

TRABAJADORES INDEPENDIENTES - Anula expresiones sobre el Ingreso base de cotización en salud para estos trabajadores no podía ser inferior a dos salarios mínimos legales mensuales / INGRESO BASE DE COTIZACION EN SALUD - Trabajadores independientes / TEST DE RAZONABILIDAD - Trabajadores dependientes e independientes: irrazonabilidad en el trato discriminatorio en el ingreso base de cotización en salud / DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración / PRESUNCION - Monto de ingresos de un trabajador independiente

Es cierto que no son iguales los trabajadores independientes y los dependientes. Su sola condición de vinculación con un empleador marca la diferencia. Para el caso de los dependientes si bien el máximo de cotización está señalado en el 12% sobre el ingreso base de cotización, tal porcentaje es asumido por el dependiente sólo en una tercera parte, ya que las otras dos terceras partes son asumidas por el patrono. No sucede así con el trabajador independiente quien él sólo tiene que asumir el 12% sobre el ingreso base de cotización. No obstante que no son iguales esas categorías de trabajadores, por lo que podría pensarse al inicio que resultaría inane un juicio de comparación, tal argumento debe descartarse, pues, precisamente, esa desigualdad, impone, por lo menos, un tratamiento razonable desde el punto de la asunción del aporte. No pasa desapercibido para esta Sala que la disposición contenida en el parágrafo 2 del precitado artículo 204 de la ley 100 de 1993 le difirió al Gobierno Nacional la reglamentación de un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, experiencia laboral y otros factores allí enlistados, pero tal potestad no puede confundirse con la presunción de derecho que a priori hace el Gobierno en las disposiciones acusadas, consistente en que los trabajadores independientes, por el hecho de serlo, devengan siempre dos salarios mínimos. Ese debe ser el sentido de la disposición que en manera alguna faculta al ejecutivo, para sin más, presumir sin posibilidad alguna de poder ser rebatida de que el independiente siempre gana dos salarios mínimos. Se insiste en los argumentos débiles de la entidad demandada para justificar tal discriminación, la que, por cierto, deja sin posibilidad alguna de ser afiliado al régimen contributivo el trabajador independiente que gane un salario mínimo, ya que no es cierto que si declara ese monto ingrese directamente al régimen subsidiado. Aplicando de esa manera lo que ha denominado la doctrina y la jurisprudencia, el “test de razonabilidad”, sólo puede llegarse a la conclusión de que el trato desigual entre uno y otros trabajadores es injustificado y desproporcionado. Se declarará entonces la nulidad de las expresiones acusadas, por ser violatorias del principio de igualdad, infracción que lleva, de contera, a desconocer claros mandatos de la ley 100 de 1993, como se dijo en párrafos antecedentes, pues no obstante que las citadas disposiciones se encuentran hoy derogadas tácitamente por la precitada ley 797, estuvieron vigentes y esta jurisdicción debe pronunciarse sobre la legalidad, pues sólo así se logra el propósito de mantener el orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, la que se recobra no con la derogatoria de a norma, sino con el pronunciamiento definitivo del juez contencioso administrativo.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL REGIMEN DE SALUD - Cotizaciones y subsidios de trabajadores independientes / TRABAJADORES INDEPENDIENTES – Aportes al Fosyga por solidaridad

Del recuento de la Ley 100 de 1993, artículos 1, 2, 157, 203, 204, es necesario resaltar la importancia que tiene el principio de solidaridad en el régimen de

salud de la ley 100 de 1993, el cual constituye un deber exigible a las personas, que hace referencia a la obligación que tienen los administrados de contribuir con su esfuerzo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual lleva forzosamente a concluir que éstos deban cotizar, si tienen ingresos, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en conjunto.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente : ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004).

Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0175-01(3403-02)

Actor: SERVIRECURSOS INTEGRALES C.T.A.

Demandado: GOBIERNO NACIONAL Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

DEMANDA

La parte actora, en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación se declare la nulidad de la expresión del inciso final del **ARTÍCULO 26 DEL DECRETO 806 DE 1998** QUE DICE “CUYOS INGRESOS MENSUALES SEAN IGUALES O SUPERIORES A DOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES”; EL INCISO FINAL DEL **ARTÍCULO 25 DEL DECRETO 1406 DE 1999** QUE ESTABLECE “...EN NINGÚN CASO EL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PODRÁ SER INFERIOR A DOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES”; EL **NUMERAL 3.1.1. DE LA CIRCULAR EXTERNA NO. 087 DE 1999 DE LA**

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD QUE PRESCRIBE “...INGRESO BASE DE COTIZACIÓN QUE EN NINGÚN CASO SERÁ INFERIOR A DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN EL DECRETO 806 DE 1998” Y **LA PRIMERA PARTE DEL INCISO 5 DEL ARTICULO 5 DE LA RESOLUCIÓN NO. 009 DE 1996 DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** QUE SEÑALA “... ASÍ MISMO, CUANDO LA BASE DE COTIZACIÓN RESULTARE INFERIOR A DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE PODRÁ, SI LO DESEA, COTIZAR SOBRE ESTA BASE CON EL FIN DE INGRESAR EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO”.

Los textos de los actos acusados fueron aportados por la demandante y aparecen visibles a folios 14 a 31.

Alega la Cooperativa demandante que los apartes acusados violan flagrantemente el derecho a la igualdad y el acceso al sistema de salud, porque ni la Constitución ni la Ley 100 de 1993 establecen diferencias de trato entre los trabajadores independientes y dependientes, como quiera que tales disposiciones establecen que unos y otros deben cotizar el mismo porcentaje (12%) para salud en el régimen contributivo. Que sin embargo, este principio de igualdad se rompe con las disposiciones acusadas porque exige al trabajador independiente que cotice el doble de lo que cotiza el empleado dependiente.

Agrega que el acceso al sistema de salud está consagrado en los artículos 48 y 49 de la Carta Política y 14 del Decreto 1485 de 1994, legislación que se encuentra encaminada a promover y facilitar el acceso a la seguridad social y si bien se puede entender la necesidad de crear reglas que eviten o por

lo menos intenten precaver el fraude y el aprovechamiento indebido del sistema por parte de personas que pueden contribuir con más recursos económicos, tal precaución llegó al extremo de impedir el acceso a al sistema de salud, transgrediendo de manera evidente el principio que lo consagra.

Añade que el Gobierno debe consultar la realidad de los ingresos obtenidos por los trabajadores independientes para que coticen sobre la base del 12%.

Manifiesta que el facilismo y la enorme cantidad de afiliaciones que a diario se presentan en las E.P.S. ha impedido la aplicación del sistema de presunción de ingresos, por lo que hoy en día se tomó como regla general lo que la Ley y la resolución 009 de 1996 aplican como excepcional. De ahí, concluye, la imperiosa necesidad de retirar del ordenamiento jurídico esas normas que han desvirtuado el espíritu de la Constitución y la ley, al restringir de una manera injusta el acceso de la clase media colombiana al Sistema de Salud.

Aduce que efectivamente, los trabajadores independientes no son, por esencia, personas con ingresos superiores a los dos (2) salarios mínimos legales vigentes, como lo quiere hacer pensar el Gobierno a través de la Resolución No. 009 de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, que, todo lo contrario, son personas que están bordeando el salario mínimo, pero que tampoco se encuentran en la necesidad de estar en el régimen subsidiado.

Expresa que lo que se pretende con la demanda es que se retiren del orden jurídico algunas normas que impiden la aplicación de un justo medio a favor de la clase media: Trabajadores independientes que no tienen ingresos de

más de dos salarios mínimos legales vigentes pero tampoco están en grados de indigencia o pobreza extrema.

Alega que las normas acusadas establecen un requisito y una presunción que no facilita a los trabajadores independientes tener acceso a la seguridad social y a la salud, especialmente, por cuanto se lesiona gravemente la realidad social en la que viven aquellos que no devengan siquiera los dos salarios mínimos y ello implica que, por no tener que hacer aporte de cotización superiores a los que su realidad les permite, prefieran o se vean obligados a no vincularse al sistema de seguridad social en salud.

Que lo anterior trajo otra solución que han adoptado los particulares y es la de vincularse a través del régimen subsidiado SISBEN, ya que es más fácil la afiliación y por supuesto, gratuita; que como puede verse, el ánimo restrictivo desembocó en un fraude que tácitamente está prohiendo el propio Estado en detrimento de las finanzas del sistema.

Dentro de la oportunidad procesal se presentó como impugnante de la demanda, el ciudadano Juan Buitrago Galindo, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda. Manifiesta que las normas acusadas lejos de discriminar a los trabajadores independientes, lo que hace es establecer un tratamiento favorable para esta clase de trabajadores, en consideración a su fuerza productiva, que no aplica a los trabajadores dependientes quienes igualmente habrían podido ser favorecidos con su ingresos al régimen subsidiado cuando tales no fueran superiores a un salario mínimo legal mensual vigente.

Señala que se debe precisar que la Ley 100 de 1993 no impone al Gobierno Nacional que el mínimo del ingreso base de cotización de los trabajadores independientes deba ser sobre un salario mínimo legal vigente; que, por el contrario, el artículo 204 en el párrafo 2 señala que el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones, de acuerdo a las variables allí indicadas, lo que permite concluir que el Gobierno Nacional tiene la facultad de fijar de acuerdo con la financiación que requiere el sistema, cuál es el ingreso base de cotización dentro del régimen contributivo para los trabajadores independientes, sin desconocer que la base mínima no puede ser inferior a un salario mínimo y la máxima de 25 salarios (Ley 797 de 2002) ni que el porcentaje sobre este ingreso base de cotización pueda ser mayor del 12%, pudiendo sí fijar un ingreso base de cotización dentro de estos toques mínimo y máximo, como lo hizo con los trabajadores independientes.

Agrega que el legislador tiene la facultad de establecer el sistema de seguridad social que considere conveniente, así como la de señalar la forma como los ciudadanos deben contribuir para la prestación del servicio en aras de asegurar la financiación del sistema adoptado; que la diferencia de trato entre trabajadores independientes y dependientes, es admitida dentro del sistema, más cuando esa diferenciación es positiva, en la medida en que favorecen a aquellos trabajadores independientes que, por sus escasos ingresos, no están obligados a afiliarse al régimen contributivo, sino que el Estado subsidia su afiliación.

Aduce que ya la Corte Constitucional en el caso de los aportes de los pensionados se pronunció declarando la exequibilidad del artículo 143 de la ley 100 de 1993, cuyos fundamentos son perfectamente aplicables al caso sometido a estudio. En dicha sentencia la Corte concluyó que tal precepto no

viola la igualdad ni la especial protección a las personas de la tercera edad por el hecho de que el legislador haya previsto la cotización de salud a cargo íntegramente de los pensionados.

Finalmente señala que la base de los dos (2) salarios mínimos para los trabajadores independientes no desconoce los topes establecidos en la ley ni el porcentaje establecido que es del 12% sobre los ingresos iguales o superiores a dos (2) salarios mínimos, de donde no se entiende, según dice, cuál es la violación de las normas señaladas por el demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación-Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Hacienda, por conducto de apoderados, contestaron la demanda en la oportunidad procesal, oponiéndose a las pretensiones.

La Superintendencia Nacional de Salud manifiesta que expidió la Resolución No. 0009 del 10 de enero de 1996 y la Circular Externa No. 087 del 26 de mayo de 1999, en desarrollo de sus competencias legales y reglamentarias; que tales actos se encuentran ajustados a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integridad, contemplados en la ley 100 de 1993.

El Ministerio de Hacienda, por otra parte, expresa que el demandante parte de supuestos equivocados, pues el ingreso base de cotización sobre dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes se enmarca en el régimen contributivo al que pertenecen aquellas personas con una determinada capacidad de pago, por lo cual la afiliación al Sistema de

Salud, a través de este régimen, no es obligatoria para la totalidad de la población colombiana, sin que ello pueda tenerse como una forma de restringir el acceso a la seguridad social.

Manifiesta que la cotización mínima fijada para los trabajadores independientes es parte de las reglas del régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir este es un régimen que vincula a sus afiliados a través del pago de una cotización o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado (caso de los trabajadores independientes) en concurrencia entre éste y su empleador (caso de los trabajadores dependientes) como lo señala el artículo 202 de la ley 100 de 1993. En ese orden de ideas, los trabajadores independientes que carezcan de los recursos suficientes para cotizar sobre el mínimo requerido, es decir que no cuenten con capacidad de pago suficiente, pueden afiliarse al Sistema a través del régimen subsidiado o ser atendidos como parte de la población vinculada.

Alega que en materia del régimen contributivo, el legislador ha fijado una base mínima de cotización para los trabajadores independientes y una para los trabajadores dependientes, teniendo en cuenta la fidelidad esperada en cada uno de estos grupos y buscando organizar un sistema financieramente fuerte que permita mantener la estabilidad de los beneficios para sus afiliados, protegiendo así la dignidad humana de la población afiliada. La base de cotización, por eso, se fija teniendo en cuenta los factores determinados por el legislador en el párrafo 2 del artículo 204 de la ley 100 de 1993 y representa el monto necesario para garantizar el equilibrio de los costos y beneficios otorgados por el sistema frente a los recursos posibles de obtener por cotizaciones, única fuente de financiación, por lo que

necesariamente, según manifiesta, debe tenerse en cuenta el riesgo de la estabilidad laboral para cada uno de los grupos de trabajadores.

Agrega que si el legislador se ha ocupado de definir las cuantías mínimas sobre las cuales se debe cotizar al Sistema con el fin de que éste se sostenga y pueda de manera permanente continuar brindando los servicios que ofrece a la población afiliada, puede concluirse que esa exigencia de lo razonable para atender la población existente y su grupo familiar, desarrolla el artículo 48 de la C.P., porque la misma ley ha previsto que cuando no se tenga la capacidad económica para cotizar como trabajador independiente no es obligatorio pertenecer a dicho régimen y se le presenta la opción de acudir al régimen subsidiado para obtener su seguridad social o eventualmente la de ser atendido en la red pública como población vinculada.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, solicita se despachen en forma desfavorable las súplicas de la demanda.

Manifiesta que las expresiones reglamentarias acusadas que someten a distinto régimen de afiliación o de participación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no hacen más que ratificar, en forma expresa, los aspectos contenidos en la ley 100 de 1993.

Expresa que la ley incluyó como afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el régimen contributivo a las personas vinculadas con contrato de trabajo, empleados públicos, pensionados y jubilados y a los trabajadores independientes con capacidad de pago, quienes deben contribuir

con sus aportes al financiamiento de las entidades a través de las cuales se presten los servicios; y, respecto de los trabajadores independientes sin capacidad de pago, el legislador los ubicó en el régimen subsidiado, sin perjuicio que el factor económico les determine que deban ser tenidos como vinculados al sistema, por lo cual, de todas maneras, se cumple con el principio de universalidad, sin que ello signifique un tratamiento odioso y discriminatorio.

Se decide, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El asunto de la controversia se centra en establecer si las normas acusadas son discriminatorias para los trabajadores independientes y, por ende, violatorias de preceptos legales contenidos en la Ley 100 de 1993, al señalar que el ingreso base de cotización para el sistema general de salud de tales empleados son dos salarios mínimos legales mensuales, mientras que para los trabajadores dependientes el salario base no puede ser inferior al mínimo mensual legal vigente.

Como el enfoque del demandante contra las disposiciones acusadas está dirigido a la discriminación que, según estima, se da por el trato desigual entre los empleados dependientes y los independientes, resulta imperioso que la Sala, antes de hacer el juicio de igualdad que solicita, haga un recuento normativo de algunos aspectos que contempla la Ley 100 de 1993, en cuanto al acceso al sistema general de salud.

Artículo 1o. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

Artículo 2o. PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

.....

b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c. SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

Artículo 6o. OBJETIVOS. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

.....

3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional

de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;

Artículo 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> A 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.

<Jurisprudencia - Vigencia>

Corte Constitucional:

- Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-711-98 del 25 de noviembre de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

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 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.

Artículo 203. AFILIADOS Y BENEFICIARIOS. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> Serán afiliados obligatorios al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157.

PARÁGRAFO. El Gobierno podrá establecer los sistemas de control que estime necesarios para evitar que los afiliados obligatorios al régimen contributivo y las personas de altos ingresos se beneficien de los subsidios previstos en la presente Ley.

Artículo 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

<Inciso 2o. INEXEQUIBLE>.

<Jurisprudencia - Vigencia>

Corte Constitucional:

- Mediante Sentencia C-663-96 del 28 de noviembre de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte Constitucional dispuso "ESTESE A LOS RESUELTO por la Corte en Sentencia C-577-95 de 4 de diciembre de 1995".

- Inciso 2o. declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-577-95 del 4 de diciembre de 1995, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

PARÁGRAFO 1o. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta Ley.

PARÁGRAFO 2o. Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.

Del recuento anterior de preceptos es necesario resaltar la importancia que tiene el principio de solidaridad en el régimen de salud de la ley 100 de 1993, el cual constituye un deber exigible a las personas, que hace referencia a la obligación que tienen los administrados de contribuir con su esfuerzo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual lleva forzosamente a concluir que éstos deban cotizar, si tienen ingresos, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en conjunto.

Resulta, por lo tanto, una verdad indiscutible que la seguridad social integral tiende a la protección de los miembros de una comunidad en sus múltiples necesidades, por lo que la filosofía que informa el sistema está fincada, se repite, en la solidaridad social y en la integralidad. En esa medida los costos no los debe asumir el contingente de los trabajadores amparados, como tampoco los empresarios o patronos, pues éstos deben asumírselos todos en conjunto, en directa proporción a sus recursos y así, los que poseen más, aportan más y los menos capaces, cotizan en menor cantidad. Además, los capacitados económicamente para aportar, subsidian a los demás, como una manifestación de la solidaridad humana.

Ahora bien, según el demandante es discriminatorio en relación con los trabajadores dependientes que las disposiciones acusadas señalen para los trabajadores independientes una base de cotización mayor, pues

mientras para éstos el ingreso base de la cotización está señalada en dos salarios mínimos mensuales vigentes, para los trabajadores dependientes la base sólo está señalada en un salario mínimo legal mensual vigente, argumento que resulta acertado. Varias son las razones que llevan a la Sala a esta conclusión.

En primer lugar, para saber si la norma establece un régimen discriminatorio entre los trabajadores señalados anteriormente, es necesario saber si las circunstancias que le son comunes, imponen un tratamiento igual, lo que llevaría necesariamente a concluir que no existe razón suficiente que justifique el trato desigual, o, si por el contrario, aun cuando sean diferentes la norma puede no tener razonabilidad para un trato discriminatorio.

Es cierto que no son iguales los trabajadores independientes y los dependientes. Su sola condición de vinculación con un empleador marca la diferencia. Para el caso de los dependientes si bien el máximo de cotización está señalado en el 12% sobre el ingreso base de cotización, tal porcentaje es asumido por el dependiente sólo en una tercera parte, ya que las otras dos terceras partes son asumidas por el patrono. No sucede así con el trabajador independiente quien él sólo tiene que asumir el 12% sobre el ingreso base cotización.

No obstante que no son iguales esas categorías de trabajadores, por lo que podría pensarse al inicio que resultaría inane un juicio de comparación, tal argumento debe descartarse, pues, precisamente, esa desigualdad, impone, por lo menos, un tratamiento razonable desde el punto de la asunción del aporte.

El demandante precisa en su libelo cuáles son las razones comunes que obligan, desde el punto de vista de la contribución a un trato igual, pues de lo contrario, resultarían perjudicados los trabajadores independientes que devengan un salario mínimo, argumento que resulta cierto como quiera que los lleva a ser discriminados para pertenecer al sistema, a pesar de la insistencia de la demandada en señalar que dichos trabajadores independientes con un salario mínimo son acogidos en el régimen contributivo, planteamiento que resulta contradictorio con la filosofía que inspira el régimen subsidiado.

En efecto, el argumento débil de defensa de la demandada, lleva a una contradicción insalvable, pues mientras que los artículos 157 y 204 de la ley 100 de 1993 están prescribiendo, de una parte, que son afiliados obligatorios al régimen contributivo las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los trabajadores independientes, con capacidad de pago, y, por otra, que el salario base de cotización, sin hacer distinción alguna, no podrá ser inferior al salario mínimo legal, el hecho de argumentar que los independientes con un salario mínimo pueden ser beneficiarios del sistema subsidiado, es una simple entelequia, que de darle tal interpretación, llevaría igualmente a otra discriminación, habida cuenta que el régimen contributivo no daría cabida al trabajador dependiente que devengue un salario mínimo y sí acogería al independiente en las mismas condiciones.

No pasa desapercibido para esta Sala que la disposición contenida en el parágrafo 2 del precitado artículo 204 de la ley 100 de 1993 le difirió al Gobierno Nacional la reglamentación de un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, experiencia laboral y otros factores allí enlistados, pero tal potestad no puede confundirse

con la presunción de derecho que a priori hace el Gobierno en las disposiciones acusadas, consistente en que los trabajadores independientes, por el hecho de serlo, devengan siempre dos salarios mínimos. La presunción que está consagrada en dicho párrafo apunta al monto de ingresos que puede estimarse devenga un independiente, por su actividad económica y en fin, por todas las circunstancias de modo que impliquen que no pueda percibir ingresos inferiores a los que está declarando. Ese debe ser el sentido de la disposición que en manera alguna faculta al ejecutivo, para sin más, presumir sin posibilidad alguna de poder ser rebatida de que el independiente siempre gana dos salarios mínimos.

Se insiste en los argumentos débiles de la entidad demandada para justificar tal discriminación, la que, por cierto, deja sin posibilidad alguna de ser afiliado al régimen contributivo el trabajador independiente que gane un salario mínimo, ya que no es cierto que si declara ese monto ingrese directamente al régimen subsidiado. La propia definición de salario mínimo legal que consagra el artículo 145 del C.S.T, rebate palmariamente tal argumentación, pues si éste es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, mora y cultural, lo que supone que tales están satisfechas con tales emolumentos, mal podría decirse, sin contrariar la disposición, que para unos sí es una referente de capacidad de pago y para otros no.

El juicio pues de igualdad que se hace en las disposiciones acusadas obliga prodigar un trato igual a los trabajadores dependientes e independientes, en lo que corresponde con el ingreso base de cotización para el sistema de salud, ya que no es posible que ante estas situaciones, se prediquen consecuencias jurídicas diferentes, como quiera que no hay razones

objetivas y mas bien sí arbitrarias, para establecer regímenes diferentes. Aplicando de esa manera lo que ha denominado la doctrina y la jurisprudencia, el “test de razonabilidad”, sólo puede llegarse a la conclusión de que el trato desigual entre uno y otros trabajadores es injustificado y desproporcionado. Amén de que es discriminatorio con los trabajadores independientes que devengan un salario mínimo, pues éstos son excluidos, sin más, del sistema de seguridad social en salud, lo que lleva de contera a que se conculquen los principios de universalidad e integralidad que inspiran como principios básicos el sistema de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993, principios que tienen una consagración normativa, como se observa de las normas transcritas al inicio de estas consideraciones.

Es más, esta discriminación vino a ser remediada con la expedición de la ley 797 del 29 de enero de 2002, la cual estableció en el artículo 19, para los trabajadores independientes que “... en ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente”.

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

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

F A L L A

DECLARASE LA NULIDAD DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 26 DEL DECRETO 806 DE 1998 QUE DICE “CUYOS INGRESOS MENSUALES SEAN IGUALES O SUPERIORES A DOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES”; EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 25 DEL DECRETO 1406 DE 1999 QUE ESTABLECE “... EN NINGÚN CASO EL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PODRÁ SER INFERIOR A DOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES”; EL NUMERAL 3.1.1. DE LA CIRCULAR EXTERNA NO. 087 DE 1999 DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD QUE PRESCRIBE “... INGRESO BASE DE COTIZACIÓN QUE EN NINGÚN CASO SERÁ INFERIOR A DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN EL DECRETO 806 DE 1998” Y LA PRIMERA PARTE DEL INCISO 5 DEL ARTICULO 5 DE LA RESOLUCIÓN NO. 009 DE 1996 DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD QUE SEÑALA “ ...ASÍ MISMO, CUANDO LA BASE DE COTIZACIÓN RESULTARE INFERIOR A DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE PODRÁ, SI LO DESEA, COTIZAR SOBRE ESTA BASE CON EL FIN DE INGRESAR EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO”.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

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

**ANA MARGARITA OLAYA FORERO
MANTILLA**

ALBERTO

ARANGO

**TARSICIO CACERES TORO
BUSTAMANTE**

JESÚS

MARIA

LEMOS

**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
PEÑARANDA**

NICOLAS

PAJARO

Ausente

**ENEIDA WADNIPAR RAMOS
Secretaria**