a las cargas que deben soportar los empleados oficiales vinculados por contrato y los contratistas, según el accionante, no pueden ser equiparables para efectos de establecer la base de cotización. Sin embargo, para la Sala, tal diferenciación no permite configurar por sí misma violación del derecho a la igualdad, por cuanto esas diferencias no excluyen que todos los trabajadores tengan el deber de cotizar para asegurar la universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social.

No obstante, en cuanto al reparo a los ingresos base de cotización, se observa que las mencionadas normas, (arts. 4 y 5 L.377/03), no dicen que la base de cotización se calcula sobre el 40% del valor bruto mensualizado del contrato, sólo que será proporcional a los ingresos devengados, lo cual implica que tal definición debe ser objeto de reglamentación, pues si la ley no define con exactitud los ingresos que sirven de base para la cotización, resulta válido que sea a través del reglamento que se haga tal definición, respetando los límites legales.

Ahora bien, si tal como se indica en el reglamento acusado, los ingresos que sirven de base para la cotización en contratación no laboral, equivale al 40% de los ingresos brutos mensuales recibidos en virtud del contrato de servicios, esto es, descontados los conceptos deducibles, como la retención efectuada a título de impuesto de renta, no encuentra la Sala comprensible el cargo por supuesta violación al derecho de igualdad, en la forma propuesta por el accionante, pues mientras los trabajadores oficiales vinculados, por contrato a término indefinido, cotizan sobre el 100% del salario descontando los factores salariales deducibles, los contratistas lo hacen sobre el 40% del ingreso mensual.

En síntesis, la Sala concluye que no viola el derecho a la igualdad el hecho de que la cotización tenga como base el 40% del ingreso realmente devengado por el contratista, pues se entiende que es el mismo "valor bruto facturado en forma mensualizada", como se dice en el inciso sexto del artículo 23 del Decreto 1707 de 2003 y se reitera en la Circular Externa 00001 de 2004, pues tal definición está relacionada con su capacidad de pago, elemento relevante para determinar el monto del aporte.

En relación con la acusación a la disposición contenida en el inciso 2 del artículo 3 del Decreto 510 de 2003, si bien no expone el accionante una argumentación clara que permita deducir las razones que llevarían a declarar su nulidad, la Sala advierte que tal disposición corresponde al desarrollo del precepto legal contenido en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, que reza: "*Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base*". Proposición jurídica que como se observa, contiene un mandato específico referente a la base de las cotizaciones en el sistema de salud, la que según lo allí dispuesto, debe ser la misma que la prevista para el sistema de pensiones.

Sobre el alcance de la mencionada disposición, la Corte Constitucional al decidir sobre su exequibilidad precisó:

"La enmienda al artículo 18 de la Ley 100 de 1993 consistió entonces, entre otras, en adicionarle un Parágrafo 1º, para consagrar lo atinente a las cotizaciones de los afiliados que perciben salario e ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, dado que la norma anterior solo regulaba lo atinente a las cotizaciones cuando se percibía salario de dos o más empleadores. La adición consistió, en indicar que en este caso, las cotizaciones serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de la ley sin exceder el tope legal. Igualmente se determinó, que para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base, segmento normativo que estima el actor contrario a la Constitución".

Como se ha visto, el inciso primero del párrafo en cuestión reformó y adicionó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de disponer que la base de cotización al sistema de pensiones de aquellas personas que tienen ingresos de diferentes fuentes, es decir, como asalariados y como trabajadores independientes, equivale a la sumatoria de los aportes proporcionales, siempre y cuando coticen al sistema de salud sobre la misma base. Esto significa que si dichos trabajadores no cotizan al sistema de salud sobre la misma base que cotizan al sistema de pensiones, no podrán proceder a la citada acumulación de aportes para efectos de determinar la base de liquidación de su mesada pensional.

En este orden de ideas, la medida contenida en el segmento acusado está orientada a condicionar la posibilidad de la acumulación de cotizaciones para fijar la base pensional de los afiliados que ostentan la doble condición de asalariados y trabajadores independientes, a la necesidad de que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base, a fin *de evitar conductas indebidas*, tal y como así se dejó expresado en la exposición de motivos del proyecto de ley que culminó en la 797 de 2003.

"...la exigencia de cotizar al sistema de seguridad social en salud sobre la misma base que se cotiza para el sistema general de pensiones, a fin de que los afiliados que durante un mismo período ostentan la doble condición de asalariados y trabajadores independientes, puedan acumular las cotizaciones de los dos ingresos de distinta fuente, constituye además un mecanismo de control a la evasión de los aportes debidos al sistema de seguridad social en salud, puesto que impide que dichos afiliados coticen sobre una base superior para el sistema de pensiones y sobre una base inferior o mínima a la seguridad social en salud, con lo cual se preserva la integridad y sostenibilidad de todo el sistema de seguridad social integral"<sup>6</sup>.

Con base en las consideraciones de la Corte y teniendo en cuenta que no se estructura un cargo concreto de violación contra la disposición reglamentaria contenida en el inciso 2 del artículo 3 del Decreto 510 de 2003, debe concluirse que tal disposición no contradice la finalidad propuesta por el legislador, al establecer la cotización en salud sobre la misma base que cotiza en pensión.

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

F A L L A:

DECLÁRASE la nulidad de la expresión "*En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*", contenida en el inciso 2 del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 , expedido por el Gobierno Nacional.

NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Cúmplase.

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

Héctor J. Romero Díaz  
Presidente  
María Inés Ortiz Barbosa

Ligia López Díaz  
Juan Ángel Palacio Hincapié  
Raúl Giraldo Londoño  
Secretario

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Sentencias C-130 de 200, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-542 de 1998 y C-111 de 1997

2 Sentencia C-1089 de 2003 M.P. Álvaro Tafur

3 Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-760 de 2004.

4 El aparte en cursiva fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-064 de 2005.

5 Lo subrayado de la norma fue declarado exequible mediante sentencia C-967 de 2003.

6 Sentencia C- 064 de 2005

---

*Fecha y hora de creación: 2026-05-21 00:36:35*