

CONCEPTO DE VIOLACION – No tiene modelo estricto de norma jurídica / SUBSANACION DE LA DEMANDA – Ausencia total del concepto de violación / CONCEPTO DE VIOLACION – Invocación normativa y la sustentación de los cargos

Sea la oportunidad para manifestar, que a juicio de la Sala, la exigencia procesal contemplada en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., se satisface cuando en el libelo demandatorio se consigne la invocación normativa y la sustentación de los cargos. Naturalmente, la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que se evidencie de forma manifiesta la ilegalidad del acto acusado, requiere empeñarse en su elaboración, sin que los resultados del proceso dependan de un modelo estricto de técnica jurídica. Solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, a contrario sensu, se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación en el lapso contemplado en el artículo 143 del C.C.A., aserto que ratifica el carácter formal de la exigencia plasmada en el artículo 137 numeral 4º ibídem.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 137 NUMERAL 4 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 143

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA – Suprema autoridad administrativa del estado / POTESTAD REGLAMENTARIA – Competencia / FACULTAD REGLAMENTARIA – No existe vulneración

En la Constitución Política de 1991 se dispuso claramente que fuera el Congreso de la República el órgano encargado de interpretar, reformar y derogar las Leyes. Sin embargo, desarrollando el postulado de la colaboración armónica de los órganos del Estado (Art. 113 C.P.), reconoció el mismo constituyente que dada la generalidad que usualmente caracteriza a las Leyes, fuera el Presidente de la República la autoridad que, en principio, se encargara de reglamentar o de llenar de contenido las disposiciones legislativas, para lo cual le reconoció, en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa del Estado, la Potestad Reglamentaria, así concebida en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, al precisar que a él le compete “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. De lo anterior se puede advertir que el constituyente, si bien encargó de reglamentar las leyes al Presidente de la República, ello lo realizó con un claro cometido, el cual no fue otro que se materializara lo ordenado por el legislador, de tal suerte, que su desarrollo mediante la Potestad Reglamentaria, no sólo debe llenar de detalles y precisión lo dispuesto por el legislador, sino que también, se debe hacer sin invadir las competencias del

legislativo, pues es finalmente en quien reside la soberanía legislativa. Obsérvese como el legislador otorgó plenas facultades al Presidente de la República para regular, entre otros, aspectos tan relevantes como el que ahora nos ocupa; motivo por el cual, se puede concluir que no existe vulneración o exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria de que estaba investido el Gobierno Nacional para definir los periodos de pago y afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de los trabajadores independientes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11

DERECHO A LA SALUD – Derecho social / PERIODOS MINIMOS DE PAGO Y AFILIACION – Decreto reglamentario / DECRETO REGLAMENTARIO – Fija el periodo mínimo de pago y afiliación / DECRETO REGLAMENTARIO – No constituye alteración o modificación al sistema de seguridad social en salud / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Pasó de cobertura individual a familiar / TRABAJADOR INDEPENDIENTE – Beneficios

Es pertinente indicar que el derecho a la salud es un derecho social que por conexidad con otros derechos, como a la vida, a la integridad personal y a la dignidad puede contener una connotación de fundamental, la cual se concreta con la atención médica adecuada en las contingencias que en materia de salud puedan presentarse en un paciente. El Estado en uso de su facultades establecidas en los artículos 48, 49 y 365 de la Carta Política, se le permiten diseñar reglas con miras a la organización, dirección, control y vigilancia del Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte, que la reglamentación efectuada por el Gobierno, a través del acto acusado, no constituye una alteración o modificación a dicho sistema, ya que lo único que pretendió fue reglamentar los periodos mínimos de pago y afiliación. En efecto, para la Sala, al revisar la norma acusada, conforme a los argumentos propuestos por el demandante, encuentra que al reglamentar los periodos mínimos de pago y afiliación al Sistema de Seguridad Social, no se vulnera o excede en el ejercicio de la facultad reglamentaria de la que está investido el Gobierno Nacional, porque éste último puede definir las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes pretendan afiliarse en las diferentes formas en que se presta el servicio de seguridad social; en suma, el Gobierno, con el fin de lograr la cumplida ejecución de la ley, conforme a los artículos 48 y 189, numeral 11, de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, podía expedir la norma acusada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D. C., siete (7) de diciembre de dos mil once (2011).

REF: EXPEDIENTE No. 11001-03-24-000-2009-00354-00(2069-09)

ACTOR: JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO

**Demandado: GOBIERNO NACIONAL - MINISTRO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO - MINISTRO DE SALUD**

AUTORIDADES NACIONALES-

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad**, formulada por Jairo José Arenas Romero contra el Artículo 5º del Decreto No. 2400 del 25 de octubre de 2002, modificadorio del artículo 22 del Decreto No. 1703 del 2 de agosto de 2002 expedido por el Gobierno Nacional.

LA DEMANDA

JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó que se declare la nulidad parcial del siguiente acto:

- Artículo 5º del Decreto No. 2400 del 25 de octubre de 2002, expedido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Salud, por el cual se

modifica el artículo 22 del Decreto No. 1703 del 2 de agosto de 2002, que adopta medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Sustentó su pretensión con apoyo de los siguientes argumentos:

La Constitución Política ha consagrado como garantía fundamental, el acceso al servicio de salud, en ese sentido afirmó, que según este principio constitucional, resulta contrario el postulado que emitió el Gobierno, por cuanto el llamado a asegurar la prestación de este servicio es el mismo Estado, por ende, no se puede restringir el propósito que inspiró la Carta Magna.

Ahora bien, sostuvo, que los trabajadores independientes son considerados como población vulnerable, ya que se les exige indebidamente que en el acto de afiliación paguen como mínimo 30 días de cotización y no en proporción a los días que restan para finalizar el mes en que se produce la vinculación a una entidad.

En desarrollo de lo anterior, indicó, que al frenar el acceso de los trabajadores independientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no solo se quebrantan los derechos individuales de estas personas, sino que dicha situación de inequidad se extiende a todo su grupo familiar, que se ve limitado en su acceso a los servicios de salud.

Señaló en igual forma, que la norma impugnada modificó una medida contenida en el artículo 36 del Decreto 1406 de 1999, la cual permitía el pago proporcional, de acuerdo al periodo en que se realizó la afiliación.

Es más, si se exigiera el cobro completo del mes, al iniciar el periodo siguiente, el aportante resultaría pagando nuevamente su cotización, lo que implica una doble erogación por el mismo concepto.

Además, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para efectos del recaudo, estableció las fechas límites dentro de cada mes para recibir el pago de los aportes, ello conduce a que el aportante entienda que el pago es por el mes de la afiliación, y sin proponérselo, incurra en mora frente al sistema.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 13, 48, 49 y 121.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 9º, 156,172, 177,178 y 218.

De la Ley 1122 de 2007, el artículo 14.

El Decreto No. 519 de 2003.

El actor consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, por las siguientes razones:

Argumentó, que con la expedición del Decreto No. 2400 de 2002, se desconoció el ordenamiento jurídico en salud, pues se impuso a los trabajadores independientes condiciones gravosas que impiden la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando significativamente la viabilidad y el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social.

Consideró, que es necesaria la declaratoria de nulidad de la norma en cuestión, ya que para el *“momento de la afiliación de los trabajadores independientes y su núcleo familiar se les permita el pago proporcional de los días por venir, dentro del mes en el cual se pretenda la afiliación y de igual forma se le indique que por tratarse de una proporcionalidad, debe pagar al iniciar el mes siguiente de acuerdo con los plazos establecidos por la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA).”*

Así mismo, en caso de declarar la nulidad de la norma acusada, no sólo se generaría igualdad entre los tipos de aportantes, sino que se protegerían así, los derechos de este tipo de trabajadores quienes por carecer de vinculación laboral se ven afectados para acceder a la atención en salud como derecho esencial de todo ciudadano.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (folios 67 a 75):

Solicitó, que se declare la ineptitud de la demanda, en tanto los argumentos esgrimidos por la parte demandante no exponen, ni siquiera de la manera más elemental, como la norma acusada transgrede las normas señaladas cómo infringidas. Es más, los argumentos del actor, se centran en afirmaciones generales, que si bien no requieren de alguna acreditación, éstas no dejan de ser especulativas.

En efecto, el libelo introductorio contiene ideas confusas, interpretaciones y juicios puramente personales, que supuestamente llevan a presumir, la inestabilidad económica y la condición de grupo vulnerable de todos los trabajadores independientes, en contraste con los trabajadores dependientes que devengan salario y prestaciones sociales. Tal interpretación se opone a la doctrina constitucional que ha determinado el alcance de la expresión trabajador independiente¹.

Aclaró, que la cotización obligatoria en salud es un “*tributo parafiscal*” y no una tasa por la cual recibe un servicio como contraprestación; además, el Sistema General de Seguridad Social en Salud está concebido para que a toda persona se le garantice la continuidad en la cobertura de aseguramiento en salud desde la primera vez que ingresa como afiliado, ya sea en calidad de cotizante o de beneficiario del grupo familiar del cotizante, en el régimen contributivo ó como beneficiario de subsidios plenos o parciales en el Régimen Subsidiado.

¹ Sentencia C-578 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

La consecuencia inmediata de la naturaleza jurídica de la cotización obligatoria en salud, es que su pago no puede condicionarse a que se reciba de manera individual y efectiva la cobertura de aseguramiento en salud, porque violentaría precisamente su naturaleza, el cual es la de un título parafiscal fruto de la soberanía fiscal del Estado y no la de una tasa a cambio de la cual se recibe una contraprestación.

En lo que se refiere a la capacidad de pago, concluyó, que corresponde estudiarla objetivamente en cada caso particular, con el fin de determinar su grado de vulnerabilidad, ya que lo puede llevar a habilitarlo como elegible dentro del sistema de subsidios plenos o parciales; ahora si por el contrario, posee de dicha disponibilidad de pago, estará obligada a cotizar en las condiciones en que el Gobierno dictamine.

Respecto de la vulnerabilidad de los integrantes del grupo familiar de los trabajadores independientes, agregó, que aunque deben tenerse presente los derechos de los niños y niñas frente a la de los demás, así como la protección especial de los adultos mayores por parte del Estado, lo cierto es que, existen otros programas que amparan a este tipo de personas.

Por último, afirmó, que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es un conjunto de principios, reglas y prácticas cuyo propósito es que las personas con capacidad de pago,

independientes económicamente o dependientes, contribuyan a la financiación del Sistema como un todo, mediante el pago de una cotización obligatoria que no constituye una tasa a cambio de la cual reciben en contraprestación un servicio en salud. Dicho sistema también prevé que existe una parte de la población, que por su falta de capacidad económica no puede contribuir a la financiación, y que ella debe ser beneficiaria de un esquema de subsidios plenos o parciales, de tal manera que las situaciones en las cuales las personas pierdan temporalmente su capacidad de pago, se les garantice la continuidad de la cobertura del aseguramiento mediante su movilidad dentro de los regímenes contributivo y subsidiado.

- A su vez, el Ministerio de la Protección Social, en respuesta a las pretensiones de la demanda incoada, en su oposición, planteó las siguientes razones en su defensa (folios 86 a 93):

Consideró, que el actor se limitó a relacionar las normas que considera violadas, sin realizar una argumentación acuciosa de las disposiciones que alega vulneran la norma acusada.

Ahora bien, no es de recibo, que el artículo 5º del Decreto No. 2400 de 2002, esté vulnerando las disposiciones que cita el demandante, pues la norma acusada está reglamentando la afiliación del trabajador independiente como ordena la ley.

Luego, realizó un recuento de la normatividad que se ha ocupado del Sistema de Salud, para llegar a la conclusión, que los trabajadores independientes están obligados a afiliarse tanto al Sistema General de Pensiones, como al Sistema General de Seguridad Social en Salud y deberá efectuar aportes mensuales sobre la misma base de cotización. En ese orden de ideas añadió, que si un trabajador labora sólo algunos días al mes, los aportes a la seguridad social de ese trabajador deben ser efectuados por el mes completo y, en el evento de que el ingreso del trabajador sea inferior a un salario mínimo, debe completarse de tal forma que no sea menor a dicho valor.

En cuanto a la violación de la Ley 100 de 1993, adujo, que no fue sustentada en debida forma la infracción, pues el actor se limitó a citar las presuntas normas trasgredidas, sin hacer un desarrollo en concreto. Además, el artículo 157 ibídem, prevé las distintas clases de vinculaciones al sistema de salud y relacionó la posición de los trabajadores independientes, es por ello, que no se explica, cómo es que el artículo demandado infringe las normas que trae en defensa el demandante, pues como se dijo, éstas se limitan a reglamentar la afiliación del trabajador independiente.

Reiteró, que los trabajadores independientes están obligados a afiliarse a los Sistemas Generales de Pensión y Salud, así como deben efectuar los aportes mensuales sobre la misma base, por lo que si un trabajador labora sólo algunos días del mes paga el

periodo completo y si gana el salario mínimo, debe completar la cotización prevista para éste.

En lo que se refiere a la infracción al principio constitucional de igualdad, afirma que no hay razón que justifique un trato diferencial en desmedro de los intereses de los trabajadores independientes, sin embargo, señaló, que este principio no es aplicable frente a situaciones de hecho idénticas reguladas en forma diferente, como se explica en la Sentencia C-002 de 1999, por lo que no hay lugar a establecer diferencias entre reglamentaciones de hecho ó situaciones de hecho diversas, pues en el caso de los trabajadores independientes, frente al Sistema de Salud se hace un tratamiento diferente en razón al distinto manejo del riesgo.

Pone de presente que en verdad los trabajadores independientes están recibiendo un trato preferencial, si se tiene en cuenta que ellos y su núcleo familiar comienzan a recibir los servicios, una vez hecha la afiliación al sistema, y por el contrario los trabajadores dependientes, al afiliarse sólo reciben cubrimiento de emergencias y solo transcurrido un mes reciben el servicio completo en salud.

ALEGATOS

En la oportunidad señalada por la ley para la presentación de las consideraciones finales, concurrieron tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como el de la Protección Social, para plantear, en síntesis, los mismos argumentos que sirvieron de

soporte para la réplica hecha a las pretensiones de la demanda (folios 96 a 100 y 014 a 114).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, intervino en el presente asunto, dentro del término legal establecido, con el objeto de solicitar que se deniegue las pretensiones de la demanda, apoyado en los siguientes argumentos (126 a 128):

Consideró, que el hecho de que se encuentre establecido dentro de la Constitución la garantía del acceso a la justicia, ello no significa que las disposiciones reglamentarias puedan contemplar la diversidad de situaciones que presentan aproximar la efectividad de ese derecho a la mayor cobertura posible. En ese sentido, aseguró, que si bien es cierto se puede presentar una fragilidad de los trabajadores independientes, también lo es, que si eso llegara a suceder no es precisamente por la independencia.

Otro de los factores que resaltó, fue el hecho de organizar a dichos trabajadores, pues en su sentir, no es tarea fácil; además, no existe un señalamiento preciso de infracción a las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y de la Constitución Política citadas como infringidas, pues sobre el principio de igualdad, *no se menciona disposición superior alguna que beneficie a los trabajadores dependientes de los independientes, pero si se hace referencia al artículo 36 del Decreto 1406 de 1999, que contenía la posibilidad de cotizaciones proporcionales por el*

periodo correspondiente del mes de la afiliación de los ‘trabajadores independientes’. Pero este es un ordenamiento de jerarquía similar al demandado, así es que no se advierte la posibilidad de infracción sino el caso de la revocatoria, lo que llevaría la discusión a si tenía el ejecutivo reglamentado la potestad para hacerlo o no.”.

Indicó, que reglamentar la forma y condiciones para acceder al Sistema de Salud, como se hace en el ordenamiento acusado, no constituye, de por sí, una violación a normas superiores, pues para que se presentara una infracción, debería presentarse un exceso a lo ordenado por la ley. No obstante, en el presente caso observó, que el cobro de la cotización es para todas y bajo las mismas condiciones.

Para finalizar sostuvo, que el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, estableció que todos los habitantes *“deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio”*; empero, se puede ver, que dicho articulado no realizó distinción alguna, por lo mismo, se le permite a la autoridad competente reglamentar el aporte de la forma más adecuada en aras de cumplir con el ordenamiento.

Agotado el trámite que corresponde a la acción de simple nulidad, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Previo a establecer el problema jurídico que debe ocupar la atención de la Sala, se analizará la excepción propuesta por la parte accionada, pues se relaciona directamente con la procedencia de la acción de nulidad, es decir que en caso de prosperar, impedirá efectuar un pronunciamiento de mérito en esta instancia.

Inepta demanda:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro de sus argumentos de defensa propuso como excepción la inepta demanda por deficiencia del concepto de violación aduciendo, en síntesis, que el demandante solo se limitó a señalar las normas Constitucionales y Legales sin desarrollar o exponer de manera al menos sucinta, el concepto de violación de las citadas normas.

Sin embargo, se evidencia en el caso concreto, que la parte actora se amparó en la Constitución Política y en las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, en aras de obtener la declaratoria de nulidad del artículo 5º del Decreto 2400 de 2002, e indicó, los motivos por los cuales consideraba que el mismo contrariaba el ordenamiento jurídico vigente.

Sea la oportunidad para manifestar, que a juicio de la Sala, la exigencia procesal contemplada en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., se satisface cuando en el libelo demandatorio se consigne la invocación normativa y la sustentación de los cargos.

Naturalmente, la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que se evidencie de forma manifiesta la ilegalidad del acto acusado, requiere empeñarse en su elaboración, sin que los resultados del proceso dependan de un modelo estricto de técnica jurídica.

Solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, a contrario sensu, se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación en el lapso contemplado en el artículo 143 del C.C.A., aserto que ratifica el carácter formal de la exigencia plasmada en el artículo 137 numeral 4º ibídem.

Dicho requisito fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-197 de 1999, con base en los siguientes argumentos:

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

requisitos el legislador desarrollo el deber previsto en el art. 95-7 de la Constitución para que quienes demandan actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contribuyan al buen funcionamiento de la administración de justicia."

A su turno, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de desarrollar la materia, sosteniendo que²:

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

Por lo expuesto, se concluye que el demandante cumplió con la carga procesal que le asistía de precisar las razones por las cuáles debía accederse a la pretensión invocada; cosa distinta es que el aludido concepto de violación sea pertinente y suficiente para declarar la nulidad deprecada, situación que atañe a las consideraciones de la decisión final que deba tomarse dentro de la acción, ámbito en el cual se retomarán los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y de la contestación con el objetivo de verificar la legalidad o ilegalidad del artículo acusado.

En este orden de ideas, la inepta demanda propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no está llamada a

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Mario Alario Méndez, Sentencia de 7 de noviembre de 1995. Radicación No. 1415, Actor: Jorge E. Gutiérrez Mora.

prosperar en la medida en que dicho libelo no adolece del defecto endilgado, el cual hace relación al desarrollo del concepto de violación.

Así las cosas, el problema jurídico que ahora ocupa la atención de la Sala se contrae en determinar si el Artículo 5º del Decreto No. 2400 del 25 de octubre de 2002, modificadorio del artículo 22 del Decreto No. 1703 del 2 de agosto de 2002 expedido por el Gobierno Nacional, infringe normas de orden superior, en cuanto dispuso los períodos mínimos de afiliación y pago de los trabajadores independientes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para tal fin, se abordaran los siguientes aspectos: i) De la norma acusada, y; ii) De los cargos alegados por la parte actora.

a. Del aparte de la norma acusada³.

*“DECRETO NÚMERO 2400 DE 2002
25 de octubre de 2002
Por el cual se modifica el Decreto 1703 de 2002
EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA*

En uso de sus facultades constitucionales legales, en especial las conferidas en el artículo 189 numerales 11 y 20 de la Constitución Política,[...]

DECRETA:

(...)

³ Publicado en el Diario Oficial No. 44.981 de 30 de octubre de 2002.

“Artículo 5º.El artículo 22 del Decreto 1703 de 2002, quedará así:

‘Artículo 22. *Períodos mínimos de afiliación y pago. Modificase el inciso 4 del artículo 36 del Decreto 1406 de 1999 y adiciónase al mismo artículo un inciso final así:*

*El período mínimo de afiliación y pago de un trabajador independiente o de una persona con ingresos diferentes a los originados en una relación laboral o en mesadas pensionales, **es de un mes, igual término se aplica para aquellos miembros adicionales del grupo familiar.***

La novedad de retiro por pérdida de capacidad de pago del trabajador independiente, se hará efectiva vencido el mes por el cual se pague la última cotización.”.

(...)

Dado en Bogotá D.C. a 25 de octubre de 2002.

(...)

ÁLVARO URIBE VÉLEZ.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

(...).

El Ministro de Salud.

(...)” **(Lo subrayado y en negrilla es el aparte que el actor solicitó declarar su nulidad).**

ii) De los cargos alegados por la parte actora.

Observa la Sala, después de analizar la censura del Decreto acusado que realizó el demandante dentro del concepto de violación, así como de la normatividad que estimó violada, que los motivos de inconformidad se reducen a los siguientes cargos:

- a. Competencia del Presidente de la República para expedir el acto acusado.

En la Constitución Política de 1991 se dispuso claramente que fuera el Congreso de la República el órgano encargado de

interpretar, reformar y derogar las Leyes. Sin embargo, desarrollando el postulado de la colaboración armónica de los órganos del Estado (Art. 113 C.P.), reconoció el mismo constituyente que dada la generalidad que usualmente caracteriza a las Leyes, fuera el Presidente de la República la autoridad que, en principio, se encargara de reglamentar o de llenar de contenido las disposiciones legislativas, para lo cual le reconoció, en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa del Estado, la Potestad Reglamentaria, así concebida en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, al precisar que a él le compete “*Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios **para la cumplida ejecución de las leyes***” (Lo resaltado es de la Sala).

De lo anterior se puede advertir que el constituyente, si bien encargó de reglamentar las leyes al Presidente de la República, ello lo realizó con un claro cometido, el cual no fue otro que se materializara lo ordenado por el legislador, de tal suerte, que su desarrollo mediante la Potestad Reglamentaria, no sólo debe llenar de detalles y precisión lo dispuesto por el legislador, sino que también, se debe hacer sin invadir las competencias del legislativo, pues es finalmente en quien reside la soberanía legislativa.

No obstante, en aras a no asaltar dicha competencia, la Corte Constitucional ha sostenido que en los referentes legislativos, objeto de reglamentación, se deben dejar sentados los

parámetros mínimos de la materia a regular, de modo que la Potestad Reglamentaria se ejerza dentro de precisos límites, cerrando la posibilidad a que sea el Presidente de la República quien, so pretexto de ejercer sus competencias constitucionales, termine ocupándose de materias reservadas al legislador.

Así las cosas, el legislador cuando entrega a cualquier órgano del Estado la facultad de reglamentar cierta materia, debe hacerlo con la previa determinación de un contenido normativo mínimo, que desde luego servirá de punto de referencia para que la entidad habilitada expida la reglamentación correspondiente, que permitirá llenar de contenido la materia en cuestión, así como para que esa decisión administrativa pueda ser objeto de un control jurisdiccional efectivo, en caso de que sobre el acto administrativo respectivo se interponga la acción pública de nulidad.

Ahora bien, visto lo anterior, y manteniendo como marco de referencia la Ley 100 de 1993, se puede concluir que el legislador dispuso dentro del artículo 154⁴ *ibídem*, las reglas necesarias en las

⁴ "ARTÍCULO 154. INTERVENCIÓN DEL ESTADO. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 <366, 367, 368, 369> de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley.

b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;

c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;

que Presidente de la República y el Gobierno Nacional pueden intervenir en el tema de la Seguridad Social en Salud; de tal manera que busque el carácter de obligatorio a todos los habitantes del País. Pero si ello no fuera suficiente, para demostrar que el Presidente se encuentra facultado por el legislador para expedir actos como el acusado, dentro del inciso 2º del artículo 271 de la mencionada Ley, se estableció que *“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”*.

Obsérvese como el legislador otorgó plenas facultades al Presidente de la República para regular, entre otros, aspectos tan relevantes como el que ahora nos ocupa; motivo por el cual, se puede concluir que no existe vulneración o exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria de que estaba investido el Gobierno Nacional para definir los periodos de pago y afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de los trabajadores independientes.

d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;

e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;

f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;

g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes;

h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

PARÁGRAFO. Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo”.

b. De la seguridad social.

Alega el actor, que la norma acusada es violatoria de las normas superiores porque *“frena el acceso de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social en Salud”*, y además porque no sólo se quebrantan los derechos individuales, sino que también, se extienden al grupo familiar.

Previo a determinar la posible violación, es pertinente indicar que el derecho a la salud es un derecho social que por conexidad con otros derechos, como a la vida, a la integridad personal y a la dignidad puede contener una connotación de fundamental, la cual se concreta con la atención médica adecuada en las contingencias que en materia de salud puedan presentarse en un paciente.

Ahora bien, tal y como se mencionó en el acápite anterior, el Estado en uso de su facultades establecidas en los artículos 48, 49 y 365 de la Carta Política, se le permiten diseñar reglas con miras a la organización, dirección, control y vigilancia del Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte, que la reglamentación efectuada por el Gobierno, a través del acto acusado, no constituye una alteración o modificación a dicho sistema, ya que lo único que pretendió fue reglamentar los periodos mínimos de pago y afiliación.

En efecto, para la Sala, al revisar la norma acusada, conforme a los argumentos propuestos por el demandante, encuentra que al reglamentar los periodos mínimos de pago y afiliación al Sistema de Seguridad Social, no se vulnera o excede en el ejercicio de la facultad reglamentaria de la que está investido el Gobierno Nacional, porque éste último puede definir las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes pretendan afiliarse en las diferentes formas en que se presta el servicio de seguridad social; en suma, el Gobierno, con el fin de lograr la cumplida ejecución de la ley, conforme a los artículos 48 y 189, numeral 11, de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, podía expedir la norma acusada.

De otro lado, no puede pasar inadvertido, que a partir de la Ley 100 de 1993, se cambió el Sistema de Seguridad Social en Salud, pues pasó de ser de cobertura individual a familiar, de manera entonces, que con una sola persona que se encuentre afiliada se cubre el grupo familiar, pero si son dos o más los afiliados, la cobertura siempre es la misma para el respectivo grupo familiar; además, a partir del artículo 12 del Decreto 783 de 2000 el cual modificó el artículo 10 del Decreto 047 de 2000 se generó una situación diferenciadora respecto de los trabajadores dependientes, ya que mientras que a ellos sólo se les cubre, durante los primeros treinta días a partir de la afiliación, la atención inicial de urgencias, los trabajadores independientes y sus beneficiarios tienen derecho a partir de la fecha de su afiliación y

pago, a los beneficios señalados en el Plan Obligatorio de Salud. Por consiguiente, no se puede creer, como lo pretende el demandante que al grupo familiar se le quebranta sus derechos individuales, ya que finalmente, les es más beneficioso estar cobijados por un trabajador independiente.

Adicionalmente, no se puede aducir, que los trabajadores independientes son una población vulnerable, pues de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional⁵, la expresión de “*trabajadores independientes*” incluye, a todas las personas económicamente activas; por consiguiente se puede concluir, que al momento en que se hace referencia a este tipo de trabajadores, se hace alusión a personas con capacidad de generar sus propios ingresos, producto de una actividad económica sin subordinación.

c. Del principio a la igualdad.

En relación con el principio de igualdad, el actor señaló que la norma acusada estableció un trato diferente para los trabajadores independientes respecto de los dependientes, situación que según él, resulta inadmisibile.

No obstante, el derecho a la igualdad obedece a un sentido jurídico del cual sólo es posible predicar su vulneración, cuando se les da a las personas que se encuentran en igualdad de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia 26 de agosto de 2009, expediente D-7666, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

condiciones un tratamiento desigual o discriminatorio sin ninguna justificación razonable.

En ese sentido, en lo que se refiere a la Salud, por su conexidad con la vida y con otros derechos fundamentales, como se indicó anteriormente, las normas regulatorias deben propender por adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, en especial de las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta.

Visto lo anterior, se advierte que en el presente caso, no se vislumbra por qué los dos grupos, trabajadores dependientes e independientes, deberían recibir el mismo trato, pues no se observa dentro del libelo introductorio los parámetros de comparación para descubrir la discriminación hacia los trabajadores independientes.

En efecto, no se evidencia ninguna distinción que conlleve al convencimiento del juzgador, de la posible violación del derecho a la igualdad, pues lo único que pretendió el Gobierno Nacional al expedir el Decreto hoy censurado, fue regular precisamente el periodo mínimo de afiliación y pago al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en aras de organizar dicha contribución sin desmejorar sus derechos, tan es así, que dentro del artículo 75 del Decreto 806 de 1998 se protegió al trabajador independiente y a su núcleo familiar, para que una vez finalice la

relación laboral o pierda la capacidad de pago, pueda gozar de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud por el periodo de un mes, contado a partir de la fecha de desafiliación.

Se insiste, en la demanda no se enuncian cuáles son los argumentos de orden constitucional o legal constitutivos de la nulidad de la norma, pues además de que sólo se realiza una escueta afirmación de que ella viola el derecho de igualdad, no se enuncia en qué consiste la posible discriminación que existiría hacía los trabajadores independientes.

Por lo antes expuesto y bajo los cargos acá planteados, las súplicas de la demanda se denegarán.

DECISIÓN

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

FALLA

NIÉGASE la pretensión de la demanda en la que se solicitó decretar la nulidad parcial del artículo 5º del Decreto No. 2400 del 25 de octubre de 2002, expedido por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Salud, mediante

el cual se modificó el artículo 22 del Decreto 1703 de 2002, por las razones expuestas en parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y publíquese en lo anales del Consejo de Estado y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

**ALFONSO VARGAS RINCÓN LUIS RAFAEL VERGARA
QUINTERO**