

AFILIACION COLECTIVA POR TRABAJADORES INDEPENDIENTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL- Requisitos y condiciones económicas. No excede la facultad reglamentaria

Para la Sala, al revisar el Decreto 3615 de 2005, en sus artículos 7, numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 (modificado por el artículo 3 del Decreto 2313 de 2006); 8, numeral 8.8 (modificado por el artículo 4 del Decreto 2313 de 2006); 9 con su respectivo párrafo; 11 y 12, numeral 12.2, conforme a los reparos propuestos por el demandante, encuentra que al reglamentar los requisitos y condiciones económicas para la afiliación colectiva de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral, no existe vulneración o exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria de que estaba investido el Gobierno Nacional porque éste último puede definir las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes pretendan afiliarse de forma colectiva en las diferentes formas que se presta el servicio de seguridad social (pensiones, salud y riesgos profesionales); 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 y el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, podía expedir las normas acusadas. De la misma forma las facultades del Gobierno no pueden limitarse a repetir el texto de las leyes sino que pueden y deben contener ordenamientos que hagan efectiva y eficiente la ley. Por consiguiente, en el caso sub júdice, podía adoptar requisitos y condiciones para el ingreso de forma colectiva al Sistema General de Seguridad Social. Las normas, crean requisitos que, pueden ser excluyentes o restrictivas con respecto a las formas de acceder a la afiliación colectiva, pero esta decisión obedece a una política del Estado, quien debe definir esas condiciones para facilitar o restringir la prestación los servicios de seguridad social en forma colectiva de acuerdo con los estudios y características del sistema, por ello estas condiciones especiales son de su resorte reglamentario. Ahora bien, las condiciones y requisitos que se deben imponer para la afiliación colectiva no deben contener exigencias que la hagan impracticable, que se varíe la voluntad del legislador o que contenga condiciones no razonables y a esto se contraerá el análisis específico de los artículos acusados, así: Los numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 del artículo 7 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 3 del Decreto 2313, ordena que las asociaciones o agremiaciones para obtener su autorización para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social, deben establecer dentro de su objeto social ese servicio de afiliación; deben aportar certificación de una entidad financiera sobre inversión de los recursos de la reserva especial de garantía mínima; presentar actualizados los estados financieros de la entidad *“donde se refleje la reserva especial como un rubro de destinación específica y exclusiva para el pago de las cotizaciones de sus trabajadores independientes afiliados”*; y acreditar un patrimonio mínimo de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes más la reserva especial de garantía mínima.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48 / CONSTITUCION POLITICA- ARTICULO 189 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 15 / LEY 100 DE 1993- ARTICULO 157 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 204 / DECRETO LEY 1295 DE 1994 - ARTICULO 13

NORMA DEMANDADA : DECRETO 3615 DE 2005. GOBIERNO NACIONAL (, ARTICULOS 7, NUMERALES 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 (MODIFICADO POR EL ARTICULO 3 DEL DECRETO 2313 DE 2006); 8, NUMERAL 8.8 (MODIFICADO POR EL ARTICULO 4 DEL DECRETO 2313 DE 2006); 9 CON SU RESPECTIVO PARÁGRAFO; 11 Y 12, NUMERAL 12.2 (No anulado)

RESERVA ESPECIAL DE GARANTIA MINIMA DE COTIZACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL- Constitución

La exigencia de una reserva especial de garantía, si se tiene en cuenta que se trata de una organización que debe agrupar como mínimo un total de quinientos (500) afiliados el monto, también, mínimo, de trescientos (300) salarios mínimos, en principio, no resulta desproporcionado ni impide o coarta el derecho de los interesadas a afiliarse al Sistema de Seguridad Social en forma colectiva, eso sí, cumpliendo los requisitos allí señalados. Es más, puede decirse que la existencia de alguna liquidez financiera, por parte del ente que los agrupa, responde a las necesidades de que el colectivo interesado en afiliarse al Sistema de Seguridad Social tenga la solvencia y solidez necesarias que garanticen su permanencia y continuidad dentro del Sistema. De otro lado, no aparece demandada la mencionada discriminación en contra de algún grupo, pues, conforme a la Ley 100 de 1993, el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 3º) la afiliación de forma individual, la que siempre resulta procedente bajo diversas modalidades y condiciones subjetivas de cada habitante. No es cierto que el Estado, en aras de garantizar el derecho de la asociación, deba abstenerse de imponer exigencias de índole económica para poder afiliarse colectivamente a los trabajadores independientes, por el contrario, el Estado debe proveer las garantías y medidas de seguridad que hagan confiable y segura la vinculación y permanencia de las agremiaciones y asociaciones. Empero, como política estatal puede estar la promoción de asociaciones o agremiaciones para que vinculen al Sistema de Seguridad Social, pero ello no implica que su finalidad deba estar orientada a crear masas, sino que, ésta puede obedecer a fijar condiciones de estabilidad como son las que se deducen de las condiciones económicas ordenadas. Esta actuación del Estado no resulta discriminatoria, en la medida en que informa de las mismas condiciones a todos los interesados en crear, formar parte o desarrollar asociaciones o agremiaciones cuyo objeto social sea la vinculación colectiva a la Seguridad Social Integral, con lo que pueden lograr unas mejores condiciones que las que se ofrecen al conglomerado en general. En el mismo sentido la Sala no observa que la norma tenga un claro sesgo a favor de las denominadas por el actor “asociaciones de particulares, con ánimo de lucro”, pues de lo que se trata, es que con una regulación estricta se dé permanencia y continuidad a la asociación o agremiación de trabajadores independientes que se quiera afiliarse al Sistema de Seguridad Social dejando de lado, a aquellas asociaciones que no tengan una solvencia o una vocación de permanencia en el sistema y esto no excluye a las asociaciones o agremiaciones cívicas o de trabajadores informales, los que, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad pueden, con reglas claras, crearlas.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 3

ASOCIACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL- Pago de cotización del afiliado en mora

En cuanto a la exigencia a la asociación del pago de las cotizaciones aún cuando el afiliado esté en mora, la Sección señala que, en efecto, el Decreto acusado contiene una regulación sistemática que prevé esta hipótesis; esta carga no resulta desproporcionada, en la medida en que la asociación o agremiación tiene potestad de escoger a sus vinculados, puede recibir donaciones con destino al pago solidario de las cuotas de cotización respecto de los asociados que se retrasen, desde su creación existe el fondo de reserva para esos fines y ellas

mismas, pueden establecer mecanismos para que se paguen las cotizaciones de forma completa y oportuna y así no poner en riesgo la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de la Protección Social a la agremiación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00114-00(1836-06)

Actor: SANTIAGO ANDRES HERRERA MONTOYA

DECRETOS DEL GOBIERNO

Procede la Sala a dictar sentencia en la Acción Pública de Nulidad formulada por el ciudadano Santiago Andrés Herrera Montoya contra *“los numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 del artículo 7 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 3 del Decreto 2313; el numeral 8.8 del artículo 8 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 4 del Decreto 2313 de 2006; el artículo 9 del Decreto 3615 de 2005 con su respectivo párrafo; el artículo 11 del Decreto 3615 de 2006 [sic] y el numeral 12.2 del artículo 12 del Decreto 3615 de 2006 [sic]”,* por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad el ciudadano Santiago Andrés Herrera Montoya presentó demanda en contra del Decreto

3615 de 2005, en sus artículos 7, numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 (modificado por el artículo 3 del Decreto 2313 de 2006); 8, numeral 8.8 (modificado por el artículo 4 del Decreto 2313 de 2006); 9 con su respectivo párrafo; 11 y 12, numeral 12.2, normas que reglamentan la afiliación de trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral. (folios 12 a 20)

Las pretensiones se fundamentan en los siguientes aspectos fácticos:

La realidad económica colombiana exhibe la existencia de un alto porcentaje de empleo informal, lo cual implica que una gran parte de la población obtiene su sustento de las actividades económicas ejercidas *“por su propia cuenta y riesgo”*.

Al establecer el sistema normativo de Seguridad Social Integral el legislador previó varios tratamientos jurídicos injustificados entre quienes cuentan con vínculo laboral y aquellos que no lo tienen.

La Carta Política, artículo 25, prescribe que el trabajo en sus distintas modalidades goza de la especial protección del Estado. El trabajo informal involucra a un sector relevante de la población por lo que deben promoverse condiciones para su mejoramiento.

En Colombia, el trabajo informal representa un sector de suprema relevancia en la ciudadanía, y por esto el Estado debe promover condiciones que mejoren la vida de este grueso de la población y una manera es el acceso a la seguridad social integral del ciudadano y su grupo familiar, con un cubrimiento mínimo frente a posibles contingencias de enfermedad, vejez o pérdida de capacidad laboral. Es bien sabido que este tipo de trabajo lo ejercen personas con dificultades económicas y situaciones sociales vulnerables por lo que

el Estado debe proporcionar medios que contrarresten la manifiesta necesidad de cobertura en la seguridad social y así cumplir con el deber estatal de protección al trabajo en todas sus modalidades.

El régimen subsidiado de salud consagra como beneficiario al trabajador independiente sin capacidad de pago, pero la cobertura de este régimen está muy lejos de ser universal. El Estado, entre sus cometidos, debe promover la creación y consolidación de acuerdo con la Constitución, la realidad y los principios asociativos, la afiliación colectiva de estos ciudadanos, agremiaciones y asociaciones que intervengan y participen en el sistema de seguridad social integral previstos en los artículos 38 y 39 de la C.P. y la Ley 100 de 1993.

El Ministerio de la Protección Social (sic) desvió el espíritu inicial del constituyente y del legislador, con la imposición de una serie de requisitos económicos, que hacen impracticables a las organizaciones de bases cívicas, el desarrollo de un objeto social para contribuir a la ampliación de la cobertura por parte de la seguridad social para esta población.

NORMAS VIOLADAS

El actor considera violadas las siguientes normas:

De la Constitución Política: artículos 25, 38 y 39.

El Decreto 3615 de 2005 y la norma que lo modifica, han definido los procedimientos y requisitos necesarios para la conformación y correspondiente autorización por parte del Ministerio de la Protección Social, para hacer afiliaciones colectivas de trabajadores independientes; es en estos requisitos que se desvirtúan los postulados constitucionales de promoción y respeto a la autonomía de las asociaciones de bases cívicas, artículo 38 C.N. y Ley 100 de 1993.

Se refirió a cada uno de las normas demandadas así:

1. Artículo 7-7.6, 7.8, 7.9 del Decreto 3615 de 2005, modificados estos dos últimos numerales, por el artículo 3 del Decreto 2313 de 2006.

Esta norma impone como requisito la obligación de certificar la constitución de una reserva especial de garantía con un monto que no hace viable, desde el punto de vista económico, la organización de trabajadores independientes y vulnera abiertamente los artículos 38 y 39 del Estatuto Superior, pues no se está garantizando el derecho de los ciudadanos a gestar iniciativas asociativas para la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades básicas en lo referente a la seguridad social, sino que se están imponiendo requisitos económicos injustificados que hacen impracticables las iniciativas de organización de los trabajadores independientes.

Conforme a la norma acusada, el Gobierno Nacional está impidiendo y obstaculizando la autorización para el desarrollo de la actividad de afiliación colectiva de trabajadores independientes, a las organizaciones de bases cívicas constituidas por los propios sujetos destinatarios de la norma, lo que favorece el acceso de entidades o personas con ánimo de lucro individual, con lo que desnaturaliza la finalidad de la norma que es la ampliación de la cobertura en la

seguridad social de personas sin vínculo laboral, así como el fortalecimiento de la capacidad negociadora de este grueso de la población y la defensa de sus intereses.

2. Artículo 7-7.10 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 3 del Decreto 2313 de 2006.

La norma del epígrafe exige para el desarrollo del objeto social, una reserva especial de garantía mínima de 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes y además, como requisito de autorización, la acreditación de un patrimonio en igual cantidad a la mencionada. Esto hace que la norma infrinja flagrantemente la Constitución Nacional en su artículo 38.

Los requisitos exigidos para que una asociación de trabajadores independientes ingrese a la seguridad social, obstaculiza la constitución de entidades sin ánimo de lucro, ya que el capital exigido que asciende a la suma de \$244.800.000.

La norma da la posibilidad de crear entidades sin ánimo de lucro para afiliaciones colectivas a la seguridad social, pero exige una liquidez financiera que no atiende la materialidad real de un grupo de la población Colombiana que ha sido discriminada en materia de seguridad social; el Estado debe garantizar al derecho a la asociación sin imponer exigencias de índole económico que hagan nugatorio el mencionado derecho social fundamental.

3. Artículo 8, numeral 8.8, del Decreto 3615 de 2005, modificado por el Decreto 2313 de 2006.

La preceptiva del epígrafe viola la Constitución, en especial el postulado de que el interés general prevalece sobre el particular,

porque le exige a la asociación el pago de las cotizaciones aún cuando el afiliado esté en mora; con ello se está promoviendo la evasión de los pagos a la seguridad social y la responsabilidad, que está en cabeza del trabajador independiente, se la traslada a la asociación o agremiación; además de que, la mora del trabajador afiliado, pone en riesgo la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de la Protección Social a la agremiación.

4. Artículo 9 del Decreto 3615 de 2005 y el artículo 12-12.2 del Decreto 3615 de 2005.

Viola el artículo 25 de la C.N. en la protección que el Estado debe ofrecer al trabajo en todas sus modalidades, y el postulado de que el interés general prevalece sobre el particular.

Es acorde con la Constitución, que el Estado prevea un control sobre las organizaciones que pretendan afiliar colectivamente trabajadores independientes, tanto por la relevancia social de esta actividad, como por los manejos y captación de recursos de los particulares con destino a la seguridad social, pero dentro del respeto estatal a la iniciativa asociativa definida en el artículo 38 C.N.

Sin embargo, como lo pretenden las normas demandadas al exigir un monto de \$122.400.000 como reserva especial de garantía, ingreso que no es propio de una entidad sin ánimo de lucro constituida por personas con ingresos inestables.

Este tipo de organizaciones deben promoverse por iniciativa de los propios interesados, no es justificable, desde el punto de vista constitucional, que se exija a la comunidad para organizarse y acceder al goce de un servicio público esencial como es la seguridad social, una reserva de garantía que contradice el postulado Constitucional de

la prevalencia del interés general sobre el particular y que haría que estas entidades quedaran en manos de particulares con ánimo de lucro desvirtuando el espíritu de las asociaciones de bases cívicas y el espíritu de la normatividad.

Otro elemento que viola el Estatuto Superior son los artículos 8-4 y 9 del Decreto 3615 de 2005, normas que regulan la finalidad de la reserva especial de garantía, por vulnerar el postulado de que el interés general prevalece sobre el particular, y es que como se encuentra definido, la obligación de que la asociación asuma hasta por dos (2) meses el pago de las cotizaciones a la seguridad social del asociado que incurra en mora frente al sistema, se estaría promoviendo la evasión de los pagos de la seguridad social en cabeza del trabajador independiente, quedando radicada en cabeza de la asociación o agremiación esta obligación, lo que atenta contra la estabilidad económica de la empresa y, también pone en riesgo la autorización que el Ministerio de Protección Social otorga para su funcionamiento, cuando el responsable de los pagos a la seguridad social es el trabajador independiente, cuando la agremiación sólo le presta el servicio de adelantar los trámites de afiliación y permanencia en la Seguridad Social de forma colectiva y, bajo ningún aspecto, puede ser sancionado por la mora del afiliado.

5. Artículo 11 del Decreto 3615 de 2005

Este artículo prevé la cancelación por parte del Ministerio de la Protección Social de la autorización a las asociaciones o agremiaciones que dejen de cumplir los requisitos definidos por la Ley; esto es, suspensión de la personería jurídica con la consecuente inhabilidad para desarrollar el objeto social principal y que procede por vía administrativa violando el artículo 39 de la C.N.

6. Artículo 12-12.2 del Decreto 3615 de 2005.

Indica que como concepto de violación debe tenerse en cuenta lo expresado, cuando se arguyó la violación del artículo 9º del Decreto 3615 de 2006.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- El Ministerio de la Protección Social, a través de apoderada se opuso a las pretensiones de la demanda (Fls. 48 a 53), con base en los siguientes argumentos:

No es cierto que el artículo 7, numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 del Decreto 3615 de 2005 vulnere los artículos 38 y 39 de la C.P. porque en ningún momento se está coartando la libertad de expresión.

El contenido de requisitos contenidos en tales normas no implica limitación alguna de dicho derecho. Además, el inciso 2 del artículo 39 de la C.P. sujeta el funcionamiento de las agremiaciones al “*Orden Legal*” de tal manera que ha de entenderse que la libertad de asociación no supone ausencia de requisitos.

Las consideraciones de orden económico sustento de las pretensiones, además de que son subjetivas, no constituyen per se, vulneración alguna de tales preceptos.

En cuanto al numeral 8.8 y al párrafo del artículo 9, el demandante se limitó a endilgarles la violación de la Constitución Nacional, sin indicar cuál de todos los preceptos resulta quebrantados. La Corte Constitucional al respecto ha dicho que en lo referente al concepto de

violación, lejos de ser una simple formalidad, le impone al ciudadano una obligación de contenido material: definir con toda claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política. (Sentencia C-898 de 2001)

Tampoco es cierto que los artículos 9, parágrafo 11 y 12.2 del Decreto acusado, vulneren el artículo 25 de la C.P. pues estas no desconocen el derecho al trabajo y, por el contrario se ajustan a los mandatos constitucionales que prevén que el trabajo implica una “*obligación social*”.

Las normas demandadas, en lugar de quebrantar disposiciones constitucionales, 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 conforme al artículo 48 superior.

El Gobierno Nacional ha ejercido su potestad reglamentaria, enmarcada en la competencia otorgada por las normas legales que regulan el sistema general de seguridad social integral. En este sentido, ha venido regulando la afiliación colectiva y en el año 2005 expidió el Decreto 3615, esta norma regulaba fundamentalmente la posibilidad de que los trabajadores independientes pudieran afiliarse de manera colectiva al sistema de seguridad social en forma integral (pensiones, salud y riesgos profesionales) a través de agremiaciones o asociaciones, posibilidad contemplada en la Ley y que además había sido regulada en el decreto 516 de 2004.

El Decreto 3615 de 2005 recoge una realidad social en cuanto a trabajadores dependientes e independientes estando éstos últimos también expuestos a un riesgo laboral u ocupacional; entonces, los que se afilien de manera colectiva se verán beneficiados, toda vez que

las agremiaciones o asociaciones podrán recibir donaciones con destino a la reserva especial de garantía mínima, con el fin de contribuir en el valor del aporte del afiliado al sistema de seguridad social integral, y ante una caída de ingresos del trabajador, existe una ayuda para él, además del apoyo en los trámites administrativos y asesoría que conlleva la afiliación y el manejo de las novedades.

La afiliación colectiva que se genera con la aplicación del Decreto 3615, contribuirá a que una población laboralmente activa que se encuentra asociada o agremiada, se beneficie del sistema de seguridad social integral.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes guardaron silencio.

TERCERO INTERVINIENTE

El señor JOSE ALFREDO HAUPTMANN MUNEVAR intervino, como tercero impugnante, conforme al artículo 146 del C.C.A., antes del vencimiento del término de traslado para alegar en este proceso de única instancia, por ende, se aceptará su intervención.

En su escrito de intervención pide que se declare la legalidad de los numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 del artículo 7 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 3 del Decreto 2313 de 2006; el numeral 8.8 del artículo 8 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 4 del Decreto 2313 de 2006; el artículo 9 del Decreto 3615 de 2005; el artículo 11 del Decreto 3615 de 2005 y el numeral 12.2 del artículo 12

del Decreto 3615 de 2005, con los siguientes argumentos. (folios 68 a 72)

1. Exigencia de reserva especial de garantía mínima y patrimonio mínimo.

Para que las agremiaciones y asociaciones puedan afiliar colectivamente sus miembros al sistema de seguridad social integral, deben obtener autorización del Ministerio de la Protección Social una vez acreditado, entre otros, la constitución de la reserva especial de garantía mínima consistente en 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los primeros 500 afiliados, y por cada afiliado adicional, deberán prever en forma permanente el valor de las cotizaciones de 2 meses, a cada uno de los sistemas de seguridad social integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva (artículo 7-6, 8 y 9 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 3 del decreto 2313 de 2006 y, artículo 9 del Decreto 3615 de 2005).

Respecto de la reserva especial de garantía mínima, será expedida certificación por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, trimestralmente, dirigido al Ministerio de la Protección Social o a la Superintendencia Nacional de Salud (numeral 12.2 del artículo 12 del Decreto 3615 de 2005).

Adicionalmente, deben acreditar un patrimonio mínimo de 300 S.M.L.V. sin incluir la reserva especial de garantía mínima mencionada (artículo 7, Decreto 3615 de 2005 modificado por el artículo 3, Decreto 2313 de 2006).

Si estas agremiaciones o asociaciones no cumplen los requisitos, o se demuestra que promueven o toleran la evasión de aportes al sistema integral de seguridad social, el Ministerio de la Protección Social cancelará la autorización para afiliarse colectivamente (artículo 11, Decreto 3615 de 2005).

Por último, el numeral 8.8 del artículo 8 del Decreto citado dispone que cuando el afiliado esté en mora, dichas asociaciones deben cancelar los correspondientes aportes.

2. La constitución de reserva especial de garantía mínima y patrimonio mínimo no contradice la Constitución.

El derecho de libre asociación se garantiza a las personas, conforme al artículo 38 de la C.N., para el desarrollo de distintas actividades sociales, como una forma de realización de la libertad personal.

En lo concerniente a la libertad de asociación y la observancia de los requisitos y trámites legales, la Corte, en sentencia T-374 indicó que tiene su raíz en la libre voluntad de las personas que deciden perseguir ciertos fines lícitos a través de una organización unitaria que busca realizar un designio colectivo. Se caracteriza por la libertad de ingreso y de salida con lo cual se garantiza la autonomía de las personas.

Adicionalmente en sentencia T-268 del 18 de junio de 1996, se refirió a las cooperativas como un derecho general de asociación consagrado en el artículo 38 de la C.N. Se refirió a que las agremiaciones o asociaciones como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, que agrupan trabajadores independientes, pueden definir libremente aspectos como el objeto social, estructura, organización y funcionamiento dentro del marco Constitucional y legal

lo cual lleva a concluir que este reconocimiento los enmarca en el derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la C.P.

Por esto, es legítimo que el legislador expida normas que exijan la constitución de un patrimonio mínimo y una reserva especial de garantía mínima que no es incompatible con el sistema de valores, principios y derechos consagrados en la Carta, antes bien, reconoce y promueve derechos como la asociación, sin desconocer el equilibrio que debe existir entre su reconocimiento y la realización de otros derechos constitucionales como la seguridad social.

Además, estas exigencias brindan certeza sobre la capacidad financiera de las agremiaciones autorizadas a afiliarse colectivamente a trabajadores independientes y permite que estas entidades en virtud del principio de solidaridad, paguen las cotizaciones del afiliado que este en mora.

Siendo el principio de solidaridad pilar del derecho a la seguridad social, esto implica que todos los partícipes deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, De ahí que los afiliados deben cotizar, no solo para recibir los beneficios, sino para preservar el sistema en su conjunto.

Este principio contemplado en el artículo 1 y 95 de la C.N., es exigible a los particulares, en el sentido de un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, de forma que contribuya con su propio esfuerzo y actividad en beneficio de otros asociados o en interés colectivo.

Concluyó diciendo que el derecho de asociación consagrado en la Constitución, implica responsabilidades, como es, para las agremiaciones y asociaciones, cumplir con el pago de las cotizaciones

al sistema cuando sus afiliados se encuentren en mora por lo cual deben contar con una reserva especial de garantía mínima y un patrimonio mínimo para mantener su viabilidad financiera.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante le Consejo de Estado, emitió su concepto fiscal y solicitó negar las súplicas de la demanda (folios 74 a 79); para ello, razonó así:

Trascribió la norma que rige el derecho de asociación, artículo 38 de la C.N. y citó el artículo 22 de la Ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), artículo 16 de la Ley 16 de 1972 (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica) que consideró concordante con el mentado derecho.

Citó jurisprudencia constitucional donde se define el derecho de asociación como la libertad o facultad autónoma de las personas, para unir sus esfuerzos en aras de impulsar conjuntamente la realización de finalidades comunes mediante la adopción de distintas asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc. (Sentencia S-C-865 de 6 de septiembre de 2004).

Igualmente se refirió al artículo 2 y 6 de la Ley 100 de 1993, ley integral de la seguridad social, de donde concluyó que estas contemplan la libertad y autonomía de la voluntad de las personas para asociarse con fines y objetivos socialmente válidos.

El trabajador independiente, *“que es una persona natural que realiza una actividad económica o presta sus servicios de manera personal y*

por su cuenta y riesgo”, que no debe considerarse como informal o asimilado a pobre o indigente sin capacidad económica, como lo reclama el demandante, tiene la aptitud financiera que reclaman las normas, puede, en ejercicio de su voluntad y autonomía, asociarse para el logro de lo dispuesto en las expresiones acusadas sin que de ello dimanara vulneración alguna, antes por el contrario, es la realización del derecho personal a la asociación.

Por el contrario, el hecho de que haya trabajadores independientes con ínfima capacidad económica, no deben quitarles el derecho de afiliación a los que la tienen, sin que ello signifique un desamparo para los primeros pues, en este evento, el servicio público de la salud, por aplicación del principio de solidaridad, queda a buen amparo.

Agregó que la seguridad social, tanto como servicio público, como derecho, según la circunstancia en que se discuta, es de aplicación progresiva, en contraposición a la inmediata, por ello que se deben tener en cuenta las circunstancias de capacidad económica, edad, estado de salud y demás variables para cubrir las distintas prestaciones que se presenten en un momento determinado.

El actor demanda una desigualdad entre los trabajadores independientes capaces e independientes menesterosos, por lo que citó las jurisprudencias de la Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1996, expediente 1227, que revisó la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 100 de 1993 y del Consejo de Estado del 19 de agosto de 2004, expediente 3403-02, relacionadas con el principio de solidaridad, en donde los costos de la seguridad social debe ser sufragados por el contingente de los trabajadores amparados, en conjunto y en proporción a sus recursos, de manera que los económicamente capacitados subsidian a los demás, como una manifestación de la solidaridad humana.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en decidir si procede anulación de las normas antes enunciadas, en tanto, fijaron requisitos y condiciones económicas para la afiliación colectiva de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral.

NORMAS ACUSADAS

Las normas acusadas, son del siguiente tenor literal:

“DECRETO 3615 DE 2005

(10 de octubre)

Por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.

“...ARTÍCULO 7°. Modificado por el artículo 3° del Decreto 2313 de 2006. 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:

[...]

7.6. Establecer dentro de su objeto social, el servicio de afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.

7.8. Certificación expedida por la entidad financiera en la que conste la inversión de los recursos de la reserva especial de garantía mínima, la cual deberá contener además, el nombre y el Nit de la Agremiación, el número de la cuenta, el valor y la destinación de la misma.

7.9. Presentar actualizados los estados financieros de la entidad, donde se refleje la reserva especial como un rubro de destinación específica y exclusiva para el pago de las cotizaciones de sus trabajadores independientes afiliados.

7.10. Acreditar un patrimonio mínimo de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin incluir la reserva especial de garantía mínima prevista en el artículo 9° del presente decreto. “.

“ARTÍCULO 8°. Modificado por el artículo 4° del Decreto 2313 de 2006. DEBERES DE LA ENTIDAD AUTORIZADA PARA LA AFILIACIÓN COLECTIVA.

[...]

8.8. Pagar con recursos de la reserva especial de garantía mínima, las cotizaciones al sistema de seguridad social integral cuando el afiliado se encuentre en mora.”.

“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.”.

“ARTÍCULO 11. CANCELACION DE LA AUTORIZACIÓN.- El Ministerio de la Protección Social, cancelará la autorización de que trata el artículo 6° del presente decreto a las agremiaciones o asociaciones que dejen de cumplir con uno o varios de los requisitos exigidos para obtener la autorización, o cuando se demuestre que estas promueven o toleran la evasión o elusión de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.”.

“ARTÍCULO 12. OBLIGATORIEDAD DE ENVIAR INFORMACIÓN.- Las agremiaciones y asociaciones están obligadas a suministrar trimestralmente al Ministerio de la Protección Social o a la Superintendencia Nacional de Salud, según corresponda, la siguiente información:

[...]

11.2. Certificación expedida por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, a través de la cual se acredite que se mantiene la reserva especial de garantía mínima de que trata el artículo 9° del presente decreto.”.

ANÁLISIS DE LA SALA

El decreto demandado, según se lee en su encabezado, fue proferido por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren 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 y el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994.

Los artículos 48 y 189-11, establecen:

“ARTICULO 48. *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

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

[...]

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

Por su parte, los artículos 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, en lo pertinente al caso, preceptúan:

“ARTÍCULO 15. AFILIADOS. *<Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:*

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

[...]

PARÁGRAFO 1o. *En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios:*

a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado. De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley;¹

¹ Parágrafo declarado EXEQUIBLE, por los cargos acusados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1089-03 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis, en el entendido que

b) Podrán efectuarse pagos anticipados de aportes;

c) El Gobierno Nacional establecerá un sistema de descuento directo de aportes para permitir el pago directo de los mismos;

d) Las administradoras no podrán negar la afiliación de los trabajadores independientes ni exigir requisitos distintos a los expresamente previstos por las normas que las rigen;

e) Los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral;

f) Para verificar los aportes, podrán efectuarse cruces con la información de las autoridades tributarias y, así mismo, solicitarse otras informaciones reservadas, pero en todo caso dicha información no podrá utilizarse para otros fines.

2. En forma voluntaria: Todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley.

Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

PARÁGRAFO [sic]. Las personas a que se refiere el presente artículo podrán afiliarse al régimen por intermedio de sus agremiaciones o asociaciones, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto se expida dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de esta ley.”.
(Destacado no es del texto)

“ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. ²A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período

las expresiones “El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado” contenidas en el literal a) del referido párrafo presuponen la existencia de un ingreso efectivo por parte del trabajador independiente para hacer obligatoria su cotización’.

de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

B. Personas vinculadas al Sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación.

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.

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.”.

El artículo 204 se refiere al monto y distribución de las cotizaciones, norma que, además, actualmente está modificada en su inciso primero por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007.

Por su lado, el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, regla la afiliación y cotizaciones al Sistema General de Riesgos Profesionales, en forma voluntaria, para los trabajadores independientes, “*de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el gobierno nacional.*”.

Conforme al texto de las normas transcritas, se deduce sin ninguna hesitación que la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, Salud y Riesgos Profesionales, de manera colectiva, por parte de los trabajadores independientes, debe ser de regulada por el Gobierno Nacional.

Las preceptivas censuradas fueron expedidas en ejercicio de esa facultad regulatoria y por ende, es al Ejecutivo a quien le compete reglamentar estos aspectos, y esto no se discute en el proceso.

Ahora bien, el demandante alega que esta regulación vulnera los artículos 25, 38 y 39 de la Carta Política, en tanto limita y hace inaccesible a los trabajadores independientes e informales su afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.

En criterio de la Sala, las normas acusadas no vulneran las normas antes señaladas, por las siguientes razones:

El artículo 25 de la Carta Política consagra el derecho al trabajo³ en condiciones dignas y justas, este derecho que goza de especial protección del Estado, no sólo abarca la actividad laboral subordinada sino, también, por supuesto, el que ejercen los trabajadores independientes.

³ La Asamblea Nacional Constituyente, para efectos de estructurar el contenido del artículo 25 antes citado lo definió de la siguiente forma: *“El trabajo es toda actividad humana libre, consciente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital y de instrumento de labores. Es bien del hombre y de la humanidad. De ahí su valor humano. Está superado el concepto de que el trabajo es una mercancía sometida a las leyes del mercado sin consideración a la persona que lo presta. El nuevo concepto de la actividad laboral se aparta de la simple valoración material de ella, elevándola al rango de un derecho consustanciado con la vida y la esencial del ser humano. Por eso llega a la incorporación del trabajo en los nuevos textos constitucionales con alta significación de los valores inmanentes que deben reconocerse y respetarse. El trabajo exige respeto para la dignidad de quien lo presta, o sea, el hombre. Este es un ser con fines propios que cumplir por sí mismo; no es ni debe ser un simple medio para fines ajenos a los suyos.”*

En el presente asunto, no se está debatiendo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, sino el derecho de afiliación de los trabajadores independientes, de manera colectiva, al Sistema de Seguridad Social, el que está ligado al derecho de asociación (artículo 38 de la Carta Política) y, por supuesto, con el derecho a la Seguridad Social (artículo 48, *ibidem*).

Conforme a lo antes señalado, debe rechazarse de plano la violación del artículo 25 de la Carta Política, pues lo debatido corresponde a otra materia totalmente disímil e irreductible.

En el mismo sentido debe desestimarse la violación del artículo 39 de la Carta Política, que prescribe el derecho de asociación sindical que es específico de los trabajadores o empleadores y, por supuesto, no atañan a la vulneración del derecho de asociación con el objetivo de vincularse a la Seguridad Social.

Por su lado, el artículo 38 de la Carta Política, garantiza, como derecho constitucional fundamental el derecho de libre asociación en las distintas actividades que las personas realizan, derecho de asociación consiste en la libre disponibilidad de los ciudadanos para constituir formalmente asociaciones pero que, además, *“contiene un aspecto negativo, el cual consiste en que nadie puede ser obligado, directa o indirectamente, a formar parte de una asociación determinada.”*⁴

El derecho de asociación responde en un todo al principio de la autonomía de la voluntad, por ello, quienes forman la asociación o agremiación pueden imponer condiciones para su vinculación y

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-606 de 14 de diciembre de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

permanencia, y es del resorte de cada individuo aceptar y cumplir las condiciones que allí se prevean para su pertenencia.

De la misma forma ocurre con las asociaciones que se forman para intervenir o pertenecer, como en nuestro caso, al Sistema General de Seguridad Social en Salud; en donde el Gobierno, fijó unas reglas para su acceso y permanencia, que deben cumplirse, si es que es voluntad de las asociaciones pertenecer a ellas.

Para la Sala, al revisar las normas acusadas, conforme a los reparos propuestos por el demandante, encuentra que al reglamentar los requisitos y condiciones económicas para la afiliación colectiva de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral, no existe vulneración o exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria de que estaba investido el Gobierno Nacional porque éste último puede definir las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes pretendan afiliarse de forma colectiva en las diferentes formas que se presta el servicio de seguridad social (pensiones, salud y riesgos profesionales); 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 y el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, podía expedir las normas acusadas.

De la misma forma las facultades del Gobierno no pueden limitarse a repetir el texto de las leyes sino que pueden y deben contener ordenamientos que hagan efectiva y eficiente la ley. Por consiguiente, en el caso sub júdice, podía adoptar requisitos y condiciones para el ingreso de forma colectiva al Sistema General de Seguridad Social.

Las normas, crean requisitos que, pueden ser excluyentes o restrictivas con respecto a las formas de acceder a la afiliación

colectiva, pero esta decisión obedece a una política del Estado, quien debe definir esas condiciones para facilitar o restringir la prestación los servicios de seguridad social en forma colectiva de acuerdo con los estudios y características del sistema, por ello estas condiciones especiales son de su resorte reglamentario.

Ahora bien, las condiciones y requisitos que se deben imponer para la afiliación colectiva no deben contener exigencias que la hagan impracticable, que se varíe la voluntad del legislador o que contenga condiciones no razonables y a esto se contraerá el análisis específico de los artículos acusados, así:

Los numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 del artículo 7 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 3 del Decreto 2313, ordena que las asociaciones o agremiaciones para obtener su autorización para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social, deben establecer dentro de su objeto social ese servicio de afiliación; deben aportar certificación de una entidad financiera sobre inversión de los recursos de la reserva especial de garantía mínima; presentar actualizados los estados financieros de la entidad *“donde se refleje la reserva especial como un rubro de destinación específica y exclusiva para el pago de las cotizaciones de sus trabajadores independientes afiliados”*; y acreditar un patrimonio mínimo de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes más la reserva especial de garantía mínima.

Los anteriores requisitos son concordantes con los artículos 8, numeral 8.8., 9, 11, 12, numeral 12.2., del Decreto 3615 de 2005, con las modificaciones ordenadas por el Decreto 2313 de 2006, que establecen como deberes de la entidad autorizada para la afiliación colectiva el pago, con recursos de la reserva especial de garantía mínima, de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral cuando el afiliado se encuentre en mora; 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, 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 e indica que si se agotara dicha reserva, el Ministerio de la Protección Social cancelará la autorización a la agremiación o asociación; la cancelación de la autorización si las agremiaciones o asociaciones que dejen de cumplir con uno o varios de los requisitos exigidos para obtener la autorización, o cuando se demuestre que estas promueven o toleran la evasión o elusión de aportes; y la obligación de suministrar trimestralmente certificación expedida por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, a través de la cual se acredite que se mantiene la reserva especial de garantía.

Alega el demandante que las normas demandadas están incursas en un exceso regulatorio porque: la reserva especial de garantía contiene un monto que hace inviable la organización de trabajadores independientes, tanto así que impide y obstaculiza la autorización para el desarrollo de la actividad de afiliación colectiva de trabajadores independientes, en especial con respecto a las organizaciones de bases cívicas; que la liquidez financiera no atiende la realidad de un grupo de la población colombiana que ha sido discriminada en materia de seguridad social; que el Estado debe garantizar al derecho a la asociación sin imponer exigencias de índole económica que lo hagan nugatorio; y que no es razonable exigir una reserva especial de garantía, cuando este rubro no es propio de una entidad sin ánimo de lucro constituida por personas con ingresos inestables.

Lo alegado por la parte demandante corresponden a apreciaciones subjetivas, carentes de soporte fáctico y probatorio, y para la Sala,

como ya se indicó, el derecho de asociación para ingresar de manera colectiva al Sistema General de Seguridad Social, puede ser regulado de manera amplia por el Ejecutivo en la medida en que la Constitución y el legislador le defirió esa potestad.

La exigencia de una reserva especial de garantía, si se tiene en cuenta que se trata de una organización que debe agrupar como mínimo un total de quinientos (500) afiliados el monto, también, mínimo, de trescientos (300) salarios mínimos, en principio, no resulta desproporcionado ni impide o coarta el derecho de los interesados a afiliarse al Sistema de Seguridad Social en forma colectiva, eso sí, cumpliendo los requisitos allí señalados.

Es más, puede decirse que la existencia de alguna liquidez financiera, por parte del ente que los agrupa, responde a las necesidades de que el colectivo interesado en afiliarse al Sistema de Seguridad Social tenga la solvencia y solidez necesarias que garanticen su permanencia y continuidad dentro del Sistema.

De otro lado, no aparece demandada la mencionada discriminación en contra de algún grupo, pues, conforme a la Ley 100 de 1993, el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 3º) la afiliación de forma individual, la que siempre resulta procedente bajo diversas modalidades y condiciones subjetivas de cada habitante.

No es cierto que el Estado, en aras de garantizar el derecho de la asociación, deba abstenerse de imponer exigencias de índole económica para poder afiliar colectivamente a los trabajadores independientes, por el contrario, el Estado debe proveer las garantías y medidas de seguridad que hagan confiable y segura la vinculación y permanencia de las agremiaciones y asociaciones.

Empero, como política estatal puede estar la promoción de asociaciones o agremiaciones para que vinculen al Sistema de Seguridad Social, pero ello no implica que su finalidad deba estar orientada a crear masas, sino que, ésta puede obedecer a fijar condiciones de estabilidad como son las que se deducen de las condiciones económicas ordenadas.

Esta actuación del Estado no resulta discriminatoria, en la medida en que informa de las mismas condiciones a todos los interesados en crear, formar parte o desarrollar asociaciones o agremiaciones cuyo objeto social sea la vinculación colectiva a la Seguridad Social Integral, con lo que pueden lograr unas mejores condiciones que las que se ofrecen al conglomerado en general.

En el mismo sentido la Sala no observa que la norma tenga un claro sesgo a favor de las denominadas por el actor “asociaciones de particulares, con ánimo de lucro”, pues de lo que se trata, es que con una regulación estricta se dé permanencia y continuidad a la asociación o agremiación de trabajadores independientes que se quiera afiliar al Sistema de Seguridad Social dejando de lado, a aquellas asociaciones que no tengan una solvencia o una vocación de permanencia en el sistema y esto no excluye a las asociaciones o agremiaciones cívicas o de trabajadores informales, los que, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad pueden, con reglas claras, crearlas.

En cuanto a la exigencia a la asociación del pago de las cotizaciones aún cuando el afiliado esté en mora, la Sección señala que, en efecto, el Decreto acusado contiene una regulación sistemática que prevé esta hipótesis; esta carga no resulta desproporcionada, en la medida en que la asociación o agremiación tiene potestad de escoger a sus

vinculados, puede recibir donaciones con destino al pago solidario de las cuotas de cotización respecto de los asociados que se retrasen, desde su creación existe el fondo de reserva para esos fines y ellas mismas, pueden establecer mecanismos para que se paguen las cotizaciones de forma completa y oportuna y así no poner en riesgo la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de la Protección Social a la agremiación.

En otras palabras, con el decreto acusado se está evitando la existencia de agremiaciones o asociaciones de papel, con funciones mínimas de adelantar los tramites de afiliación y permanencia en la Seguridad Social de forma colectiva, sino que la política estatal lo que impulsa es la conformación de verdaderas empresas asociativas que intervengan de manera colectiva en el Sistema General de Seguridad Social, aportando visos de seriedad y vocación de permanencia, lo que, en principio puede lograrse con las garantías exigidas por el Gobierno Nacional.

Adicional a lo antes dicho, el Gobierno Nacional, conforme al artículo 189-24 de la Carta Política,⁵ tiene plena potestad para regular y desarrollar mecanismos que garanticen el recaudo y manejo de dineros captados al público, como en este caso que las asociaciones desean intervenir como afiliados masivos en el Sistema General de Seguridad Social.

Conforme a lo antes expuesto no se observa la vulneración de las normas y principios constitucionales invocados con la demanda, por ello, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

⁵ “ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...] 24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.”.

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

FALLA

Deniéganse las pretensiones de la demanda relacionadas con la anulación de los artículos 7, numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 (modificado por el artículo 3 del Decreto 2313 de 2006); 8, numeral 8.8 (modificado por el artículo 4 del Decreto 2313 de 2006); 9 con su respectivo párrafo; 11 y 12, numeral 12.2, Integral del Decreto 3615 de 2005, normas que reglamentan la afiliación de trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social.

Acéptase la intervención del ciudadano JOSE ALFREDO HAUPTMANN MUNEVAR, como tercero impugnante, conforme al artículo 146 del C.C.A.

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

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO