

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

**CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**Referencia:** NULIDAD  
**Radicación:** 11001-03-25-000-2015-00232-00 (0434-2015)  
**Demandante:** Sandra Milena Quevedo Gómez  
**Demandado:** Nación, Ministerio Salud y Protección Social

**Temas:** Aportes al sistema de seguridad social - Incapacidad, licencia de maternidad, vacaciones y permiso remunerado

### **SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA**

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad promovido por la señora Sandra Milena Quevedo Gómez contra la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social.

#### **1. Antecedentes**

##### **1.1. La demanda**

###### **1.1.1. Las pretensiones**

En ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del CPACA,<sup>1</sup> la señora Sandra Milena Quevedo Gómez, actuando en nombre propio, solicitó declarar la nulidad parcial del artículo 70 del Decreto 806 de 1998, «por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la

<sup>1</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional», expedido por el presidente de la República.

### 1.1.2. Normas violadas y concepto de violación

La demandante sostuvo que la disposición acusada violó los artículos 121, 150 y 189 de la Constitución Política; 192, 228 y 236 del CST;<sup>2</sup> 17 de la Ley 21 de 1982; 2, 17 y 18 de la Ley 100 de 1993; 23 de la Ley 344 de 1996; 3 del Decreto 510 de 2003.

Al desarrollar el concepto de violación, la actora planteó los siguientes cargos:

i) El Gobierno nacional excedió la potestad reglamentaria,<sup>3</sup> toda vez que modificó la forma en que debía establecerse el ingreso base de cotización - IBC al sistema de seguridad social, cuando los empleados particulares se encuentren incapacitados, en licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados. A continuación, se hace un comparativo entre las disposiciones con rango de ley y el decreto reglamentario acusado:

Situación	IBC previsto en normas con fuerza de ley	IBC previsto en el Decreto 806 de 1998
<b>Incapacidad de origen común</b>	El artículo 228 del CST dispone que, en caso de que el trabajador no devengue salario fijo, para pagar el auxilio por enfermedad «se tiene como base el promedio de lo devengado en el año de servicio anterior a la fecha en cual (sic) empezó la incapacidad, o en todo el tiempo de servicios si no alcanzare a un (1) año».	Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad,
<b>Licencia de</b>	El artículo 236 del CST, modificado por la Ley 1468 de 2011, <sup>4</sup> establecía lo siguiente:	se tomará como Ingreso Base de

<sup>2</sup> Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>3</sup> La accionante fundó su demanda en las siguientes providencias: i) del Consejo de Estado: 1) auto del 1 de abril de 2009, radicado: 11001-03-26-000-2009-00024-00 (36476); 2) sentencia del 6 de abril de 2011, radicado: 11001-03-24-000-2007- 00242-00 (1687-07); 3) sentencia del 3 de diciembre de 2007, radicado sin identificar; ii) de la Corte Constitucional: Sentencia C-1005 de 2008.

<sup>4</sup> Con posterioridad a la presentación de la demanda la norma fue modificada por las Leyes 1822 de 2017 y 2114 de 2021.

<b>maternidad</b>	<p>1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.</p> <p>2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.</p>	<p>Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador.</p>
<b>Vacaciones</b>	<p>El artículo 192 del CST preceptúa lo siguiente:</p> <p>1. Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras.</p> <p>2. Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan.</p>	<p>Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de la respectivas vacaciones o permisos</p>
<b>Permiso remunerado</b>	<p>El artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dispone que para efectos de liquidar los aportes al régimen del subsidio familiar, SENA,<sup>5</sup> ESAP,<sup>6</sup> escuelas industriales e institutos técnicos, «<b>se entiende por nómina mensual de salarios</b> la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y <b>además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales</b>».</p>	

ii) De acuerdo con los artículos 17 y 18 de la Ley 100 de 1993 y 3 del Decreto 510 de 2003, durante la vigencia de la relación laboral, los afiliados y empleadores deberán efectuar cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones, tomando como base el salario mensual, el cual, en el caso de los trabajadores particulares, corresponde al que resulte de aplicar lo dispuesto en el CST.

<sup>5</sup> Servicio Nacional de Aprendizaje.

<sup>6</sup> Escuela Superior de Administración.

iii) Contrario a lo establecido en el ordenamiento superior, la disposición enjuiciada no tomó como base de cotización la remuneración efectivamente percibida por los trabajadores para liquidar los aportes al referido sistema cuando estuvieran incapacitados, en licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados, sino

que acudió a lineamientos diferentes como lo son el monto devengado por concepto de la incapacidad o de licencia y el salario recibido en el mes anterior para el caso de las vacaciones y permisos, pese a que estos pagos reemplazan al salario durante dichos descansos.

iv) La discordancia entre el decreto demandado y la normativa en que debió fundarse ha generado diferencias entre los montos sobre los cuales los empleadores cotizan al sistema de seguridad social y aquellos que toman como referente las EPS<sup>7</sup> para liquidar el aporte de los trabajadores en caso de incapacidad.

v) En lo que atañe a las vacaciones, el Decreto 806 de 1998 no tuvo en cuenta los incrementos de los salarios fijos, ni el promedio de los variables; por lo tanto, como el IBC en época de vacaciones es diferente al valor percibido por ese concepto, «se afectan gravemente los derechos de los trabajadores al no ver reflejados sus aportes en los ingresos efectivamente percibidos».

## **1.2. Contestación de la demanda**

El Ministerio de Salud y Protección Social, por intermedio de apoderada, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en los siguientes razonamientos:<sup>8</sup>

i) La parte actora interpretó erróneamente el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, toda vez que confunde el ingreso base de cotización – IBC y el ingreso base de liquidación IBL con la prestación o auxilio económico que se paga al trabajador durante la incapacidad de origen común, licencia de maternidad, vacaciones o

<sup>7</sup> Entidades Promotoras de Salud.

<sup>8</sup> Folios 95 a 105.

permiso remunerado.

ii) El IBC es el monto sobre el cual se liquidan y pagan los aportes y, por regla general, corresponde al salario para los servidores públicos y las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, conforme lo prevé el Decreto 1158 de 1994 para los primeros y el artículo 127 del CST para los segundos.

iii) El IBL corresponde al ingreso o salario de cotización sobre el cual se liquida la prestación económica, conforme lo prevén los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993.

iv) Las incapacidades y licencias de maternidad se deben reconocer al tenor de los artículos 8 y 18 del Decreto 3135 de 1968 o 227, 228 y 236 del CST, dependiendo de si el trabajador pertenece al sector público o privado.

v) La disposición enjuiciada previó que para liquidar los aportes en los casos de licencias de maternidad e incapacidades se tomará como IBC el valor de la prestación, en atención a las siguientes razones: 1) en esas situaciones el trabajador no recibe salario, sino una prestación económica a cargo del sistema general de seguridad social; y 2) durante dichos lapsos persiste el deber de efectuar aportes en salud, por cuanto el vínculo laboral permanece vigente.

vi) La norma acusada dispuso que durante las vacaciones y los permisos remunerados las cotizaciones se causarán en su totalidad y se tomará como referente el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en que se hubiera iniciado el disfrute de dichos descansos. Ello obedece a que durante el período de vacaciones el empleado no percibe salario, razón por la que estas no se incluyen para liquidar los aportes al sistema de seguridad social integral, pues no constituyen factor salarial y, por lo tanto, el valor de dicho beneficio tampoco puede tenerse como base de cotización.

vii) El Gobierno nacional no desbordó la facultad reglamentaria; por el contrario, su actuación se ajustó a los artículos 1, literal k), de la Ley 10 de 1990; 154, 157 y 159 de la Ley 100 de 1993 y 23 de la Ley 344 de 1996.

### **1.3. Audiencia inicial**

El 27 de mayo de 2019, se celebró la audiencia inicial, en la cual se declaró saneado el proceso y se adoptaron las siguientes decisiones relevantes:<sup>9</sup>

i) Aceptar la intervención del señor Juan Diego Buitrago Galindo como coadyuvante de la parte accionada.

ii) Fijar el litigio en el sentido de indicar que el problema jurídico se contrae a «precisar si los apartes demandados del artículo 70 del Decreto 806 de 1998, están ajustados a derecho o si por el contrario, el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política de 1991, al reformar el ingreso base de cotización previsto en el artículo 18 de la

Ley 100 de 1993 y en los artículos 192, 228 y 236 del Código Sustantivo del Trabajo, hallándose incurso en la causal de anulación de violación de las normas superiores en que debía fundarse».

iii) Negar el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión. En tal sentido, se observa que la actora solicitó tener como norma infractora el Decreto 780 de 2016, por cuanto compiló y derogó la disposición acusada inicialmente; sin embargo, tal solicitud no puede atenderse favorablemente, por cuanto la demanda no fue reformada en tal sentido y la referida derogatoria no enerva el ejercicio del medio de control de nulidad, ya que el decreto enjuiciado pudo producir efectos en el tiempo que impedirían configurar una sustracción de materia.

iv) Tener como pruebas los documentos aportados con la demanda y correr traslado a las partes para que presenten sus alegaciones por escrito.

<sup>9</sup> Folios 113 a 124.

#### **1.4. Coadyuvancia**

El señor Juan Diego Buitrago Galindo intervino como coadyuvante de la parte accionada y solicitó mantener la legalidad de la norma acusada, con fundamento en los siguientes argumentos:<sup>10</sup>

i) El artículo 70 del Decreto 806 de 1998 reglamentó la base de cotización en casos de incapacidad, licencia de maternidad, vacaciones y permisos, pero no modificó el monto a que tienen derecho los trabajadores por esos emolumentos.

ii) El Decreto 2236 de 1999, incorporado en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, dispuso que la salud se paga de manera anticipada y por ello el aporte respecto de las vacaciones debe calcularse con base en el IBC del mes anterior. A su vez, las sumas percibidas por dicho concepto repercuten en la cotización del mes siguiente.

#### **1.5. Alegatos de conclusión**

El Ministerio de Salud y Protección Social reiteró los argumentos expuestos en el transcurso del proceso.<sup>11</sup> La demandante y el coadyuvante guardaron silencio en esta etapa.<sup>12</sup>

## **1.6. El Ministerio Público**

La Procuraduría Segunda delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el sentido de solicitar que se nieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes razonamientos:<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Folios 1 a 4, cuaderno de anexos y traslados.

<sup>11</sup> Folios 125 a 132.

<sup>12</sup> Según constancia secretarial visible en el folio 142.

<sup>13</sup> Folios 133 a 141.

i) Mediante Sentencia C-967 de 2003 la Corte Constitucional analizó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, referido a la potestad que tiene el legislador para modificar la base salarial sobre la que deben hacerse las cotizaciones al sistema general de seguridad social.

ii) La referida disposición no reguló expresamente la base de cotización en caso de incapacidad y licencia de maternidad; sin embargo, el Gobierno nacional reglamentó tales aspectos a través de la norma acusada y los artículos 40 del Decreto 1406 de 1999 y 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016.

iii) El ejecutivo determinó que para el efecto se tendría en cuenta el valor pagado por incapacidad o licencia de maternidad, lo cual halla justificación en que el trabajador que se encuentra incapacitado no percibe el salario en forma completa y en el segundo evento se debe tomar como base el salario anterior al inicio de la licencia, puesto que en adelante no presta el servicio. Además, los servidores públicos gozan de un régimen prestacional diferente al de los particulares, por lo que unos y otros no pueden tratarse indistintamente.

iv) Respecto de las vacaciones, la Sentencia C-229 de 1996 precisó que aquellas debían liquidarse únicamente con fundamento en la asignación básica y sin incluir el trabajo suplementario, ya que solo remuneran el descanso. Bajo este entendido, para determinar la base de cotización al sistema de seguridad social tampoco es posible tener en cuenta factores como los aportes parafiscales y, a su vez, debe tomarse como referente el salario percibido en el mes anterior al disfrute de las vacaciones, pues el empleado no labora durante ese período.

## **2. Consideraciones**

### **2.1. Cuestión previa**

Es oportuno indicar que el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, acusado en el *sub lite*, fue derogado por el Decreto 780 de 2016,<sup>14</sup> cuyo tenor es el siguiente:

**Artículo 4.1.1. Derogatoria integral.** Este Decreto **regula íntegramente las materias contempladas en él.** Por consiguiente, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogados todos los decretos de naturaleza reglamentaria relativos al Sector Salud y Protección Social que versan sobre las mismas materias.

Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que **sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto.**

De acuerdo con el artículo 91, numeral 5, del CPACA, la fuerza ejecutoria de los actos administrativos culmina cuando pierden su vigencia. Al respecto, esta corporación ha explicado que «si la norma ha dejado de regir por haber sido sustraída del ordenamiento jurídico, la consecuencia es que deja de ser aplicable por la administración y, por consiguiente, pierde el carácter obligatorio para los asociados».<sup>15</sup>

A pesar de que la norma parcialmente acusada perdió fuerza ejecutoria, por razón de su derogatoria, es importante resaltar que ello no impide estudiar su legalidad, conforme se explicó en la audiencia inicial celebrada dentro del presente proceso.

En efecto, el medio de control de nulidad no está condicionado a la vigencia del acto, sino que su finalidad consiste en verificar la legalidad objetiva en aras de mantener el imperio del orden jurídico.

En tal sentido, esta corporación ha expresado que la derogación o subrogación de un acto administrativo ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, situación que en nada afecta la posibilidad de resolver sobre su legalidad, pues ello

<sup>14</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de diciembre de 2017, radicado 25000-23-24-000- 2009-00068-02 (2635-2013).

«comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efectos de definir si nació o no válido a la vida jurídica».<sup>16</sup>

## **2.2. El problema jurídico**

Consiste en precisar si los apartes demandados del artículo 70 del Decreto 806 de 1998 están ajustados a derecho o si, por el contrario, incurrieron en causal de anulación por violación de las normas superiores, en los términos alegados por la actora, esto es, que el Gobierno nacional excedió la facultad reglamentaria en tanto reformó el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social en salud, previsto en el CST y en la Ley 100 de 1993 para los trabajadores del sector privado.

### **2.3. Contenido de la norma acusada. Artículo 70 del Decreto 806 de 1998<sup>17</sup>**

Artículo 70. Cotización durante la incapacidad laboral, la licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, **se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso**, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador.

Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y **el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de la respectivas vacaciones o permisos.**

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de abril de 2021, radicado: 11001-03-26-000-2016- 00017-00 (56307). En igual sentido, la Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia del 14 de enero de 1991, Expediente S-157, sostuvo:

Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho, ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

<sup>17</sup> Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

[...]. [Se resaltan los apartes demandados].

### **2.4. Marco normativo**

#### **2.4.1. Aportes en el sistema general de seguridad social**

El artículo 48 de la Constitución Política instituyó la seguridad social como un derecho y un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Además, se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En consonancia con la referida disposición, la Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, el cual 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.

De los principios orientadores de este sistema se destaca el de solidaridad, en virtud del cual los afiliados tienen la obligación de contribuir a su financiación de acuerdo con sus capacidades,<sup>18</sup> no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino para preservar el sistema en su conjunto.<sup>19</sup>

Bajo este hilo argumentativo, la Corte Constitucional ha sostenido que «la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social [...] como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad».<sup>20</sup>

Teniendo en cuenta que el sistema tiene vocación de universalidad, esto es, proteger a la generalidad de la población, sin discriminación alguna y en todas las

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2013. <sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-760 de 2004. <sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2010.

etapas de la vida, el legislador<sup>21</sup> previó que todos los colombianos participarían en el servicio esencial de salud ya fuera en condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado o como participantes vinculados.

Dicha diferenciación constituye una expresión del principio de solidaridad y obedece a la capacidad de pago para cubrir el monto de las cotizaciones. De esta manera, los ingresos determinan que al régimen contributivo pertenezcan las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, servidores públicos, pensionados y trabajadores independientes. Mientras que al régimen subsidiado se afilia la población más pobre y vulnerable del país.<sup>22</sup>

En lo que respecta al *sub lite*, es preciso hacer énfasis en el régimen contributivo, toda vez que la norma enjuiciada atañe al ingreso base de cotización al sistema de seguridad social en salud por parte de los empleados del sector público y privado<sup>23</sup> que se encuentren en licencia de maternidad, incapacidad de origen común, vacaciones o permiso remunerado.

En tal sentido, se resalta que los artículos 17, 18 y 204 de la Ley 100 de 1993 regularon la obligatoriedad de la cotización con destino a salud y pensiones en los siguientes términos:

**Artículo 17. Obligatoriedad de las cotizaciones.** <Modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003> Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.  
[...]

**Artículo 18. Base de cotización.** <Modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003> La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

<sup>21</sup> Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

<sup>22</sup> En igual sentido, la Sentencia C-130 de 2002 expresó que «en el régimen **contributivo la persona afiliada cuenta concapacidad de pago** y por ello se le exige el pago de una cotización o aporte».

<sup>23</sup> La demandante únicamente se enfocó en el sector privado, pero la disposición enjuiciada también se aplica en el sector público.

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.  
[...]

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.  
[...]

**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.**

[...]

**Parágrafo 1.** 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.

[...]

En armonía con los anteriores criterios para liquidar los aportes en el régimen contributivo, el artículo 3 del Decreto 510 de 2003 indicó que «[l]a 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 mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud».

#### **2.4.2. Incapacidad de origen común, licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados**

En el presente caso se demanda parcialmente el artículo 70 del Decreto 806 de 1998 en lo que respecta al cálculo del IBC para realizar aportes al sistema de seguridad social en salud cuando los afiliados estén incapacitados, en licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados, por lo cual es preciso analizar algunas generalidades de los emolumentos percibidos en las anotadas circunstancias.

Antes de estudiar de forma independiente dichos beneficios, es oportuno indicar que el sistema de seguridad social para el régimen contributivo no solo prevé la atención en salud de sus afiliados, sino también el reconocimiento de prestaciones económicas correspondientes al pago de las incapacidades por enfermedad de origen común y licencias de maternidad, las cuales amparan a los servidores públicos y trabajadores del sector privado y se conceden «de conformidad con las disposiciones legales vigentes».<sup>24</sup>

#### **2.4.2.1. Incapacidad de origen común**

En lo que respecta a las incapacidades por enfermedad, la Corte Constitucional ha precisado que su finalidad es «resguardar varios derechos fundamentales que se pueden ver afectados al disminuirse las capacidades físicas o mentales del trabajador para acceder a una suma de dinero con el cual solventar una vida en condiciones de dignidad».<sup>25</sup>

Ello obedece a que durante la incapacidad el empleado se encuentra en una imposibilidad transitoria de prestar su servicio, por lo que a nivel institucional debe activarse un grado de protección que le permita recibir la atención médica requerida y el pago de las prestaciones económicas que garanticen su subsistencia.<sup>26</sup>

Las incapacidades en el sector público y privado se pagan a razón de las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante.<sup>27</sup> Igualmente, se previó que cuando el trabajador tenga un salario variable se tomará como base el promedio de lo devengado en el año de servicio anterior a la fecha en la cual empezó la incapacidad o en todo el tiempo de servicio si fuera inferior a 1 año.<sup>28</sup>

#### **2.4.2.2. Licencia de maternidad**

<sup>24</sup> Artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993.

<sup>25</sup> Sentencia T-004 de 2014.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1 de septiembre de 2016, radicado: 19001-23-31-000- 2002-08000-01 (0412-10).

<sup>27</sup> Artículos 227 del CST, 18 del Decreto 3135 de 1968 y 9 del Decreto 1848 de 1969. Al respecto se puede consultar el Concepto 217851 del 21 de junio de 2021, suscrito por el Departamento Administrativo de la Función Pública, radicado: 20216000217851.

<sup>28</sup> Artículo 228 del CST.

La licencia de maternidad tiene como propósito principal «proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto –protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente–; así como la de asegurar la protección de la niñez».<sup>29</sup>

El período de licencia de maternidad habilita un espacio para iniciar las relaciones familiares con un respaldo económico que garantice la vida de sus integrantes en condiciones de calidad y dignidad.

El referido beneficio se remunera en el sector público y privado con el salario devengado al momento de su disfrute; sin embargo, cuando el ingreso no sea fijo «como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor».<sup>30</sup>

#### **2.4.2.3. Vacaciones**

El artículo 53 de la Constitución Política dispuso que los trabajadores tienen derecho al descanso remunerado, el cual se ejercita principalmente a través de las vacaciones, cuya finalidad consiste en que «los trabajadores se recuperen física y psicológicamente del desgaste que les ha podido significar la aplicación de sus fuerzas de trabajo continuo»,<sup>31</sup> con lo cual se obtienen beneficios para el empleador, el asalariado y su núcleo familiar, traducidos en la prestación eficiente del servicio, mejora en la productividad de la empresa, un ingreso que salvaguarde la subsistencia durante el período vacacional y el respeto de un tiempo que permita cumplir con las expectativas de vida, el esparcimiento y el libre desarrollo de la

<sup>29</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 2010.

<sup>30</sup> Artículo 236 del CST.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 15 de diciembre de 2021, radicado: 11001-03-06-000- 2019-00214-00 (2441). En similar sentido ver Sentencia C-897 de 2003, proferida por la Corte Constitucional.

personalidad.<sup>32</sup>

En el sector privado las vacaciones corresponden al salario ordinario que esté devengando el trabajador el día en que comience a disfrutarlas, con la salvedad de que su liquidación no comprende el valor del trabajo en días de descanso obligatorio o suplementario en horas extras. Además, cuando el salario sea variable, las vacaciones se liquidan con el promedio de lo devengado por el empleado en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan.<sup>33</sup>

En el caso de los servidores públicos las vacaciones se liquidan con los siguientes factores, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:<sup>34</sup>

- a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978;
- c. Los gastos de representación;
- d. La prima técnica;
- e. Los auxilios de alimentación y de transporte;
- f. La prima de servicios;
- g. La bonificación por servicios prestados.

Es oportuno indicar que en el sector público existen disposiciones especiales para algunos servidores que impactan el monto de la liquidación de las vacaciones; sin embargo, para el presente caso la normativa general es ilustrativa frente a su naturaleza y los factores que pueden incidir en su cálculo, de manera que la Sala cuenta con un referente para verificar si la forma en que se calcula el IBC para hacer los aportes al sistema de seguridad social por ese concepto se ajustan al ordenamiento superior.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-035 de 2005 y 669 de 2006.

<sup>33</sup> Artículo 192 del CST.

<sup>34</sup> Artículo 17 del Decreto 1045 de 1078. En torno a la vigencia de la norma puede consultarse el Concepto 024321 del 22 de enero de 2021, radicado: 20216000024321, proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

#### **2.4.2.4. Permisos remunerados**

De acuerdo con los artículos 57 y 108 del CST, los trabajadores particulares tienen derecho a permisos o licencias, especialmente para el ejercicio del sufragio, desempeño de comisiones sindicales y de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, asistencia al entierro de compañeros de trabajo y grave calamidad doméstica.

La Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 57 del CST y la condicionó «a que se entienda que para el caso de la licencia por grave calamidad doméstica debidamente comprobada, habrá un lapso razonable de permiso remunerado cada mes; y para las licencias obligatorias que se conceden al trabajador para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, distintos de jurado electoral, clavero o escrutador; las licencias obligatorias para que los trabajadores del sector privado desempeñen comisiones sindicales inherentes a la organización; y las licencias obligatorias para que los trabajadores asistan al entierro de sus compañeros, **el tiempo empleado no podrá descontarse del salario del trabajador ni obligarse a compensar con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria**».<sup>35</sup>

El máximo tribunal Constitucional indicó que en dichas situaciones el trabajador debía percibir su remuneración, pues aquél se abstiene de prestar su servicio por expreso mandato de ley o por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. En consecuencia, es preciso acudir a los principios de equidad, solidaridad y dignidad en las relaciones laborales, los cuales conducen a concluir que en tales casos el empleado debe percibir su salario y que la carga económica de la suspensión de sus labores la asume el empleador.

A su vez, el artículo 2.2.5.5.17 del Decreto 1083 de 2015 establece que el servidor

<sup>35</sup> Sentencia C-930 de 2009.

público puede solicitar permiso remunerado hasta por 3 días hábiles cuando medie justa causa; sin embargo, la norma no define este concepto, sino que radica en cabeza del nominador la facultad de negar o autorizar el permiso.

Dicho permiso tiene como objetivo «que el empleado pueda separarse temporalmente de las funciones a su cargo para atender situaciones de orden personal o familiar que se encuentren justificadas».<sup>36</sup>

Es preciso aclarar que en el sector público existen otras normas que regulan la materia en forma específica para algunas entidades del Estado; sin embargo, su estudio no es relevante al *sub lite*, pues la enunciación normativa antes efectuada es un referente suficiente para entender la situación de los empleados del sector privado o público que en determinado momento disfrutaban de un permiso remunerado y que conducen a concluir que se trata de períodos en los que los empleados no

prestan su servicio, pero mantienen el derecho a devengar su asignación salarial.

## 2.5. El caso concreto. Análisis de la Sala

### 2.5.1. Potestad reglamentaria en materia de seguridad social

Esta corporación ha reivindicado la facultad reglamentaria que detenta el presidente de la República en asuntos relacionados con la seguridad social, por considerar que deviene principalmente de los artículos 189, numeral 11, de la Constitución Política y 156, literal a), de la Ley 100 de 1993.<sup>37</sup> El primero determinó expresamente que a dicho funcionario le corresponde «[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes» y el segundo dispuso que «[e]l Gobierno Nacional dirigirá,

<sup>36</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 330671 del 1 de octubre de 2019, \*20196000330671\*, radicado: 20196000330671.

<sup>37</sup> Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias del Consejo de Estado: i) Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 31 de marzo de 2022, radicado: 11001-03-25-000-2017-00464-00 (2135-2017); ii) Sección Primera, sentencia del 11 de junio de 2020, radicado: 11001-03-24-000-2004-00343-01; iii) Sección Primera, sentencia del 3 de octubre de 2019, radicado: 11001-03-24-000-2007-00359-00, 11001-03-24-000-2007-00369-00 y 11001-03-24-000-2007-00373-00 (Acumulados); iv) Sección Primera, sentencia del 15 de septiembre de 2011, radicado: 11001-03-24-0002007-00032-00; v) Sección Primera, sentencia del 15 de agosto de 1996, radicado: 11001032400019950332301 (3323).

orientará, **regulará**, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud».

A su vez, el Consejo de Estado ha explicado que dicha facultad es inalienable, intransferible, irrenunciable, puede ejercerse en cualquier tiempo y es necesaria para lograr la materialización de los mandatos legislativos, pero no puede contradecir su texto o espíritu.

Además, el grado de amplitud o detalle con que el legislador haya regulado un asunto determina el margen de actuación del ejecutivo, por ende, «ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa. De hecho, el alcance de la potestad reglamentaria depende de la valoración política que el Legislador haga de la materia que desarrolla pues puede regular íntegramente una materia sin dejar margen alguna a la reglamentación, o abstenerse de reglar algunos aspectos, que el Presidente la reglamente para su debida aplicación».<sup>38</sup>

A su turno, esta corporación tuvo oportunidad de estudiar la legalidad del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, que reglamentó el IBC para los contratistas, y concluyó

que «si la ley no define con exactitud los ingresos que sirven de base para la cotización, resulta válido que sea a través del reglamento que se haga tal definición, respetando los límites legales».<sup>39</sup>

Bajo este contexto, procederá la Sala a analizar si la disposición enjuiciada se ajustó al ordenamiento superior en cuanto a la manera en que debe calcularse el IBC para el sistema de salud respecto de los trabajadores particulares, conforme lo solicitó la actora, que se encuentren incapacitados, en licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 11 de junio de 2020, radicado: 11001-03-24-000-2004-00343-01.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 12 de octubre de 2006, radicado: 11001-03-27-000-2005-00025-00- 15399.

### **2.5.2. Reglamentación innecesaria y variación en la determinación del monto legalmente establecido para liquidar incapacidades, licencias de maternidad, vacaciones y permisos remunerados**

La accionante sostuvo que los artículos 17 y 18 de la Ley 100 de 1993 determinaron la forma en que debían realizarse los aportes al sistema de seguridad social en vigencia de la relación laboral, por ende, se trataba de una materia que no requería reglamentación adicional.

Sin embargo, la Sala se aparta del anterior entendimiento, pues dichas normas no regularon con precisión la manera en que debían liquidarse las cotizaciones cuando los trabajadores se encontraran incapacitados, en licencia de maternidad, vacaciones o permiso remunerado, sino que se limitaron a indicar que debían realizarse «[d]urante la vigencia de la relación laboral».<sup>40</sup>

A su vez, las anotadas circunstancias no suponen la terminación o solución de continuidad en la relación laboral,<sup>41</sup> por lo que debe seguirse el criterio que ha tenido esta corporación en el sentido de indicar que «no fue voluntad del legislador establecer excepciones a la cotización durante la vigencia del vínculo laboral».<sup>42</sup>

Bajo este contexto, se concluye que el ejecutivo gozaba de un mayor margen para definir la forma en que debía liquidarse el IBC para el sistema de salud en las situaciones antes anotadas y garantizar la continuidad de los aportes.

De otro lado, la actora afirmó que el acto acusado modificó los términos establecidos

por el legislador para reconocer las vacaciones, incapacidades y licencias de maternidad.

<sup>40</sup> Artículos 17 y 204 de la Ley 100 de 1993.

<sup>41</sup> Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias del Consejo de Estado - Sección Primera: i) del 8 de junio de 2000, radicado: 11001-03-24-000-1999-05709-01 (5709); ii) del 13 de diciembre de 2001, radicado: 11001-03-24-000-2000-6337-01 (6337).

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de septiembre de 2010, radicado: 11001-03-25-000-2006-00049- 00 (1067-06).

Al respecto, es preciso indicar que la norma enjuiciada no varió la forma dispuesta por el ordenamiento superior para liquidar dichos beneficios, por lo que no le asiste razón a la accionante en ese sentido, pues lo que hizo el ejecutivo fue buscar una fórmula para determinar el ingreso base de cotización a salud en tales circunstancias.

En efecto, en lo que respecta a las incapacidades de origen común y licencias de maternidad, la disposición enjuiciada indicó que para liquidar los aportes se tomará como IBC el valor pagado por esos conceptos, lo cual ratifica que en ningún momento se modificaron las condiciones para que los empleados accedieran a esos beneficios ni tampoco el monto fijado por el legislador.

La accionante también sostuvo que el Gobierno nacional debió remitirse a los artículos 192, 228 y 236 del CST para establecer la cotización al sistema de seguridad social en los casos de vacaciones, incapacidad y licencia de maternidad. Agregó que la reglamentación ha generado diferencias entre los aportes que efectúan los empleadores y los que liquidan las EPS a los trabajadores.

Sin embargo, la Sala no comparte los anteriores razonamientos, ya que la demandante deja de lado que los servidores públicos y trabajadores particulares ostentan un régimen salarial distinto, por lo que haber hecho una remisión exclusiva al CST para liquidar las cotizaciones al sistema de seguridad social hubiera generado un vacío normativo en el sector oficial.

Además, el CST no se refirió a los aportes al sistema de salud, sino que reguló el salario, prestaciones y demás beneficios económicos de los empleados del sector privado, por lo que la simple alusión a dicha normativa hubiera resultado insuficiente en materia de cotizaciones a la seguridad social integral.

De otro lado, las diferencias que puedan surgir respecto a la liquidación de los aportes reportados por los empleadores y los liquidados por las EPS son situaciones

que conciernen a la aplicación de la norma frente a casos particulares, por lo que su análisis escapa al control de legalidad objetivo y a la competencia asignada a esta corporación de cara a la naturaleza de la demanda de simple nulidad que se estudia en el *sub lite*, cuyo objetivo es restaurar el ordenamiento jurídico que ha sido quebrantado por la administración al expedir actos violatorios de disposiciones superiores.<sup>43</sup>

En lo que respecta a las vacaciones y permisos remunerados la disposición enjuiciada determinó que el pago de los aportes al sistema de salud se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de aquellos.

La demandante expuso que dicho mandato desconoció el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 en tanto dispone que para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del subsidio familiar, SENA, ESAP, escuelas industriales e institutos técnicos, «**se entiende por nómina mensual de salarios** la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y **además, los verificados por descansos remunerados de ley** y convencionales o contractuales».

Frente a lo anterior es pertinente indicar que los aportes a la seguridad social no tienen que coincidir necesariamente con los denominados parafiscales que paga exclusivamente el empleador.

En tal sentido, esta corporación ha sostenido que «los aportes parafiscales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICFB), Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y Cajas de Compensación Familiar son contribuciones a cargo de los empleadores y no del trabajador; también y por lo mismo, que su referente de

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejero ponente: Dr. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, auto de 11 de febrero de 2014, radicado: 54001 23 33 000 2012 00089 01 (19830), actor: Ingeniería Orinoco y CIA LTDA - INOR LTDA.

cálculo es la nómina mensual de la empresa<sup>44</sup> y no el salario como ocurre en la liquidación de aportes a la Seguridad Social en salud y pensiones»<sup>45, 46</sup>

De acuerdo con el anterior lineamiento, la referencia a la nómina para pagar dichos

aportes parafiscales no implica que esta base deba tomarse inexorablemente para liquidar las cotizaciones al sistema de salud, pues se trata de cotizaciones que tienen destinaciones y finalidades diferentes.

En efecto, los aportes al sistema de seguridad social se dirigen a cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el caso de las pensiones, así como garantizar la atención en salud y los beneficios económicos que se conceden por concepto de licencia de maternidad e incapacidades.

Mientras que los aportes parafiscales a cargo del empleador se encuentran regulados principalmente en las Leyes 27 de 1974, 7 de 1979, 21 de 1982, 89 de 1988, 119 de 1994 y 789 de 2002, cuyo objetivo es invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores; promover programas de recreación social, deportes, turismo, cultura, vivienda, nutrición, atención de la tercera edad, educación, entre otros; y sufragar el subsidio familiar que se dirige a «aliviar las cargas económicas originadas en el sostenimiento de la familia» de los empleados de medianos y menores ingresos.<sup>47</sup>

### **2.5.3. Correspondencia entre el ingreso y el aporte**

La demandante afirmó que la forma de liquidación del IBC fijada en el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, desconocía las reglas establecidas en los artículos 17 y 18

<sup>44</sup> “Estos pagos corresponden a los llamados aportes parafiscales, obligatorios para toda empresa o unidad productiva que tenga trabajadores vinculados mediante contrato y correspondientes al 9% de la nómina, de acuerdo con las Leyes 21 de 1982 [art. 7, No. 4] y 89 de 1988, junto con los aportes a la seguridad social (salud, pensiones y ARP)” (se subraya) (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 9 de julio de 2010, exp. 16516).

<sup>45</sup> Arts. 18 y 204-parágrafo 1 de la Ley 100 de 1993. En esa medida, la determinación de la base de liquidación en estos casos no es la misma que se usa para calcular los aportes al SENA, ICFB y Cajas de Compensación Familiar.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de octubre de 2010, radicado: 11001-03-06-000- 2010-00090-00 (2027).

<sup>47</sup> Sentencia C-890 de 2012.

de la Ley 100 de 1993 y 3 del Decreto 510 de 2003, en tanto disponen que durante la vigencia de la relación laboral, los afiliados y empleadores deberán efectuar cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones, tomando como base el salario mensual.

Sin embargo, la norma en comento no toma como referente el salario para liquidar las cotizaciones al sistema de salud, sino el valor pagado por concepto de licencia de maternidad o incapacidad o el IBC del mes anterior para el caso de las vacaciones y permisos remunerados.

En orden a desatar el referido cargo, es preciso retomar el marco normativo de esta providencia, del cual se extraen las siguientes reglas frente a las cotizaciones que deben efectuar los empleados de los sectores público y privado al sistema de seguridad social:

- i) Los aportes se realizan mientras el vínculo laboral se encuentre vigente.
- ii) Por regla general, la base de cotización debe ser igual para el sistema de seguridad social en salud y pensiones.
- iii) Los afiliados cotizan «con base en el salario» que devenguen, con las siguientes precisiones:
  - 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.
  - Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de **salario** integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.
  - El monto de la cotización debe mantener una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

Las anteriores reglas evidencian que el legislador aludió al salario como parámetro para liquidar la base de cotización de los trabajadores en el sector público y privado; sin embargo, el cálculo del IBC varía en uno y otro sector.

En efecto, el legislador determinó que en el sector privado el salario que se tomaría como referente para establecer el IBC sería el que atendiera a los postulados del CST, del que se destacan las siguientes pautas:<sup>48</sup>

- i) Constituye salario «no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».
- ii) No constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad

recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedente de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes».

iii) No constituyen salario las prestaciones sociales derivadas de accidentes y enfermedades de origen común o profesional, el calzado y vestido de labor, la licencia de maternidad, las cesantías y la prima de servicios.

iv) No constituyen salario «los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no

<sup>48</sup> Artículos 127 y 128 del CST.

constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

En contraste con lo anterior, en el sector público le corresponde al Gobierno nacional establecer los factores que componen el IBC, situación que en la práctica se ha traducido en que no siempre todos los ingresos salariales se tienen en cuenta para efectuar los aportes al sistema de seguridad social, puesto que «el concepto de salario no es una limitación para que el Congreso de la República o el Gobierno nacional, en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente asignadas, definan que determinado emolumento constituye factor para la liquidación de las prestaciones o les nieguen tal efecto».<sup>49</sup>

Este recuento demuestra que existen importantes diferencias al momento de calcular el IBC para los trabajadores de los sectores público y privado, pues el concepto de salario y su incidencia en los factores salariales que sirven de base para los aportes a la seguridad social varían en uno y otro régimen.

En este caso la demandante discute la manera en que debe calcularse el IBC al sistema de salud cuando los trabajadores del sector privado se encuentran incapacitados, en licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados, esto es, circunstancias en las que reciben un ingreso, pero sin prestar el servicio, es decir, que no se trata de un salario propiamente dicho.

En efecto, el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, ratificado por la Ley 54 de 1962, define el salario como «la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, **por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar**».

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación SUJ-027-CE-S2-2022 del 12 de mayo de 2022, radicado: 05001-33-33-000-2013-01009-01 (2263-2018).

Bajo esta noción, se observa que las incapacidades de origen común, las licencias de maternidad, las vacaciones y los permisos remunerados no corresponden a pagos de naturaleza salarial, ya que no remuneran directamente el servicio; por el contrario, el trabajador los percibe sin cumplir con sus labores, pues la legislación estableció ese derecho en aras de proteger el descanso, la libre asociación, la familia, entre otros valores y garantías que son esenciales para promover el trabajo en condiciones dignas y justas.

También es oportuno indicar que la Ley 100 de 1993 no reguló la manera en que debían hacerse los aportes al sistema de salud en las circunstancias anotadas; sin embargo, precisó que era imperativo efectuarlas mientras el vínculo laboral estuviera vigente.

Por ende, como las vacaciones, incapacidades, licencias de maternidad y permisos remunerados no interrumpen la relación laboral, el Gobierno nacional se encontraba facultado para determinar el IBC de las cotizaciones al sistema de salud ante tales situaciones.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 escogió como parámetro para calcular las cotizaciones al sistema de seguridad social la relación de correspondencia entre el ingreso y el aporte.<sup>50</sup>

Dicho criterio es orientador del sistema e inclusive también se predica respecto de los independientes y contratistas de prestación de servicios, en otras palabras, el legislador se encaminó a que el aporte al sistema de seguridad social se efectuara en consonancia con la capacidad de pago. Esta conclusión encuentra respaldo en el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional:<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Al respecto, pueden consultarse las siguientes providencias: i) de la Corte constitucional, Sentencia C-760 de 2004; ii) del Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de agosto de 2004, radicado: 11001-03-25-000-2002-00175-01(3403-02).

<sup>51</sup> Sentencia C-760 de 2004.

Siendo así, es claro que una lectura completa de las normas que regulan la materia muestra que el legislador, lejos de implantar una norma discriminatoria o gravosa para los afiliados, **lo que hizo fue buscar la proporcionalidad entre lo devengado y la cotización a fin de asegurar que quienes coticen lo hagan de conformidad con su capacidad de pago. Esta refutación desarrolla el principio de igualdad, pues mal podría considerarse que todo cotizante puede aportar al sistema en la misma magnitud. Además, ese mismo criterio de proporcionalidad aplica para los asalariados, quienes deben cotizar de conformidad con su salario. [...]**

Encuentra esta Corporación que tampoco viola el derecho a la igualdad que la cotización tenga como base el ingreso devengado por el trabajador independiente pues este criterio está relacionado con su **capacidad de pago, elemento absolutamente relevante para determinar el monto del aporte.** [Resalta la Sala].

Teniendo en cuenta el anterior criterio, la Sala considera que la fórmula escogida por el ejecutivo para liquidar el IBC al sistema de salud en caso de incapacidades y licencias de maternidad, esto es, tomando el valor percibido por esos conceptos, constituye una medida razonable y consulta la proporcionalidad que debe existir entre el ingreso y el aporte.

En efecto, dicha determinación permite que la cotización se haga por la suma realmente devengada por el trabajador durante el período en que se encuentre incapacitado o en licencia de maternidad. De esta manera no se aporta más ni menos de lo percibido en esos lapsos, lo cual respeta el principio de solidaridad que orienta el sistema y la capacidad de pago de los aportantes.

En lo que atañe a las vacaciones y permisos remunerados, el decreto enjuiciado precisó que para liquidar los aportes se tomaría el IBC reportado en el mes anterior al disfrute de dichos descansos; sin embargo, la accionante sostuvo que ese método no tiene en cuenta los incrementos de los salarios fijos, ni el promedio de los variables; por lo tanto, como el IBC en época de vacaciones es diferente al valor percibido por ese concepto, «se afectan gravemente los derechos de los trabajadores al no ver reflejados sus aportes en los ingresos efectivamente percibidos».

Al respecto, es preciso resaltar que la referida metodología para el cálculo del IBC resulta razonable, puesto que el trabajador que está en vacaciones o en permiso remunerado no está ejerciendo la actividad para la cual fue vinculado a un empleo, es decir, que técnicamente no recibe un salario, entendido como un ingreso por prestar su fuerza laboral.

Se observa que el Gobierno nacional buscó una fórmula que le permitiera establecer el IBC para el sistema de salud en caso de vacaciones y permisos remunerados en los sectores público y privado, pues como lo anotó la parte demandada, las vacaciones no están enlistadas en el Decreto 1158 de 1994 para efectuar aportes al sistema en el caso de los servidores oficiales y no existía norma legal que regulara dicho aspecto.

Así las cosas, en aras de fijar una regla que operara de forma homogénea para los trabajadores particulares y los servidores públicos, se tomó como referente el último IBC reportado con anterioridad a la fecha en que comenzara el período de vacaciones o los permisos.

Dicha remisión no es una medida arbitraria, pues se trata del salario que el trabajador devengó durante el mes anterior al inicio del descanso remunerado, es decir, que ante el vacío legal se acudió a un criterio consecuente con la situación laboral del empleado durante el período en que sí percibió un salario por la prestación efectiva del servicio.

La demandante aseguró que durante las vacaciones el IBC para el sistema de salud debía determinarse sobre las sumas devengadas por los trabajadores particulares en esa época; sin embargo, la interesada no aportó mayores elementos de juicio para concluir que la fórmula por ella propuesta sea más correcta que la escogida por el Gobierno nacional.

Ante este panorama, la Sala debe acudir al concepto de discrecionalidad administrativa para concluir que la metodología implementada por la norma acusada resulta razonable y proporcionada en contraste con la sugerida por la accionante.

En efecto, dicha figura denota que las decisiones del ejecutivo muchas veces están revestidas de variados componentes técnicos, por lo que «no siempre es posible identificar soluciones científicas únicas o infalibles, lo cual abre a la administración un margen de escogencia entre las diversas opciones técnicamente viables, elección que realiza de conformidad con otros criterios legítimos, como se observa, por ejemplo, en áreas del conocimiento científico como el económico - financiero, cuyas construcciones y principios de actuación y decisión están impregnados de criterios políticos y de valor».<sup>52</sup>

De esta manera, cuando se analiza una norma que atañe a un asunto técnico, como

lo es la liquidación de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, los demandantes deben demostrar «con absoluta claridad y certeza»<sup>53</sup> que la administración infringió alguna norma o principio jurídico, incurrió en arbitrariedad o, en general, «el juicio, el criterio y el uso de una discrecionalidad técnica ha sido desacertado»,<sup>54</sup> por ende, «si el recurrente acredita el error de apreciación o la mala conceptualización o calificación, o la arbitrariedad formal o de fondo»,<sup>55</sup> las pretensiones deberán despacharse favorablemente, de lo contrario se mantendrá incólume la decisión gubernamental.

En este caso no puede acogerse la propuesta de la actora en el sentido de tomar en integridad el valor pagado por concepto de vacaciones para determinar la cotización que hacen los trabajadores particulares al sistema de salud, ya que se enfoca únicamente en el sector privado, pese a que la disposición acusada rige también en el sector público.

Por lo tanto, acceder a las súplicas de la demanda generaría un desequilibrio en la forma en que se hacen los aportes al sistema de seguridad social en salud en los mencionados sectores. Además, implicaría tomar una decisión judicial sin que

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2022, radicado 11001-03-26-000-2016-00140-00 (57819).

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2022, radicado 11001-03-26-000-2016-00140-00 (57819). <sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, radicado 11001-03-26-000-1997-13503-00 (13503).

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, radicado 11001-03-26-000-1997-13503-00 (13503).

existan suficientes elementos de orden técnico, económico y financiero que permitan variar la política pública adoptada en esa materia.

Asimismo, se causaría un desequilibrio de cara a la regla tendiente a que la cotización mantenga «siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión»,<sup>56</sup> pues la base de cotización en salud de los empleados públicos y privados es la misma para el sistema de pensiones, conforme lo ordena el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

Específicamente, se desconocería que las vacaciones de los servidores oficiales se liquidan con inclusión de algunos factores que no se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994 como base de cotizaciones para las pensiones,<sup>57</sup> por ejemplo, la prima de servicios y los auxilios de alimentación y de transporte, es decir, que en caso de extender la fórmula propuesta por la actora al sector público se terminaría tomando como referente una suma que viene liquidada con factores que de ordinario no componen el IBC de los empleados públicos.

También debe tenerse en cuenta que existen otras normas que han regulado de manera específica factores que impactan la cotización al sistema de seguridad social en regímenes especiales, como ocurre por ejemplo en la Rama Judicial, la fuerza Pública, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, entre otras entidades, por lo que acoger los lineamientos sugeridos por la actora podría desarticular el esquema establecido para calcular los aportes al sistema de salud y que se ha construido con el fin de lograr una mayor uniformidad y eficiencia en el recaudo de estos dineros parafiscales.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

<sup>57</sup> Que reglamentó el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos.

<sup>58</sup> Ver las consideraciones del Decreto 1931 de 2006, modificatorio del Decreto 1465 de 2005, que a su vez reglamentó los artículos 9 de la Ley 21 de 1982, el parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988, 287 de la Ley 100 de 1993, el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 119 de 1994, 15 de la Ley 797 de 2003 y 10 de la Ley 828 de 2003.

A partir del anterior análisis, se deberán negar las súplicas de la demanda, ya que la fórmula que sugirió la actora para liquidar el IBC en época de vacaciones de los trabajadores particulares no es razonable ni permite una aplicación uniforme en los sectores público y privado, por lo que incumplió con la carga que le asistía de demostrar que el acto acusado quebrantó el ordenamiento superior y que existía un método de cálculo más correcto que el implementado en el acto acusado.

## **2.6. La condena en costas**

En consideración a que se trata de un medio de control de nulidad, en el que se ventila un asunto de interés público, no se impondrá condena en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 188<sup>59</sup> del CPACA.

## **3. Conclusión**

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en las directrices jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y en el acervo probatorio, se concluye que la accionante no logró desvirtuar la legalidad del artículo 70 del Decreto 806 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre

de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

**Primero. Negar** las pretensiones de la demanda de nulidad formulada por la señora Sandra Milena Quevedo Gómez contra el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, «por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en

<sup>59</sup> **Artículo 188.** Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional», expedido por el presidente de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**Segundo.** Sin condena en costas.

**Tercero.** En firme esta decisión, por Secretaría de la Sección Segunda, háganse las anotaciones correspondientes y archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**  
Firmado electrónicamente

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**  
Firmado electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**  
Firmado electrónicamente

**CONSTANCIA:** La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.