

## **EXCEPCION DE COSA JUZGADA – identidad de objeto en el cargo formulado**

Efectivamente en las sentencias de 12 de octubre de 2006, dictada en el proceso radicado con el No. 15399 y 11 de octubre de 2007, proferida dentro del proceso No. 1291-06, se examinó la legalidad del inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003. Ahora bien, conforme a la sentencia de 11 de octubre de 2007, dictada dentro del proceso 1291-06, el actor hizo consistir la acusación, en: “El demandante censura la expedición del decreto acusado por violación de los artículos 113, 114, 121, 150, numeral 1, y 189, numeral 11 de la Constitución Política; 204, párrafo 1, de la Ley 100 de 1993 y 17 de la Ley 797 de 2003. Expresa que la norma acusada excedió la potestad reglamentaria dado que sólo podía reglamentar el Sistema General de Pensiones y reglamentó el Sistema de Seguridad Social en Salud, además que al reglar la base de cotización no precisó si se trata de trabajadores dependientes o independientes, de los que se deduce que alude a los dos. El trabajador independiente no debía ser incluido porque su base de cotización se encuentra regulada en el artículo 6 de la Ley 797 de 2003, que no es objeto de reglamentación. El párrafo del artículo 3º del decreto acusado sólo hace referencia a los trabajadores dependientes cuando incumplan con las cotizaciones para pensión y salud, mientras que la Ley 797 de 2003 reguló en forma separada la base de cotización de trabajadores dependientes e independientes. El Legislador sólo previó la igualdad de las bases de cotización en pensión y en salud para las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. En el presente proceso, el cargo formulado contra el inciso demandado es idéntico: “extralimitación del ejecutivo en su potestad reglamentaria constitucional y legal”, motivo por el cual la excepción propuesta tiene vocación de prosperidad y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia, ordenándose estarse a lo dispuesto en las sentencias de 12 de octubre de 2006, dictada por la Sección Cuarta en el proceso radicado con el No. 15399 y la proferida por esta Sección el 11 de octubre de 2007, dentro del proceso No. 1291-06, que examinaron la legalidad del inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003.

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

**NORMA DEMANDADA:** INCISO SEGUNDO DE ARTICULO 3 DEL DECRETO 510 DE 2003 / INCISO SEGUNDO DEL PARAGRAFO DEL ARTICULO 3 DEL DECRETO 510 DE 2003

**POTESTAD REGLAMENTARIA – Desbordamiento / APORTES QUE EXCEDAN A LOS REALIZADOS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – restricción no prevista en la ley / LIQUIDACION DE LA PENSION – Aportes que excedan a los realizados para el Sistema de Seguridad Social en Salud**

Para resolver el cargo planteado, es preciso tener en cuenta que en sentencia de esta misma fecha, dictada por esta Sección en el proceso 1687-07, actor: Diana Patricia Martínez Pulgarín, se decidió sobre la legalidad del inciso segundo del párrafo del artículo 3º del Decreto Reglamentario 510 de 2003, es decir, la misma disposición demandada en este proceso, donde se declaró su nulidad. En esta providencia, la Sala observó que el párrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003, expresamente reglamentó el párrafo del artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 18 de

la Ley 100 de 1993. Al hacer una simple comparación de las referidas disposiciones, la Sala encontró que el parágrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003 objeto de la impugnación, contiene un evidente desbordamiento de la potestad reglamentaria al señalar que en caso de resultar diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tengan en cuenta para la liquidación de la pensión, pues al hacerlo está señalando una restricción no prevista en la Ley que dice reglamentar. Reitera dicha providencia, que es cierto que por mandato legal, las cotizaciones al sistema de salud deben hacerse sobre la misma base, sin embargo, lo que la Ley no prevé, es la posibilidad de no tener en cuenta para la liquidación de la pensión, los aportes que excedan a los realizados para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Tampoco prevé la ley la posibilidad de que en esos eventos, los aportes excedidos sean devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, como lo dispone el inciso demandado. Por la razón expuesta, se ordenará estarse a lo ya resuelto en la sentencia de esta misma fecha que decretó su nulidad.

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

**NORMA DEMANDADA:** INCISO SEGUNDO DE ARTICULO 3 DEL DECRETO 510 DE 2003 / INCISO SEGUNDO DEL PARAGRAFO DEL ARTICULO 3 DEL DECRETO 510 DE 2003

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

**Magistrado Ponente:** DR. ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., Abril seis (6) de dos mil once (2011)

**Radicación número:** 11001-03-25-000-2008-00073-00(2136-2008)

**Actor:** GONZALO CUERVO ROJAS

**Demandado:** Gobierno Nacional

No observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia, previos los siguientes.

#### **ANTECEDENTES**

GONZALO CUERVO ROJAS, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó de esta Corporación la nulidad del inciso segundo del artículo 3º y nulidad parcial del inciso segundo del parágrafo de ese mismo artículo del Decreto 510 de 2003 expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual reglamenta parcialmente los artículos 3º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10 y 14 de la Ley 797 de 2003.

Para una mayor comprensión de los preceptos cuya nulidad se impetra, estima la Sala conveniente transcribir en su integridad el artículo 3º del Decreto 510 del 5 de marzo de 2003, cuyo texto es del siguiente tenor:

**“Artículo 3º.** La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.

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

**Parágrafo.-** Cuando una persona dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios, para los efectos del parágrafo primero del artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, deberá informar en los formatos que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, el ingreso que efectivamente perciba, manifestando la fuente de sus recursos.

Con el propósito de que estos ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión, sobre los mismos debieron haberse realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud. De ser diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión y le serán devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para el cálculo de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.”

La disposición en las partes subrayadas son las que se señalan como vulneradas.

**Normas violadas y concepto de la violación:**

Señala como infringidos los artículos 1, 2, 4, 5, 48 y 58 de la Constitución Nacional. Al explicar el concepto de la violación, en síntesis expresa:

Al disponer el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 510 de 2003 que “La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la misma establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, contempla obligaciones y condicionamientos no previstos en la Constitución ni las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, el ejecutivo extralimitó su facultad reglamentaria como lo anotó la Corte Constitucional en la sentencia T-072 de 2008.

El Cargo anterior lo hace extensivo al inciso segundo del parágrafo del

artículo 3 del citado Decreto, que señaló: “Con el propósito de que estos ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión, sobre los mismos debieron haberse realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud...”. De ser diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión”

Esta última disposición contempla una premisa falsa al señalar “Con el propósito de que estos ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión, ...”. Esto porque jamás los aportes para salud se pueden acumular para liquidar la pensión, es decir, es contraria a la verdad. Estima que la intención de la norma fue engañar e inducir en error al usuario, sin ninguna razón.

Las disposiciones acusadas, violan directamente los artículos 48 y 58 de la Constitución Nacional, pues se priva al usuario arbitrariamente de su derecho irrenunciable a la Seguridad Social en Pensiones, al negarle la realización del pago de las cotizaciones correspondientes para acceder a la pensión, toda vez que al someterlo al requisito obligatorio de pagar en una misma planilla el valor correspondiente al Sistema de Seguridad Social en Salud, le impone condicionamientos que la Carta Política no exige. Viola los derechos adquiridos ganados antes de la entrada en vigencia del Decreto 510 de 2003, pues los usuarios que habían cotizado antes, y a partir de la Constitución Política de 1991, adquirieron su derecho de seguirlo haciendo hasta lograr su pensión, y se lo impiden las normas demandadas.

#### **Contestación de la Demanda.**

Dentro de la oportunidad legal contestaron la demanda, así:

#### **El Ministerio de la Protección Social (fls. 43 a 52).**

Dicho Ministerio mediante apoderado contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones, y advirtió que esta Corporación mediante sentencia de 13 de julio de 2006 se pronunció sobre la legalidad del inciso segundo del parágrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003, por ende solicita estarse a lo establecido en el aludido fallo y por lo mismo propuso la excepción de cosa juzgada.

En lo que respecta al inciso segundo del artículo 3 del citado Decreto, señala que si bien en la sentencia antes citada no fue objeto de análisis, tanto los argumentos en ella señalados, como las consideraciones de la Corte Constitucional contenidas en la sentencia C-604 de 1 de febrero de 2005, claramente denotan que la disposición acusada se encuentra acorde a lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, contrario a lo manifestado por el actor, pues lo que hace es reiterar lo dicho en el artículo 18 parágrafo primero y 204 parágrafo primero de la Ley 100 de 1993.

#### **EL Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 56 y s.s. c.p).**

Este Ministerio, igualmente y mediante apoderado contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones, con fundamento, en el siguiente razonamiento:

En la demanda no se debate si los trabajadores independientes y contratistas

de prestación de servicios deben tener la misma obligación de cotizar que los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo. Sin embargo, los argumentos en contra de las disposiciones acusadas son similares en contenido y sentido a los de la demanda cuyas pretensiones fueron negadas por el Consejo de Estado en sentencia de 13 de julio de 2006, en especial a la falta de fundamento Constitucional y legal de las normas demandadas al exigir que las cotizaciones a salud y pensiones tengan la misma base, que ambas son obligatorias y que los diversos ingresos que perciba el cotizante y que declare para determinar la cotización a pensiones deben ser iguales a los que sirven para determinar el monto de la cotización en salud, y que ambas cotizaciones son obligatorias.

El inciso segundo del párrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003 debe leerse en consonancia con el inciso primero del mismo párrafo porque es una extensión y consecuencia del mismo.

El demandante hace una lectura equivocada de la norma al sostener que lo que se exige es una acumulación de aportes a pensiones. La norma alude expresamente a la acumulación de de la totalidad de “ingresos” del cotizante, es decir incluyendo los salarios y demás emolumentos originados en otras relaciones contractuales o actividades económicas, y no a la acumulación de aportes a pensiones con los aportes a salud. La norma acusada sigue las reglas consignadas en el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modifica el inciso cuarto y párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

En relación con el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003, el Consejo de Estado se pronunció sobre su legalidad en las sentencias de 12 de octubre de 2006 y 11 de octubre de 2007, y en lo que respecta al inciso segundo del párrafo único de dicha disposición lo hizo en sentencia de 13 de julio de 2006, por lo que debe estarse a lo dispuesto en los aludidos fallos. Propuso la excepción de cosa juzgada.

### **El Ministerio Público.**

En su intervención, el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, pide estarse a lo resuelto en la sentencia de 13 de julio de 2006 dictada dentro del proceso 3818-04, solicitud que hace con fundamento en el siguiente razonamiento:

El Decreto 510 de 2003 fue proferido por el Gobierno Nacional, dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria, señalada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, con el propósito de desarrollar los artículos 3, 7, 8, 9, 10 y 14 de la Ley 797 de 2003, y en ese sentido no se excedió en su atribución como lo sostiene el demandante, pues el artículo 3º acusado, se limitó a señalar que la base de cotización para salud y pensión debe ser la misma, sin que ello equivalga a legislar, puesto que lo que integra el ingreso base de cotización, está previamente definido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, norma última declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-604 de 2005.

El artículo 3º del Decreto 510 de 2003 debe ser leído en su integridad, y no aisladamente como lo hizo el actor, pues dicha norma no solamente estipula que la base para calcular las cotizaciones (salud y pensión) será el salario mensual, y en aquellos eventos en los que el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo periodo de tiempo, dichas cotizaciones las debe efectuar en forma proporcional al salario o

ingreso devengado de cada uno de ellos, debiendo acumularse, sin exceder del tope legal. La norma también precisa que para éstos efectos, las cotizaciones al sistema de salud se hacen sobre la misma base, lo cual resulta congruente con lo fijado en la Ley.

El argumento del actor que hizo consistir que la norma enjuiciada instituyó como obligatoria la cotización en salud para tener derecho a la pensión, no es acertada, pues los requisitos para tener derecho a la pensión están previamente definidos en la Ley, y no son otros que la edad, tiempo de servicios y las cotizaciones respectivas. Distinto es, que el monto de la pensión, va a depender de las cotizaciones y del ingreso base de cotización, el cual por mandato legal, debe ser el mismo que la base de cotización en salud, pues así quedó previsto en el párrafo primero del artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

La norma acusada, no está señalando como parece entenderlo el actor, que los aportes de salud y pensión se acumulen para liquidar la primera, pues dicha norma en consonancia con el párrafo del artículo 3º, es que para efectos de liquidar la pensión, se deben tener en cuenta la totalidad de los ingresos percibidos por el cotizante, es decir, los recibidos como salarios y los originados en otras relaciones contractuales o actividades económicas; en ningún caso, está haciendo alusión a la acumulación de los aportes a pensiones con los aportes a salud.

Lo que señala la referida disposición, es que en caso en que sean diferentes los aportes a salud y a pensión (siendo esta más alta), los que excedan a los efectuados en salud, no se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión, debiendo ser devueltos a quien los paga, lo cual no puede verse sino como el equilibrio que debe buscar el sistema, para poder garantizar que la persona reciba una pensión acorde con los aportes que haga, los que deben ser consonantes en salud y pensión.

Para resolver, se

### **CONSIDERA**

Se impetra la nulidad del inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003 y nulidad parcial del inciso segundo del párrafo de ese mismo artículo.

Por razones de metodología la Sala estudiará separadamente cada una de las disposiciones acusadas, así:

#### **1. Inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003.**

El demandante plantea los cargos de nulidad de la siguiente manera:

<b>DECRETO 510 DE 2003</b>	<b>NORMAS QUE CONSIDERA VILADAS</b>
<p><b>ARTÍCULO 3.-</b></p> <p>...</p> <p><b><u>La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de cotización del Sistema</u></b></p>	<p>Se violó la Constitución Nacional, La Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, al estimar que tales normas no ordenaron lo establecido en la disposición acusada, es decir, el ejecutivo se extralimito en su potestad reglamentaria Constitucional y</p>

<p><b><u>General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema de Seguridad Social en Salud.</u></b> (La parte subrayada y resaltada corresponde a la demandada).</p>	<p>Legal.</p> <p>Igualmente se vulneró el artículo 58 de la Constitución Nacional, es decir, los derechos adquiridos que ganaron los usuarios que cotizaron al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, desde antes, incluso a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política del año 1991, para seguirlo haciendo hasta lograr el objetivo final de pensionarse. Considera que las cotizaciones que se pagaron antes y dentro de la vigencia de la norma acusada, deben tenerse en cuenta para liquidar y pagar las pensiones de las personas que consolidaron su derecho, es más, desde siempre y hasta el año 2008, fecha que se estableció como límite para poner en plena vigencia el decreto demandado.</p>
---	--

La Ley 100 de 1993 (reglamentada) en materia de cotizaciones prescribe lo siguiente:

**ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN.** La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

**PARÁGRAFO 1o.** En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base.

En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. **(Inciso 4º y párrafo modificados por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003).**

### **La Excepción de Cosa Juzgada**

Previo el examen de fondo del problema jurídico sometido a consideración de la Sala, es indispensable en primer lugar resolver la excepción de cosa juzgada propuesta.

En su intervención, en lo que respecta al inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 5 de marzo de 2003, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público propuso la excepción de cosa Juzgada y expresamente pidió estarse a lo resuelto por la Sección Cuarta en la sentencia de 12 de octubre de 2006, dictada en el proceso radicado con el No. 15.399 y en ese mismo sentido a lo dispuesto por la Sección Segunda en la sentencia de 11 de octubre de 2007, proferida dentro del proceso No. 1291-06, por haberse pronunciado “... sobre pretensiones idénticas a las invocadas en el presente caso”.

Efectivamente en las sentencias de 12 de octubre de 2006, dictada en el proceso radicado con el No. 15399 y 11 de octubre de 2007, proferida dentro del proceso No. 1291-06, se examinó la legalidad del inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003.

En la primera de dichas providencias, la Sección Cuarta sintetizó así la acusación:

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

En la citada sentencia, la Sala al definir la legalidad de la disposición acusada, sobre dicho aspecto, señaló:

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

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

Ahora bien, conforme a la sentencia de 11 de octubre de 2007, dictada dentro del proceso 1291-06, el actor hizo consistir la acusación, en:

“El demandante censura la expedición del decreto acusado por violación de los artículos 113, 114, 121, 150, numeral 1, y 189, numeral 11 de la Constitución Política; 204, párrafo 1, de la Ley 100 de 1993 y 17 de la Ley 797 de 2003. Expresa que la norma acusada excedió la potestad reglamentaria dado que sólo podía reglamentar el Sistema General de Pensiones y reglamentó el Sistema de Seguridad Social en Salud, además que al reglar la base de cotización no precisó si se trata de trabajadores dependientes o independientes, de los que se deduce que alude a los dos.

El trabajador independiente no debía ser incluido porque su base de cotización se encuentra regulada en el artículo 6 de la Ley 797 de 2003, que no es objeto de reglamentación.

El párrafo del artículo 3º del decreto acusado sólo hace referencia a los trabajadores dependientes cuando incumplan con las cotizaciones para pensión y salud, mientras que la Ley 797 de 2003 reguló en forma separada la base de cotización de trabajadores dependientes e independientes.

El Legislador sólo previó la igualdad de las bases de cotización en pensión y en salud para las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.

Al respecto, la Sala observó la identidad del objeto en cuanto a los cargos de anulación propuestos en la demanda que fue decidida por la Sección Cuarta en la sentencia de 12 de octubre de 2006, proferida dentro del proceso 15399, por lo que reconoció la existencia de cosa juzgada, y por ello en la parte resolutive dispuso estarse a lo resuelto en dicha providencia.

En esta última providencia, en cuanto al cargo de incompetencia, la Sala acogió íntegramente la argumentación expuesta por la Sección Cuarta de esta Corporación contenida en la sentencia de 12 de octubre de 2006, que es del siguiente tenor:

“Primer cargo – Incompetencia

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

En lo relacionado con la facultad para definir la base de cotización de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, tratándose de trabajadores independientes, dispone el parágrafo 2 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993:

“Para efectos del cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso 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”

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

[...]

Es así como el Decreto 510 de 2003, por medio del cual se reglamentan parcialmente las disposiciones de la Ley 797 de 2003, relativas al Sistema General de Pensiones, objeto de la demanda, es expedido por el Gobierno Nacional invocando las facultades reglamentarias que el Presidente de la República confiere el artículo 189 [11] de la Constitución Política, y en consecuencia, en cuanto se refiere en su artículo 3, inciso segundo, la base mínima de cotización para pensión, sin hacer diferencia sobre la clase de trabajador aportante –contratista o asalariado- debe

entenderse expedido en ejercicio de sus facultades constitucionales. Cosa distinta es que se llegara a demostrar que con tal regulación se está contrariando la Ley reglamentada.

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

En el presente proceso, el cargo formulado contra el inciso demandado es idéntico: “extralimitación del ejecutivo en su potestad reglamentaria constitucional y legal”, motivo por el cual la excepción propuesta tiene vocación de prosperidad y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia, ordenándose estarse a lo dispuesto en las sentencias de 12 de octubre de 2006, dictada por la Sección Cuarta en el proceso radicado con el No. 15399 y la proferida por esta Sección el 11 de octubre de 2007, dentro del proceso No. 1291-06, que examinaron la legalidad del inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003.

## 2. Inciso segundo del párrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003.

El demandante plantea los cargos de nulidad de la siguiente manera:

DECRETO 510 DE 2003	NORMAS QUE CONSIDERA VILADAS
<p><b>ARTÍCULO 3.-</b></p> <p>...</p> <p><b>Parágrafo.</b> Cuando una persona dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios, para los efectos del párrafo primero del artículo 50 de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, deberá informar en los formatos que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, el ingreso que efectivamente perciba, manifestando la fuente de sus recursos.</p> <p><b><u>Con el propósito de que estos ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión, sobre los mismos debieron haberse realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tendrán en</u></b></p>	<p>Se violó la Constitución Nacional, La Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, al estimar que tales normas no ordenaron lo establecido en la disposición acusada, es decir, el ejecutivo se extralimito en su potestad reglamentaria Constitucional y Legal.</p> <p>Igualmente se vulneró el artículo 48 de la Constitución Nacional al disponer la norma acusada el rechazo a las cotizaciones que el usuario hizo para pensiones, y obligarlo en una misma planilla a cotizar para el Sistema de Seguridad Social en Salud, condición última que no está prevista en el ordenamiento superior.</p>

<p><b><u>cuenta para la liquidación de la pensión</u></b> y le serán devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para el cálculo de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos. (La parte subrayada y resaltada corresponde a la demandada).</p>	
--	--

### **La Excepción de Cosa Juzgada**

El Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en lo que respecta al inciso segundo del párrafo único del artículo acusado, piden estarse a lo resuelto en la sentencia de 13 de julio de 2006, dictada por esta Corporación dentro del proceso 3818 de 2004, por considerar que los cargos formulados en el presente asunto resultan iguales.

Para resolver el cargo planteado, es preciso tener en cuenta que en sentencia de esta misma fecha, dictada por esta Sección en el proceso 1687-07, actor: Diana Patricia Martínez Pulgarín, se decidió sobre la legalidad del inciso segundo del párrafo del artículo 3º del Decreto Reglamentario 510 de 2003, es decir, la misma disposición demandada en este proceso, donde se declaró su nulidad.

En esta providencia, la Sala observó que el párrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003, expresamente reglamentó el párrafo del artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Al hacer una simple comparación de las referidas disposiciones, la Sala encontró que el párrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003 objeto de la impugnación, contiene un evidente desbordamiento de la potestad reglamentaria al señalar que en caso de resultar diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tengan en cuenta para la liquidación de la pensión, pues al hacerlo está señalando una restricción no prevista en la Ley que dice reglamentar.

Reitera dicha providencia, que es cierto que por mandato legal, las cotizaciones al sistema de salud deben hacerse sobre la misma base, sin embargo, lo que la Ley no prevé, es la posibilidad de no tener en cuenta para la liquidación de la pensión, los aportes que excedan a los realizados para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Tampoco prevé la ley la posibilidad de que en esos eventos, los aportes excedidos sean devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, como lo dispone el inciso demandado.

Por la razón expuesta, se ordenará estarse a lo ya resuelto en la sentencia de esta misma fecha que decretó su nulidad.

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

**F A L L A**

**PRIMERO.-** Respecto de la nulidad del inciso segundo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003, estese a lo resuelto en las sentencias de 12 de octubre de 2006, dictada por la Sección Cuarta en el proceso radicado con el No. 15399 y 11 de octubre de 2007, proferida por esta Sección dentro del proceso No. 1291-06, mediante los cuales se deniegan las súplicas de la demanda.

**SEGUNDO.-** En relación con la nulidad del inciso segundo del parágrafo del artículo 3º del Decreto 510 de 2003, estese a lo resuelto en la sentencia de esta misma fecha, dictada por esta Sección en el proceso radicado con el No. 1687-07, mediante la cual se decretó su nulidad.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE** y una vez ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO VARGAS RINCÓN