

**TRABAJADORES INDEPENDIENTES - Afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral / AFILIACION COLECTIVA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL - Voluntariedad**

Las cuestiones sustantivas objeto de controversia radican en analizar si con los artículos 7° y 9° del Decreto 3615 de 2005, se violó el ordenamiento jurídico superior, ya que según la parte actora falta claridad y precisión del texto de las aludidas normas, se vulnera el principio de igualdad, y que el Gobierno Nacional se excedió en su potestad reglamentaria al establecer condiciones y requisitos no contemplados en la Ley que rebosan normas superiores, entre otros aspectos (...). Aduce el actor que la norma demandada en sus artículos 7° numeral 7.2 y 9°, no es clara ni precisa, pues sobre las servidoras domésticas nada se dijo. Además, que tales artículos están violando la regla de la obligatoriedad: "...Corresponde al Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador...", ya que la norma transcrita se refiere a los trabajadores independientes, de manera que lo que hace la norma cuestionada es restringir esta definición, que equivale a quitarle garantías a un sector desprotegido. Al respecto, cabe precisar, que las normas acusadas son lo suficientemente claras, pues son aplicables a todos los trabajadores independientes, lo cual debe entenderse que son para todas las personas que no cuentan con un vínculo o relación laboral. Ahora bien, cabe resaltar que la afiliación colectiva que enuncian las citadas normas, es voluntaria, lo que le permite al trabajador independiente optar por la afiliación individual al Sistema General Integral, cuya regulación colectiva, como bien lo anota el Ministerio Público, no perturba ni restringe el acceso de los trabajadores al Sistema, ni viola los principios de universalidad y obligatoriedad, consagrados en la Ley 100 de 1993, antes por el contrario amplía la cobertura para todos los trabajadores a nivel nacional, cumpliendo con los fines previstos en el artículo 154 de la citada Ley.

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 3615 DE 2005 – PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 7 (NO ANULADO) / DECRETO 3615 DE 2005 – PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 9 (NO ANULADO)

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 154

**RESERVA ESPECIAL DE GARANTIA MINIMA - Objeto / AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES - Condiciones para la sostenibilidad del sistema / DECRETO 3615 DE 2005 - Legalidad por no vulnerar libre empresa ni derecho de asociación**

El artículo 9° del Decreto 3615 de 2005 demandado contempla una reserva especial de garantía mínima, consistente en que las agremiaciones y asociaciones deberán acreditar la constitución de dicha reserva de garantía mínima de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los primeros 500 afiliados, y por cada afiliado adicional al número mínimo deberán prever permanentemente, el valor de las cotizaciones de dos meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva. Al respecto, se precisa que la gestión de afiliar a los trabajadores independientes al Sistema General de Seguridad Social y su correspondiente pago de las cotizaciones, por parte de las agremiaciones o asociaciones, además de ser voluntaria, como ya se dijo, requiere un mínimo de condiciones para garantizar la sostenibilidad del sistema y con ello los derechos de los trabajadores afiliados, por lo cual es absolutamente viable que la norma demandada contemple unos requisitos exigentes que garanticen el cubrimiento integral de los riesgos, con el objeto de que en la asociación o

agrupación existan los recursos suficientes para coadyuvar al pago de la cotización correspondiente que debe efectuar el trabajador independiente, por ejemplo, en el evento de que éste no pueda realizarlo, a fin de preservar el principio de integralidad en las coberturas de la Ley 100 de 1993 respecto a los riesgos integrales en salud, muerte, vejez, enfermedad y accidentes de trabajo, al que está expuesto dicho trabajador, indicado en el artículo 1° de la Ley 100 de 1993. De manera, que la Sala no encuentra razón jurídica alguna, para sostener, como lo hace el demandante, de que exista transgresión a los artículos 1, 2, 6, 13, 38, 48, 53, 83, 84, 121 de la Constitución Política y, menos aún, el 333 ibídem, pues no se aprecia vulneración a la libre competencia, pues el número de afiliados exigidos a las asociaciones o agremiaciones a través de las cuales los trabajadores independientes se pueden afiliar en forma colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral no busca obstruir la libertad económica de esas organizaciones, sino garantizar unas condiciones mínimas de sostenibilidad y solidez.

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 3615 DE 2005 – PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 7 (NO ANULADO) / DECRETO 3615 DE 2005 – PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 9 (NO ANULADO)

**NOTA DE RELATORIA:** Se citan las sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 7 de junio de 2001, Radicado 5951, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; y del 27 de enero de 2005, Radicado 2004-0164, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

**TRABAJADORES INDEPENDIENTES - Afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales / TRABAJADORES INDEPENDIENTES - La afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales puede ser individual o colectiva / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Competencia para la expedición del Decreto 3615 de 2005**

Con la expedición de las normas acusadas, el Gobierno Nacional no se extralimitó en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pues los parágrafos 2 y 3 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, le dieron facultades para reglamentar la afiliación colectiva y el artículo 13 del Decreto ley 1295 de 1994 lo facultó para reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema General de Riesgos Profesionales. (...). Por su parte el artículo 13 del Decreto ley 1295 de 1994 establece como afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales, entre otros, “[l]os trabajadores independientes, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional”. De las normas enunciadas se deriva que la afiliación al Sistema puede ser individual o colectiva a través de las empresas, agremiaciones o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida. En otras palabras, la norma en análisis ofrece la alternativa de que la vinculación al Sistema se realice colectivamente en forma voluntaria, o podrá hacerlo individualmente. Además, y lo que es más importante, tal disposición queda sujeta a una reglamentación, que indudablemente debe ser expedida por el ejecutivo. En efecto, el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, le atribuye al Presidente de la República la potestad de reglamentar mediante decretos, resoluciones y órdenes necesarios para cumplir con la ejecución de las leyes. Del texto de la norma transcrita, advierte la Sala, como ya se dijo, que el Gobierno actuó con fundamento en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política para expedir el Decreto reglamentario 3615 de 2005, y por las normas legales que expresamente indican la necesidad de regular una determinada ley, que en este caso fue el parágrafo 2 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 3615 DE 2005 – PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 7 (NO ANULADO) / DECRETO 3615 DE 2005 – PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 9 (NO ANULADO)

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 157 / DECRETO 1295 DE 1994 – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189.11

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011)

**Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00135-01**

**Actor: ANTONIO JOSE GARCIA BETANCUR**

**Demandado: PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

El señor **ANTONIO JOSÉ GARCÍA BETANCUR**, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial del artículo 7 numeral 7.2 y absoluta del artículo 9 del Decreto 3615 de 2005, expedido por el Presidente de la República.

**I-FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

**I.1.-** En apoyo de sus pretensiones la parte actora adujo, en esencia, los siguientes hechos:

1.- El Presidente de la República expidió las normas acusadas en uso de sus facultades Constitucionales y Legales, a través del Ministerio de la Protección Social, por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.

2.- El Decreto demandado, en su artículo 7 numeral 7.2. pone como condición previa para la constitución de una asociación o agremiación tener un número mínimo de 500 afiliados activos.

3.- Igualmente en su artículo 9 crea otra condición que es la reserva especial de garantía mínima.

4.- De no cumplir la agremiación o asociación con tales requisitos el Ministerio de la Protección Social no dará autorización para operar como tal.

Sobre este particular, el actor hace algunas precisiones:

Define lo que se entiende por agremiación y asociación, y Explica del porqué las normas acusadas rebasan la Constitución política en su artículo 189 numeral 11, la Ley 100 de 1993 y la Ley 79 de 1988, creando condiciones que no estaban en la ley y creando cargas indebidas al sistema.

Además, que dichas disposiciones desconocen el artículo 13 de la Constitución Política, en cuanto al derecho a la igualdad de todas las personas que se refrenda en los principios de la Ley 100 de 1993 artículo 2 literal b, ya que siembra la diferencia y tratamientos desiguales.

Que el Decreto 3615 de 2005, tiene fuerza obligatoria y será aplicable siempre que no contravenga la Constitución y la Ley.

Agrega que al desconocer la estructura del orden jurídico Nacional, el Decreto acusado es ilegal.

Por último, que el ejecutivo se excedió en su potestad reglamentaria, ya que no es competente para crear cargas excesivas que no están contempladas en la Ley que rige el sector solidario, como tampoco en la Ley 100 de 1993, ni en el Código de Comercio.

**I.2.-** Precisó, en síntesis, los cargos de violación, así:

Indica que las normas demandadas viola la Ley 100 de 1993, preámbulo y los artículos 1, 2 literales b), c), d), f), 3, 6 numeral 3, 10, 13 literales a) y d), 15 numeral 1 y párrafo, 19 inciso 1, 152 inciso 2, 154 literales b y d, 157 aparte A numeral 1, aparte B Parágrafos 1, 2 y 3 y el artículo 287; 19 de la Ley 79 de 1988; 122 del Código de Comercio; 1, 2, 6, 13, 38, 48, 53, 83, 84, 121, 189 numeral 11 y 333 de la Constitución Política.

**“PRIMER CARGO: FALTA DE CLARIDAD, PRECISIÓN Y TRANSGRESIÓN DE NORMAS SUPERIORES”.**

Arguye que la norma demandada en sus artículos 7 numeral 7.2 y 9, no es clara ni precisa, pues sobre las servidoras domésticas nada se dijo.

Aduce que el término prever del aludido artículo 9, se presta a varias interpretaciones, el cual debe salir del ordenamiento jurídico.

Manifiesta que transgrede normas superiores, pues desconoce los principios de la Ley 100 de 1993.

Que con el precepto contenido en los referidos artículos, se está violando la regla de la obligatoriedad "...Corresponde al Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador...". Se refiere la norma transcrita a los trabajadores independientes, de manera que lo que hace la norma cuestionada es restringir esta definición, que equivale a quitarle garantías a un sector desprotegido, que además tiene que cancelar el 100% de sus aportes.

Señala que también se viola el numeral 8 del artículo 153, pues no existe la denominada concertación que predica la Ley 100 de 1993, además, no es concebible que un decreto reglamentario les cree a las entidades agrupadoras condiciones económicas difíciles de cumplir a un sector desprotegido y carente de recursos como lo son los independientes y el servicio doméstico por días.

Indica en cuanto a la intervención del Estado plasmado en el artículo 154 literales a, b y d, que esta potestad de reglamentar va en contravía de los preceptos de la Ley 100. Estima que con esta práctica no se garantiza la observancia de los principios constitucionales y los del artículo 2 y 153 de esta Ley, por cuanto no sólo se está poniendo en riesgo la seguridad social de los trabajadores independientes, sino también el trabajo de los empleados que han pertenecido o laboran en las entidades agrupadoras.

Que se vulneró el artículo 157 párrafos 2 y 3 de la Ley 100 de 1993, que tuvo en cuenta las entidades agrupadoras, ya que el decreto acusado derogó las cooperativas mutuales.

Expresa que se violaron la Ley 79 de 1988 en sus artículos 19 y 46, así como el Decreto 410 de 1971, por el cual se reglamenta la Ley 16 de 1968 Código de Comercio en el Título I. del contrato de sociedad en su artículo 122 Capital Social.

**"SEGUNDO CARGO: FALTA DE COMPETENCIA, EXTRALIMITACIÓN Y VIOLACIÓN DE NORMAS SUPERIORES".**

Afirma que el ejecutivo en cabeza del Ministerio de la Protección Social, no tiene competencia para crear cargas de la naturaleza prevista en el artículo 9 del Decreto acusado, ya que su función es reglamentar la ley y no extralimitarla.

Que con la imposición a las agremiaciones o asociaciones de la "garantía mínima" se está violando el principio de la Confianza Máxima, que debe existir entre las personas naturales o jurídicas para que las relaciones comerciales se armonicen.

Que se vulneró la Ley 79 de 1988 en sus artículos 1 numeral 3 y 3°, dado que en virtud del acuerdo cooperativo los asociados crean una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, en la cual prima la autonomía de la voluntad, como en toda entidad con y sin ánimo de lucro, por lo cual estima que no se puede obligar a las entidades que aspiren a dicha autorización a que constituyan una reserva de \$122.400.000, para los primeros 500 asociados, pues pocas son las sociedades que estarían en capacidad de aportar tal suma.

Manifiesta que también va en contra del Código de Comercio, precisamente porque en las entidades inclusive con ánimo de lucro prima la autonomía de la voluntad para la creación de su patrimonio, sin que pueda creársele cargas o garantías mínimas o condicionamiento a su capital. De manera, que se transgrede la Constitución Política en sus artículos 2, 6, 13, 48, 53, 83, 121 y 333.

Aduce que se vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto el principio de universalidad que plantea la Ley 100 de 1993, como regulador de la Seguridad Social, propende por salvaguardar el principio de igualdad, el cual es violado por los artículos 9 y 13 del Decreto cuestionado.

Estima violados los artículos 48 y 53 de la Norma Superior, por cuanto al estado le corresponde garantizar la Seguridad Social a todos los colombianos, y con normas como la demandada, no se logra un orden justo, razón y fin último de nuestro Estado Social de Derecho.

Explica que se vulnera el artículo 121 de la Carta, pues con la norma acusada el Ministerio se extralimita en sus funciones, invadiendo esferas que corresponden a otros entes.

Manifiesta que se viola el artículo 333 de la Carta, en virtud de que la actividad económica y la iniciativa privada son libres. Que para su ejercicio nadie puede exigir permisos ni requisitos sin autorización de la Ley.

## **II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN**

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

### **II.1-. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**II.1.1.- El Ministerio de la Protección Social**, por medio de apoderado, contestó la demanda, aduciendo, en síntesis lo siguiente:

#### **“De la Potestad Reglamentaria”**

Aclara que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política establece en cabeza del Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, quien a través de decretos entre otros actos, materializa el cometido fundamental.

Que por lo tanto, la facultad de reglamentar las leyes es propia del Gobierno Nacional, deriva directamente del texto Constitucional, la cual se encuentra limitada por el propio legislador en razón de la materia y puede ejercerla en cualquier momento.



Agrega que la norma demandada es aplicable a todas las personas que estén afiliadas a una asociación o agremiación, sin diferencias ni discriminación alguna, como tampoco rebasa la potestad que le otorga la Constitución al ejecutivo.

**“Libertad de Configuración Normativa – Finalidad de la norma”.**

Explica, que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 3615 de 2005, ejerció su potestad reglamentaria, enmarcada en la competencia otorgada por las normas legales que regulan el Sistema General de Seguridad Social Integral, garantizando la solvencia económica de las agremiaciones o asociaciones y por tanto la seguridad de las cotizaciones.

Sostiene que el citado Decreto, integra la Seguridad Social en lo que tiene que ver con la afiliación colectiva de los trabajadores independientes, contemplando las medidas necesarias para que la misma tenga un respaldo económico por parte de las agremiaciones o asociaciones y respetando las reglas de afiliación.

Que contrario a lo que manifiesta el actor, las normas demandadas en lugar de quebrantar las disposiciones de orden constitucional o legal, lo que hacen es prever mecanismos adecuados para proteger a los trabajadores independientes que quieran afiliarse a través de una agremiación o asociación al Sistema de Seguridad Social Integral.

Arguye que distinto a lo argumentado por el actor, con la constitución de una reserva especial de garantía mínima por parte de las entidades sin ánimo de lucro que quieran afiliar colectivamente a sus trabajadores independientes, lo que se busca es un respaldo para estas personas en los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales.

Respecto a que la norma cuestionada no prevé de donde se obtienen los dineros para constituir la reserva especial de garantía, salvo el artículo 10 que autoriza

recibir donaciones, afirma que estos provienen de las personas que voluntariamente se agrupan para procurarse mutua ayuda, por ejemplo la agremiación de abogados, periodistas, etc.

Señala, que no entiende como pueda argumentarse que con la constitución de la reserva que trata la norma acusada, se esté atentando contra el derecho a la libre asociación, pues dicha norma no impide que las personas que voluntariamente lo deseen se asocien libre y espontáneamente.

#### **“SUSTRACCIÓN DE MATERIA”.**

Afirma que la acusación se dirige contra los artículos 7 numeral 7.2. y 9° del Decreto 3615 de 2005, los cuales fueron modificados por el Decreto 2313 de 2006, por lo cual solamente los últimos pueden ser objeto de pronunciamiento judicial, que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, cuando se demanda normas que han perdido su vigencia, se presenta el fenómeno de la sustracción de materia. Que por lo tanto, se deniegue la nulidad solicitada.

### **III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El señor Agente del Ministerio Público, en su alegato de conclusión, adujo en síntesis, lo siguiente:

Respecto a la “sustracción de materia” alegada por la apoderada del Ministerio de la Protección Social, sostiene que según la jurisprudencia de esta Corporación, se considera procedente el examen de legalidad de los artículos 7 y 9 del Decreto 3615 de 2005, así estos hayan sido modificados por los artículos 3 y 5 del Decreto 2313 de 2006, por cuanto debe atenderse los efectos que hubieren podido producir durante el tiempo que estuvieron vigentes.

Aduce que el párrafo 2 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dio facultades al ejecutivo para reglamentar la afiliación colectiva. Que por lo tanto, el Decreto

acusado no transgrede ésta disposición, pues es su fundamento básico, por lo que el Gobierno Nacional no se extralimitó en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Precisa que la afiliación colectiva es una de las modalidades a las cuales pueden acudir los trabajadores independientes para afiliarse al Sistema de Seguridad Social, que también cuenta con la vinculación individual al Sistema, por lo que la regulación de la afiliación colectiva no perturba ni restringe el acceso de los trabajadores al Sistema, ni viola el principio de universalidad y menos aún los artículos 1° y 154 de la Ley 100 de 1993.

Considera que no hay violación a los artículos 1, 2, 6, 13, 38, 48, 53, 83, 84, 121, 189 numeral 11 y 333 de la Constitución Política, por cuanto la función de las asociaciones o agremiaciones respecto a la gestión de afiliación y el pago de las cotizaciones explican la severidad de los requisitos expuestos en los numerales acusados, toda vez que su cumplimiento garantiza el cubrimiento de los riesgos en salud, muerte, vejez y de enfermedad o accidente de trabajo, aún cuando el trabajador no pueda realizar su cotización, pues la asociación o agremiación contará con los recursos para coadyuvar al trabajador independiente, cuando éste carezca temporalmente de los recursos, preservando el principio de integralidad en la cobertura de las contingencias del Sistema (artículo 1 de la Ley 100 de 1993).

Agrega que tampoco se viola la Ley 79 de 1988, en virtud de que la potestad reglamentaria del ejecutivo y las citadas funciones de las asociaciones o agremiaciones, explican en forma razonable que se les apliquen normas especiales y escapen al régimen general que regula a las entidades sin ánimo de lucro, entre ellas las cooperativas.

Finalmente, considera que no se viola el artículo 122 del Código de Comercio, ya que esta norma hace parte del régimen general de las sociedades mercantiles, distintas a la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro, por lo que el citado precepto no puede aplicarse a tales entidades. Además, porque las asociaciones o agremiaciones cuentan con un régimen especial, que no se regula por dicho Código.

Concluye, manifestando que al no haberse desvirtuado la legalidad de las disposiciones acusadas, las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar.

#### IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Advierte la Sala, que si bien es cierto que los artículos 7 y 9 del Decreto 3615 de 2005, normas acusadas por el actor, fueron modificados por los artículos 3 y 5 del Decreto 2313 de 2006, es necesario pronunciarse acerca de su legalidad o ilegalidad, ya que dicho Decreto mientras estuvo vigente produjo efectos jurídicos.

Así lo ha sostenido esta Corporación, para lo cual se trae a colación la sentencia de 2011 que a su vez se refiere a la providencia de 13 de septiembre de 2007, proferida por esta Sección.

*“Pese a que la Resolución 2500 de 2002 (22 de febrero) fue derogada por el artículo 3° de la Resolución 3000 de 2003, que a su vez fue derogada por el artículo 4° de la Resolución 2004 de 2004, siguiendo su reiterada jurisprudencia la Sala se pronunciará de fondo, en atención a los posibles efectos que pudo producir durante su vigencia. La Sala reitera el criterio jurisprudencial consignado en sentencia de 23 de febrero de 1996 que prohijó la tesis sobre la sustracción de materia expuesta por la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1991 (C. P. Gustavo Arrieta Padilla, Expediente S-157). Se sostuvo entonces: «Si bien esta Corporación tradicionalmente aplicó la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de ella se derivaba, esa posición jurisprudencial fue modificada en forma radical por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continua amparado por la presunción de legalidad que lo protege, la que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente...”<sup>1</sup>.*

En consecuencia, no son de recibo los argumentos expuestos por la apoderada del Ministerio de la Protección Social, en cuanto se refiere a la aplicación de la figura jurídica de la “sustracción de materia”.

Las cuestiones sustantivas objeto de controversia radican en analizar si con los artículos 7° y 9° del Decreto 3615 de 2005, se violó el ordenamiento jurídico superior, ya que según la parte actora falta claridad y precisión del texto de las aludidas normas, se vulnera el principio de igualdad, y que el Gobierno Nacional se

---

<sup>1</sup> Sentencia de 13 de septiembre de 2007. Radicación número: 2002-00254. Consejero ponente: **CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**. Actor: **CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA**. Sentencia de marzo 17 de 2011. Radicación núm. 2004-00303. Consejero Ponente: **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**. Actor: Alexander Chiquiza Cuervo.

excedió en su potestad reglamentaria al establecer condiciones y requisitos no contemplados en la Ley que rebosan normas superiores, entre otros aspectos.

Las normas demandadas, son los artículos 7° numeral 7.2 y 9° del Decreto Reglamentario núm. 3615 de 2005, por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral”, los cuales señalan:

*“Artículo 7°. Requisitos para obtener la autorización. Para obtener la autorización de que trata el artículo anterior, las agremiaciones y asociaciones deberán acreditar junto con la solicitud, el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

*7.1 Copia de la personería jurídica en la que conste que es una entidad de derecho privado sin ánimo de lucro.*

*7.2 Acreditar un número mínimo de quinientos (500) afiliados activos.*

*7.3 Listado actualizado de afiliados activos que deberá contener: nombre completo, identificación, ciudad, dirección de residencia, número de teléfono, fecha de afiliación, ingreso base de cotización, monto de la cotización, nombre de las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral a las que se afilien.*

*7.4 Copia del reglamento interno en el que se señalen los deberes y derechos de los agremiados o asociados.*

*7.5 Acreditar mediante certificación expedida por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, la constitución de la reserva especial de garantía de que trata el artículo 9° del presente decreto.*

*7.6 Establecer dentro de su objeto social, el servicio de afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral” (Las subrayas son ajenas al texto. Marcan la norma acusada por la actora).*

*Artículo 9°. Reserva especial de garantía mínima. Para efectos de obtener la autorización de que trata el artículo 6° del presente decreto, las agremiaciones y asociaciones deberán acreditar la constitución de una reserva especial de garantía mínima de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los primeros 500 afiliados, y por cada afiliado adicional al número mínimo definido en el presente artículo, deberán prever permanentemente, el valor de las cotizaciones de dos (2) meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva.*

*Los recursos de esta reserva especial de garantía mínima, deberán constituirse en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria e invertirse en instrumentos de alta seguridad, liquidez y rentabilidad de manera que pueda atenderse en forma oportuna la garantía. Los rendimientos financieros de la reserva especial de garantía de que trata el presente artículo deberán destinarse para el fortalecimiento de la misma.*

*El manejo de esta reserva se debe reflejar en los estados financieros de la entidad, como un rubro de destinación específica y exclusiva para el pago de las cotizaciones de sus asociados.*

*Parágrafo. En el evento que los afiliados entren en mora en el pago de aportes, las agremiaciones o asociaciones deberán pagar las cotizaciones con cargo a la reserva especial de garantía mínima. Si se agotara dicha reserva, el Ministerio de la Protección Social cancelará la autorización a la agremiación o asociación”.*

Aduce el actor que la norma demandada en sus artículos 7° numeral 7.2 y 9°, no es clara ni precisa, pues sobre las servidoras domésticas nada se dijo. Además, que tales artículos están violando la regla de la obligatoriedad: “...*Corresponde al Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador...*”, ya que la norma transcrita se refiere a los trabajadores independientes, de manera que lo que hace la norma cuestionada es restringir esta definición, que equivale a quitarle garantías a un sector desprotegido.

Al respecto, cabe precisar, que las normas acusadas son lo suficientemente claras, pues son aplicables a todos los trabajadores independientes, esto es, a todas las personas que no cuentan con un vínculo o relación laboral.

Ahora bien, cabe resaltar que la afiliación colectiva que enuncian las citadas normas, es voluntaria, lo que le permite al trabajador independiente optar por la afiliación individual al Sistema General Integral, cuya regulación colectiva, como bien lo anota el Ministerio Público, no perturba ni restringe el acceso de los trabajadores al Sistema, ni viola los principios de universalidad y obligatoriedad, consagrados en la Ley 100 de 1993, antes por el contrario amplía la cobertura para todos los trabajadores a nivel nacional, cumpliendo con los fines previstos en el artículo 154 de la citada Ley<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> **“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;
- 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;

Señala el actor que también se viola el numeral 8 del artículo 153, pues no existe la denominada concertación que predica la Ley 100 de 1993, además, no es concebible que un decreto reglamentario les cree a las entidades agrupadoras condiciones económicas difíciles de cumplir a un sector desprotegido y carente de recursos como lo son los independientes y el servicio doméstico por días. Igualmente, que se vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto el principio de universalidad que plantea la Ley 100 de 1993, como regulador de la Seguridad Social, propende por salvaguardar el principio de igualdad, el cual es violado por los artículos 9° y 13<sup>3</sup> del Decreto cuestionado.

En cuanto a la falta de estipulación de la “concertación” que enuncia el actor, a juicio de la Sala, no tiene en absoluto que ver con la reglamentación contenida en el Decreto 3615 de 2005, pues este principio que consagraba la Ley 100 de 1993 en su artículo 153<sup>4</sup>, el cual se refería a que el “...sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los Consejos Nacional, departamentales, distritales y municipales de Seguridad Social en Salud”, por tratarse de un principio de índole legal, no sólo no fue derogado por la normativa demandada, sino que no afecta alguna norma superior, específicamente la Ley 100 de 1993, ni impide la concertación por el hecho de que el Decreto atacado no lo haya contemplado.

---

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”.*

<sup>3</sup> Artículo 13.: *“Congregaciones religiosas. Para efectos de la afiliación de los miembros de las comunidades y congregaciones religiosas al Sistema de Seguridad Social Integral, estas se asimilan a las asociaciones.*

*Para efectos de la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, los miembros religiosos de las comunidades y congregaciones de que trata el presente artículo, tendrán el carácter de trabajadores independientes.*

*Parágrafo. A las comunidades y congregaciones religiosas no les será exigible la acreditación del número mínimo de afiliados.”.*

<sup>4</sup> Este artículo fue modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011

Por otra parte, el artículo 9° demandado contempla una reserva especial de garantía mínima, consistente en que las agremiaciones y asociaciones deberán acreditar la constitución de dicha reserva de garantía mínima de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los primeros 500 afiliados, y por cada afiliado adicional al número mínimo deberán prever permanentemente, el valor de las cotizaciones de dos meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva.

Al respecto, se precisa que la gestión de afiliar a los trabajadores independientes al Sistema General de Seguridad Social y su correspondiente pago de las cotizaciones, por parte de las agremiaciones o asociaciones, además de ser voluntaria, como ya se dijo, requiere un mínimo de condiciones para garantizar la sostenibilidad del sistema y con ello los derechos de los trabajadores afiliados, por lo cual es absolutamente viable que la norma demandada contemple unos requisitos exigentes que garanticen el cubrimiento integral de los riesgos, con el objeto de que en la asociación o agrupación existan los recursos suficientes para coadyuvar al pago de la cotización correspondiente que debe efectuar el trabajador independiente, por ejemplo, en el evento de que éste no pueda realizarlo, a fin de preservar el principio de integralidad en las coberturas de la Ley 100 de 1993 respecto a los riesgos integrales en salud, muerte, vejez, enfermedad y accidentes de trabajo, al que está expuesto dicho trabajador, indicado en el artículo 1° de la Ley 100 de 1993. De manera, que la Sala no encuentra razón jurídica alguna, para sostener, como lo hace el demandante, de que exista transgresión a los artículos 1, 2, 6, 13, 38, 48, 53, 83, 84, 121 de la Constitución Política y, menos aún, el 333 ibídem, pues no se aprecia vulneración a la libre competencia, pues el número de afiliados exigidos a las asociaciones o agremiaciones a través de las cuales los trabajadores independientes se pueden afiliar en forma colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral no busca obstruir la libertad económica de esas organizaciones, sino garantizar unas condiciones mínimas de sostenibilidad y solidez.

Tal como lo ha señalado la Sala en oportunidades semejantes, "Esos requisitos, los cuales demanda el actor por considerarlos que vulneran la libre empresa y el derecho de asociación de las sociedades solidarias, establecen los parámetros mínimos de operación de las ARS, como son un mínimo de 200.000 afiliados y un patrimonio equivalente a 10.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, parámetros que, en sentir de la Sala, buscan en quienes administren los recursos



del sistema la solidez financiera necesaria que garantice la eficiente y adecuada prestación del servicio”<sup>5</sup>.

También ha dicho la Sala que si es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo, al imponer un número mínimo de afiliados a las ARS, excluidas las Cajas de Compensación Familiar cuando administran directamente recursos del régimen subsidiado, “el Gobierno Nacional lo que pretende con la medida es que todas las ARS cuenten con una capacidad financiera sólida y suficiente que les permita ejercer de manera adecuada y garantizar la prestación de los servicios de salud a la población pobre y vulnerable, destinataria del régimen subsidiado”<sup>6</sup>.

Los criterios anteriores son aplicables al presente caso, donde, como se dijo, los requisitos de número mínimo de afiliados y reserva especial de garantía mínima, apuntan a garantizar la sostenibilidad del sistema y con ello los derechos de los trabajadores afiliados.

En relación con la vulneración del derecho a la igualdad por el artículo 13 del Decreto 3615 de 2005 cabe recordar que, como lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional<sup>7</sup>, cuando se presenta un cargo por violación del citado principio no basta con la simple afirmación de un trato diferenciado sino que es necesario, además, que el actor indique entre quienes se presenta la diferencia de trato y las razones por las cuales considera que la misma resulta discriminatoria y contraviene el principio de igualdad. Esta estructuración del cargo resulta indispensable en la medida que el derecho a la igualdad no impone a las

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil uno (2001). Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Radicación número: 5951. Actor Hernán Arturo Restrepo Guevara.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005). Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-0164-01. Actor Javier Darío Patiño Rodríguez.

<sup>7</sup> C-1115 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. También pueden consultarse las sentencias C-176 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-913 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

autoridades el deber de otorgar el mismo tratamiento jurídico a todas las personas sino que ella se predica de condiciones o situaciones iguales o similares por lo que resulta, entonces, menester que el actor indique por qué las situaciones resultan comparables y en qué radica el trato discriminatorio.

En el presente caso, el actor no explica por qué la situación prevista en el artículo 13 del Decreto 3615 de 2005, y que se refiere a la forma de afiliación de los miembros de las comunidades y congregaciones religiosas al Sistema de Seguridad Social Integral, resulta discriminatoria ni por que su situación es comparable a la de esas comunidades religiosas, y por tanto no es clara la violación del artículo 13 de la Constitución Nacional.

Indica el demandante, en cuanto a la intervención del Estado plasmado en el artículo 154 literales a, b y d, que esta potestad de reglamentar va en contravía de los preceptos de la Ley 100 de 1993. Estima que con esta práctica no se garantiza la observancia de los principios constitucionales y los del artículo 2 y 153 de esta Ley, por cuanto no sólo se está poniendo en riesgo la seguridad social de los trabajadores independientes, sino también el trabajo de los empleados que han pertenecido o laboran en las entidades agrupadoras.

Sobre este particular, es importante anotar que con la expedición de las normas acusadas, el Gobierno Nacional no se extralimitó en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pues los parágrafos 2 y 3 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, le dieron facultades para reglamentar la afiliación colectiva y el artículo 13 del Decreto ley 1295 de 1994 lo facultó para reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema General de Riesgos Profesionales.

En efecto, el parágrafo 2 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone:

***“PARÁGRAFO 2o.*** *La afiliación podrá ser individual o colectiva, a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expida. El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre Entidades Promotoras de Salud”*

El parágrafo 3 del citado artículo, prevé:

**“PARÁGRAFO 3o.** *Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estas agrupaciones de usuarios podrán tener como referencia empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, y podrán cobrar una cuota de afiliación”* (las subrayas son ajenas a los textos).

Por su parte el artículo 13 del Decreto ley 1295 de 1994 establece como afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales, entre otros, “[l]os trabajadores independientes, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional”.

De las normas enunciadas se deriva que la afiliación al Sistema puede ser individual o colectiva a través de las empresas, agremiaciones o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida. En otras palabras, la norma en análisis ofrece la alternativa de que la vinculación al Sistema se realice colectivamente en forma voluntaria, o podrá hacerlo individualmente. Además, y lo que es más importante, tal disposición queda sujeta a una reglamentación, que indudablemente debe ser expedida por el ejecutivo.

En efecto, el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política<sup>8</sup>, le atribuye al Presidente de la República la potestad de reglamentar mediante decretos, resoluciones y órdenes necesarios para cumplir con la ejecución de las leyes.

Del texto de la norma transcrita, advierte la Sala, como ya se dijo, que el Gobierno actuó con fundamento en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política para expedir el Decreto reglamentario 3615 de 2005, y por las normas legales que expresamente indican la necesidad de regular una determinada ley, que en este caso fue el parágrafo 2 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

---

<sup>8</sup> “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”.*

Expresa que se vulneró la Ley 79 de 1988 en sus artículos 19 y 46, así como el Decreto 410 de 1971, por el cual se reglamenta la Ley 16 de 1968 Código de Comercio en el Título I. del contrato de sociedad en su artículo 122 Capital Social.

Tampoco son de recibo estos argumentos del demandante, ya que como se dijo, la potestad reglamentaria del ejecutivo y las funciones de las asociaciones o agremiaciones, explican en forma razonable que en el tema de afiliación de trabajadores independientes y con el objeto de garantizar su vinculación al Sistema Integral, es necesario, que exista una regulación con normas especiales distintas al régimen general que rige a las entidades sin ánimo de lucro, entre ellas las cooperativas, tal como lo argumenta el Agente del Ministerio Público. Además, la Ley 79 de 1988, señala los requisitos que deben contener los estatutos de toda cooperativa y cómo se constituye el patrimonio de las mismas, mientras que las normas acusadas están dirigidas directamente a la aplicación de la Ley 100 de 1993.

Respecto, a la violación del artículo 122 del Código de Comercio, que argumenta el actor, tampoco es de recibo ya que esta norma hace parte del régimen general de las sociedades mercantiles, distintas a la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro, por lo que el citado precepto no puede aplicarse a tales entidades. Además, porque las asociaciones o agremiaciones cuentan con un régimen especial, que no se regula por dicho Código y, como ya se dijo, las normas demandadas están dirigidas directamente a la aplicación de la Ley 100 de 1993, y no del Código de Comercio.

Así las cosas, los artículos 7° numeral 7.2 y 9° del Decreto 3615 de 2005, a juicio de la Sala, no vulneran las normas constitucionales y legales citadas por la parte demandante y, por ende goza de plena legalidad.

En consecuencia, deberán denegarse las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 29 de septiembre de 2011.

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**Presidente**

**RAFAEL E. OSTA UDE LA FONT PIANETA MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**