

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 11001-03-25-000-2018-01256-00
Número interno: 4226-2018
Demandante: Aida Helena Vergara Vergara
Demandado: Ministerio de Salud y de la Protección Social
Acción: Simple nulidad
Tema: Pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los Trabajadores Independientes.

La Sala decide la demanda de nulidad, que en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó la señora Aida Helena Vergara Vergara, contra el artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

La ciudadana Aida Helena Vergara Vergara, presentó demanda de nulidad contra el artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, *“Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo.”*, expedido por el Gobierno Nacional.

1.1. El Acto Acusado

La señora Aida Helena Vergara Vergara, pretende que se declare la nulidad del artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, expedido por la Presidencia de la República, en conjunto con los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Salud y Protección Social y del Trabajo, mediante el cual se reglamentó el pago de cotizaciones de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social

Integral.

El contenido del artículo demandado indica textualmente lo siguiente:

“MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

DECRETO NÚMERO 1273 DE 2018

(23JUL2018)

Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo

**LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
DELEGATARIA DE FUNCIONES PRESIDENCIALES SEGÚN LO DISPUESTO EN
EL DECRETO 1255 DE 2018,**

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, y

CONSIDERANDO

(...)

DECRETA

Artículo 1. Modifíquese el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, el cual quedará así:

"Artículo 2.2.1.1.1.7 Pago de cotizaciones de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral. El pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes se efectuará mes vencido, por periodos mensuales, a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) y teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el periodo de cotización, esto es, el mes anterior.

Lo dispuesto en el presente artículo no afecta las coberturas de las prestaciones de cada uno de los Subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral que, conforme a la normativa vigente, las entidades administradoras de los mismos deben garantizar a sus afiliados."

(...) (Subrayado fuera de texto).

1.2. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante expone como normas violadas las siguientes:

Constitución Política, artículos 48, 53 y 189 numeral 11

Ley 100 de 1993, artículos 1° y 2° literal c)

Ley 1753 de 2015, artículo 135 inciso 1°

Decreto 780 de 2016

La accionante considera que el artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, fue expedido i)

con infracción de las normas en las que debía fundarse y ii) con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Expresó que el Decreto 1273 de 2018 fue expedido con el fin de reglamentar el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, en cumplimiento de la sentencia de 12 de marzo de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección B, (radicado N° 25000-23-41-000-2018-00058 00). De esta manera, en su artículo 1° dispuso que el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de todos los trabajadores independientes se debía efectuar mes vencido según los ingresos percibidos en el mes anterior; sin embargo, no tuvo en cuenta que el inciso primero del mencionado artículo 135 excluyó del pago de tales aportes a los trabajadores independientes con contratos de prestación de servicios.

Indicó que el artículo demandado desconoció las normas superiores en las que debía fundarse, porque omitió precisar los sujetos a los cuales estaba dirigida la obligación de efectuar los pagos de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral, de acuerdo con los lineamientos definidos en la Ley 1753 de 2015.

Precisó que el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 al describir el ingreso base de cotización de los independientes, se refiere, únicamente, a i) los trabajadores independientes por cuenta propia y ii) los independientes con contrato diferente a los de prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), por lo que al ejecutivo le estaba vedado incluir en la norma reglamentaria a aquellos sujetos vinculados mediante contratos de prestación servicios.

Agregó que el Gobierno Nacional al expedir el artículo demandado excedió el límite de la potestad reglamentaria que le asiste, al imponer cargas u obligaciones a personas que están expresamente excluidas por virtud de la ley.

Sostuvo que el Gobierno Nacional reglamentó aspectos que no estaban previstos en la ley, por lo que resulta evidente el exceso de la potestad reglamentaria que le asiste al ejecutivo en la expedición del artículo demandado.

Resaltó que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado que la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional “*no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley*”, por ello, “*al Presidente de la*

República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones”, por ende, “no es posible entonces, so pretexto de reglamentar la ley, introducir nuevas disposiciones que desvirtúen la voluntad del legislador, pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla”.

2. Trámite Procesal

Mediante Auto de 23 de agosto de 2019, se admitió la demanda, se ordenó la notificación a las partes e intervinientes, es decir, a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se tuvo como coadyuvante de la parte actora a la señora Ana María Quiroga Valencia y se ordenó la comunicación a la comunidad, por la página web de la Corporación, de la existencia del proceso. En la misma fecha se corrió traslado de la medida cautelar solicitada por la parte actora.

2.1 Suspensión Provisional.

Una vez vencido el término de traslado de la medida cautelar, el Despacho ponente, mediante auto de 2 de octubre de 2020 precisó que el Decreto 1273 de 2018 perdió su vigencia, porque la Corte Constitucional a través de la sentencia C-219 de 22 de mayo de 2019, con efectos diferidos, declaró la inexecutable del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, cuyo mandato fue reglamentado por el referido Decreto 1273 de 2018. Asimismo, éste último fue derogado expresamente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 (Plan de Desarrollo 2018-2022), la cual entró en vigor el 25 de mayo de 2019.

En este sentido, como quiera que el decreto cuestionado dejó de tener efecto por las actuaciones judiciales y legislativas mencionadas, no fue pertinente y necesario resolver la medida provisional invocada, por lo que se continuó con las demás acciones procesales dirigidas a proferir fallo, con el fin de examinar la legalidad de la norma acusada durante su vigencia.

3. Intervenciones

3.1 La señora Ana María Quiroga Valencia en su calidad de coadyuvante, manifestó que coadyuvaba los argumentos expuestos por la demandante en la solicitud de suspensión provisional de la norma demandada y en el escrito de

demanda, relacionados con: i) la infracción de las normas superiores en las que debía fundarse el artículo 1º del Decreto 1273 de 2018, al no atender los parámetros definidos en el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, y ii) el exceso de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional al expedir la norma cuestionada, por fuera de los límites fácticos establecidos por el legislador.

Adicionalmente, la coadyuvante argumentó que la norma demandada incurrió en una falsa motivación, porque en la parte considerativa del Decreto 1273 de 2018, se indica que el mismo tiene como fundamento el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia de 12 de marzo de 2018 (radicado N° 25000-23-41-000-2018-00058-00), que le impuso al Gobierno Nacional reglamentar el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015; sin embargo, el artículo 1º del Decreto 1273 de 2018 se dirige a reglamentar el inciso primero del mencionado artículo 135; siendo evidente que la norma acusada, tomó como fundamento una situación jurídica distinta para reglar aspectos que no le correspondían.

3.2 La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó que el Gobierno Nacional no incurrió en infracción de las normas superiores, ni en exceso de la facultad reglamentaria, pues la parte demandante hace una lectura de la norma legal y el decreto reglamentario de manera parcializada, lo cual conduce a que no se ajuste a la realidad.

Expresó que el legislador al expedir la Ley 1753 de 2015, advirtió que era necesario diferencial la forma como habrían de cotizar los trabajadores con contratos de prestación de servicios personales, a la manera como lo harían los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios y, por ello, en el artículo 135 de la mencionada ley se ocupó de estos últimos en el inciso primero y de los servidores con contratos de prestación de servicios en el inciso tercero de la norma.

Explicó que, en efecto, el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 estableció expresamente que los contratantes públicos y privados debería efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto estableciera el Gobierno Nacional.

Agregó que el legislador estimó que el Gobierno Nacional debía reglamentar la fecha y la forma para que los contratantes públicos y privados efectuaran la retención de los aportes, pero esa diferenciación sobre esos dos precisos tópicos, en relación con los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios, de ninguna forma implicaba que los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios personales, quedaban excluidos de efectuar las cotizaciones al sistema de seguridad social mes vencido, como lo afirma la demandante.

Añadió que en virtud de la norma legal que la actora estima vulnerada, un contratante, público, privado o mixto, solamente puede efectuar la retención de los aportes y su pago al Sistema General de Seguridad Social, cuando el servicio ha sido efectivamente prestado, es decir, mes vencido.

Afirmó que cualquier ambigüedad ocurrida con la norma demandada, quedó zanjada con la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual fue expedido el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, la cual, en el artículo 336, derogó expresamente el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, y en su artículo 244 se refirió al ingreso base de cotización de los independientes en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 244. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN -IBC DE LOS INDEPENDIENTES. Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente **que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido** al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado - IVA. En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo.”. (Negrilla fuera de texto).

A partir de lo anterior, concluyó que la derogatoria del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, implica que en el presente asunto se configura el fenómeno jurídico del decaimiento de las disposiciones contenidas en el Decreto 1273 de 2018, toda vez que desapareció la disposición legal que le sirvió de fundamento y con ello su obligatoriedad.

4. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 2 de octubre de 2020 se dispuso: i) tener como pruebas los

documentos aportados por las partes e intervinientes, y ii) se ordenó correr traslado por el término de diez (10) días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que conceptuara sobre el asunto, si lo estimaba pertinente.

4.1 La parte demandante, reiteró los razonamientos expuestos en el escrito de demanda, con los cuales pretendía demostrar la nulidad del artículo 1º del Decreto 1273 de 2018, por exceso de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional.

4.2 La parte demandada

4.2.1 La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, manifestó que el Gobierno Nacional no desconoció el ordenamiento jurídico superior, ni incurrió en un exceso de la potestad reglamentaria, reiterando los argumentos decantados en la contestación de la demanda, sobre el alcance y la adecuada interpretación de los incisos 1º y 3º del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, que indican el momento y porcentaje en que se deben hacer los aportes a seguridad social, para las personas vinculadas mediante contratos de prestación de servicios en entidades públicas y privadas, como para los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios.

Agregó que en el presente asunto se debe tener en consideración el análisis y conclusiones a las que llegó el Consejo de Estado – Sección Cuarta, en sentencia de 12 de septiembre de 2019, (radicado N° 11001-03-27-000-2018-00048-00)(24126), en la que se analizó la legalidad del artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 1º del Decreto 1273 de 2018, y del inciso primero del artículo 3.2.7.6 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 2º del Decreto 1273 de 2018, concluyendo que el Gobierno Nacional no excedió la potestad reglamentaria, con la expedición del referido decreto.

5. Concepto del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

Señaló que si bien, el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, en cuyo contenido se sustentó la norma demandada (artículo 1º del Decreto 1273 de 2018), perdió su vigencia, por razón de lo decidido en la sentencia C-219 de 2019 de la Corte

Constitucional y la derogatoria expresa del artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, también es cierto que, es procedente abordar su legalidad, por los efectos que pudo tener durante su permanencia en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, indicó que los destinatarios de la disposición establecida en el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, fueron, en el inciso primero, i) los trabajadores independientes por cuenta propia, y ii) los trabajadores independientes suscritores de contratos distintos a aquellos de prestación de servicios que perciban un ingreso mensual igual o superior a un salario mínimo mensual legal vigente, y en el inciso tercero se refirió a iii) los contratistas de servicios personales de entidades públicas y privadas, quienes también están obligados a realizar los aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social, en los términos que establezca el Gobierno Nacional.

Consideró que la lectura e interpretación que hace la accionante del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, resulta ser incompleta, pues no abarca la totalidad de los destinatarios de la norma, por lo que no puede pretender derivar una nulidad o vulneración del ordenamiento jurídico a partir del análisis parcializado del precepto normativo.

Adujo que la parte actora desconoce que el Decreto 1273 de 2018 reglamentó todas las disposiciones que componen el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, razón por la cual debió sopesar la totalidad de los elementos que conforman la ley que desarrolló, y no solo limitarse al contenido del inciso primero, pues es evidente que el mencionado inciso tercero señala expresamente al grupo de trabajadores independientes, contratistas de prestación de servicios, por lo que no era procedente concluir que la ley trató como excepción a este grupo, sin justificación alguna al respecto y que el decreto acusado reglamentó aspectos ajenos de su competencia.

Concluyó que la norma demandada reglamentó en forma integral el porcentaje y la oportunidad en que los trabajadores independientes deben hacer los aportes al sistema integral de seguridad social, siendo expedida por el Gobierno Nacional en el marco de sus competencias legales y constitucionales, sin desconocer el ordenamiento jurídico superior en el que debía fundarse.

6. Cuestión previa

Previo al análisis de fondo el presente asunto, es necesario precisar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-219 de 2019, declaró la inconstitucionalidad

del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, por violación del principio de unidad de materia, por lo que difirió sus efectos hasta que el legislador expidiera una ley ordinaria.

No obstante, el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 fue derogado expresamente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 y, reemplazado por el artículo 244 de esta última ley, pero, en esa ocasión, no reprodujo el sistema de retención para los aportes a la seguridad social de los independientes que celebraran contrato de prestación de servicios personales y, en cambio, unificó la periodicidad del pago, mediante cotización, de los aportes a la seguridad social que deberán efectuar los trabajadores independientes, sea que estos suscriban contratos de prestación de servicios personales o no personales.

En este sentido, si bien, la Corte Constitucional y el legislador excluyeron del ordenamiento jurídico el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, cuyo contenido sirvió de fundamento para la expedición del Decreto 1273 de 2018, también es cierto que, el criterio de esta Corporación ha sido efectuar el control de legalidad de los efectos jurídicos que surtió la norma mientras estuvo vigente. Así pues, teniendo en cuenta que la inconstitucionalidad del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 no se concretó hasta el momento en que fue derogada expresamente dicha norma, la Sala en esta providencia abordará el análisis del artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, cuyo contenido fue cuestionado por la parte actora.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Subsección es competente para conocer, privativamente y en única instancia, de la presente demanda de nulidad conforme con el numeral 1° del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema Jurídico

La Sala en el presente asunto, responderá el siguiente problema jurídico:

¿Si el Gobierno Nacional, al expedir el artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, desconoció las normas en las que debía fundarse e incurrió en un

exceso de la potestad reglamentaria y falsa motivación, al extender la obligación de hacer el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral a todos los trabajadores independientes, sin excluir a las personas vinculadas con contrato de prestación de servicios, como lo establece el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015?

¿Si el artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, se encuentra viciado de nulidad, al no precisar cuáles eran los trabajadores independientes destinatarios del deber de hacer el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, conforme con el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015?

Con el propósito de dar respuesta al problema jurídico, metodológicamente se emprenderá el análisis de los siguientes aspectos: (i) El Sistema General de Seguridad Social, (ii) El principio de solidaridad en el sistema de la seguridad social, (iii) La sostenibilidad fiscal del Sistema general de Seguridad Social, iv) Los partícipes del Sistema General de Seguridad Social, v) La obligatoriedad de los Trabajadores independientes de hacer aportes al Sistema General de Seguridad Social y, vi) El caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1 El Sistema General de Seguridad Social.

A partir de la Constitución Política de 1991, Colombia se constituyó en un Estado Social de Derecho, con la obligación de garantizar la eficacia de los principios y derechos establecidos en la Carta Política, previniendo que se vulneren los derechos de las personas, tomando las medidas pertinentes que permitan su efectiva materialización y ejercicio.

En desarrollo de esas obligaciones, surgió la seguridad social como un instituto jurídico de naturaleza dual, en tanto tiene la condición de derecho fundamental y servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado; siendo un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo.

La Corte Constitucional, en sentencia T-628 de 2007, estableció que la finalidad de la

seguridad social guarda *“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación [sic].”*

El máximo Tribunal Constitucional también ha señalado que este derecho encuentra sustento en el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues torna posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.

La seguridad social tiene su fundamento constitucional en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual prevé que se trata de un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. De acuerdo con la jurisprudencia Constitucional, la seguridad social es un *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”*.

El artículo 365 de la Carta Política prevé que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho y su prestación deberá efectuarse de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, con el fin de materializar los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

El Legislador, con la finalidad de desarrollar el mandato constitucional contenido en los artículos 48 y 49 Superiores, expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica, el cual fue estructurado con

los siguientes componentes: (i) El Sistema General en Pensiones; (ii) El Sistema General en Salud; (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales; y (iv) Servicios Sociales Complementarios, los cuales se ejecutan conforme los principios de eficiencia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, la unidad y la participación (artículo 2° Ley 100).

3.2 El principio de solidaridad en el sistema de la seguridad social.

La solidaridad es uno de los principios fundamentales del estado social de derecho colombiano, pues se constituye en el eje estructurador del principio de igualdad material (artículo 13) y el fundamento de todo el régimen de derechos sociales y económicos, incluyendo los derechos de la familia, los niños, las personas de la tercera edad y los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. Es también principio organizador del **servicio de salud** y saneamiento ambiental y da sustento constitucional a las formas solidarias de propiedad, promovidas desde la propia Constitución.

El principio de solidaridad condiciona constitucionalmente al legislador y a los reguladores, en aspectos como la intervención estatal en la actividad económica, la planeación, la priorización presupuestal, la distribución competencial y de recursos entre entidades territoriales, el régimen tarifario de los servicios públicos y el sistema tributario; toda vez que la actuación estatal (decisiones legislativas, regulatorias o de ejecución), por disposición expresa de la Constitución debe estar inspirada en el principio de solidaridad. Al respecto, dijo la Corte desde sus primeras sentencias que:

“La **solidaridad**, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros", tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual asume las conocidas formas activa y pasiva, y también en materia de responsabilidad. Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un **deber** -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas.”

La seguridad social es un servicio público solidario en la medida en que busca obtener el bienestar individual y *“la integración de la comunidad”*. De manera tal, que puede entenderse como un esfuerzo mancomunado y colectivo, 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.

En un sistema de seguridad social, aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada) y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo. Por supuesto que el principio solidario no es absoluto y su aplicación debe matizarse con la de otros principios y valores, como el de sostenibilidad, el de eficiencia y el de garantía de los derechos fundamentales, de lo contrario, el sistema de seguridad social sería inoperante e inviable.

El diseño del sistema está condicionado por las circunstancias económicas, demográficas y políticas de cada momento o de cada lugar: sin embargo, para que el carácter solidario de la seguridad social sea factible, es necesario por supuesto que los mecanismos de recaudación sean esencialmente obligatorios, no voluntarios y universales.

La Corte Constitucional ha analizado en diversas oportunidades el principio de solidaridad en el sistema de seguridad social. Así pues, en la sentencia C-1187 de 2000, explicó lo siguiente:

“(…) el derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales, por lo tanto, el primer principio irradia todo el ordenamiento jurídico y se manifiesta en numerosas instituciones y valores constitucionales. El principio de solidaridad, ha dicho esta Corporación múltiples veces, permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes. El principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias.”

En la sentencia C-739 de 2002, la Corte reiteró que el principio de solidaridad “*implica que todos los que participan en el sistema tienen el deber de contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban, en general, cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino para preservar el sistema en su conjunto*”.

En Sentencia C-760 de 2004, precisó:

“(…) La Corte Constitucional al referirse al principio de la solidaridad ha señalado que en el actual sistema jurídico este postulado, contemplado en la Constitución, no sólo vincula a todos los particulares sino también al mismo Estado, que en su condición de garante de los derechos de los coasociados está comprometido a prestar el apoyo que requieran las personas para alcanzar la efectividad de sus derechos y para colmar las aspiraciones propias de la dignidad humana (...) Este pronunciamiento deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la

seguridad social. Adicionalmente, de conformidad con la Constitución y la ley, es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante la participación, dirección y control del sistema, asegurando que los recursos públicos en dicho sistema se destinen de manera preferente a los sectores más vulnerables de la población. La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad.

La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado, sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población (...) (subrayado fuera de texto).

La sentencia C-1000 de 2007 hizo una apretada síntesis de las reglas jurisprudenciales más importantes derivadas del principio de solidaridad en el sistema de seguridad social:

“(...) Así mismo, en relación con la aplicación del **principio de solidaridad** en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que (i) éste permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes (...) el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias; (ii) **implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto;** (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con **mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia;** y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.”

De acuerdo con lo anterior, es claro que el principio de solidaridad tiene su origen en la Constitución Política de 1991 y su vigencia y aplicación en el Sistema General de Seguridad Social se deriva del artículo 48 superior, por lo que a partir de esa disposición todos los partícipes del sistema deben contribuir solidariamente a su sostenibilidad, con el fin de garantizar el acceso de todos los habitantes del territorio.

3.3 La sostenibilidad fiscal del Sistema general de Seguridad Social.

De acuerdo con la jurisprudencia Constitucional, la sostenibilidad fiscal es “(...) un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos, cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución (...)”.

Como quiera que la sostenibilidad fiscal es una herramienta para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho, en materia de seguridad social, dicho instrumento busca garantizar el financiamiento del sistema, compuesto por los aportes de los afiliados, procurando dar un manejo razonable de los recursos, sin importar la naturaleza de los aportantes, bien de origen público o privado, por lo que es una obligación del Estado asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales de los particulares, para evitar la evasión y la elusión al mismo por parte de quienes se encuentran obligados a contribuir.

Así las cosas, por virtud del principio de solidaridad, todos los afiliados deben contribuir al sistema para su sostenibilidad, equidad y eficiencia, con el objeto de preservarlo, además de recibir los beneficios individuales correspondientes.

3.4 Los partícipes del Sistema General de Seguridad Social

Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social, se enfocan en crear condiciones de acceso a todos los niveles de atención para toda la población, orientado por los principios de universalidad, calidad y eficiencia. En este sentido, el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, describe quiénes son los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de forma obligatoria, en los siguientes términos

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

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

(...)

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

a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado. De tal manera que

aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley;

b) Podrán efectuarse pagos anticipados de aportes;

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

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

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

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

Es pertinente aclarar que previo a la modificación establecida en los artículos 2 y 3 de la Ley 797 de 2003, los trabajadores independientes podían pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, de forma voluntaria, por lo que solo a partir de la vigencia de dicha ley, se hizo obligatoria dicha vinculación para quienes devenguen un ingreso superior al salario mínimo mensual legal vigente.

En efecto, la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, tenía por objeto equiparar a los trabajadores dependientes y a los independientes con respecto a su obligación de pertenecer al sistema y, por tanto, de realizar los aportes correspondientes. Este deber de origen legal (*ex-lege*) modificó las responsabilidades de los trabajadores independientes, lo que implica que mientras ostenten esa condición, es decir, durante el tiempo en el que continúen desarrollando una actividad económica en forma individual y asumiendo el riesgo directo que esta presupone, se encuentran necesariamente forzados a realizar sus aportes. En ese sentido, desde la entrada en vigencia de la referida ley, este grupo de trabajadores cuenta con el deber de estar afiliados a la seguridad social y ello implica que, para todos los efectos legales, deben entenderse como miembros del sistema. Ya no se trata entonces de la simple liberalidad para cotizar en un determinado momento o de una prerrogativa o posibilidad, sino del cumplimiento de una obligación que es menester sea observada en todos los casos, so pena del surgimiento de una deuda con el sistema que debe ser saldada ante la pretensión de adquirir una posición pensional.

Por otro lado, se debe señalar que el literal A, del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, establece que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante el régimen contributivo, son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago; mientras que los afiliados al sistema

mediante el régimen subsidiado son las personas **sin capacidad de pago** para cubrir el monto total de la cotización.

Ahora, en cuanto a la filiación al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, el Decreto-Ley 1295 de 22 de junio de 1994, en su artículo 13 establece que la vinculación debe hacerse de manera obligatoria para: i) trabajadores dependientes vinculados con contrato de trabajo o como servidores públicos, ii) los jubilados o pensionados, excepto los de invalidez, que se reincorpore a la actividad laboral formal, como trabajadores dependientes; y iii) los estudiantes que ejecuten trabajos que signifique una fuente de ingreso.

Así mismo, la referida norma, indicaba que, de forma voluntaria, se podrían vincular los trabajadores independientes, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Con posterioridad, se expidió la Ley 1562 de 2015, la cual a través del numeral 1° del literal a) del artículo 2° del artículo 2, modificó el artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, para establecer que son afiliados obligatorios al Sistema General de Riesgos Laborales *“(...) las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación”*.

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 723 de 15 de abril de 2013, *“Por el cual se reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo y se dictan otras disposiciones.”*, en cuyo artículo 2° se dispuso que el *“decreto se aplica a todas las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios, con entidades o instituciones públicas o privadas con una duración superior a un (1) mes y a los contratantes, conforme a lo previsto en el numeral 1 del literal a) del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012 y a los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio del Trabajo como de alto riesgo, tal y como lo prevé el numeral 5 del literal a) del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012. (...)”*.

En este orden de ideas, se tiene que son partícipes del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, salud y riesgos laborales, en calidad de afiliados, no solo los trabajadores dependientes vinculados con contrato de trabajo o como

servidores públicos, sino que también, los trabajadores independientes con capacidad de pago, lo que incluye a las personas naturales vinculadas con un contrato de prestación de servicios con instituciones públicas o privadas.

3.5 La obligatoriedad de los Trabajadores independientes de hacer aportes al Sistema General de Seguridad Social.

En cuanto a la obligación de hacer aporte al sistema General de Seguridad Social, es importante recordar que por mandato del artículo 48 de la Constitución, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio, sujeto, entre otros, a los principios de solidaridad y universalidad, lo que implica que las personas con vinculaciones laborales formales o trabajadores independientes deben cotizar al sistema en el régimen contributivo a efectos contribuir al sistema para su sostenibilidad, equidad y eficiencia y con el objetivo también de preservarlo, además de recibir los beneficios individuales correspondientes.

En este orden, en principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia. No obstante, como lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, dicha obligación resulta imperiosa siempre y cuando el trabajador independiente cuente con los recursos suficientes para cumplir con ellos, pues, de carecer en forma absoluta de los mismos o no contar con los necesarios para efectuar cotizaciones a ambos sistemas, aquella no se hace exigible.

4. El caso concreto

La señora Aida Helena Vergara Vergara, solicita la nulidad del artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, expedido por la Presidencia de la República, en conjunto con los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Salud y Protección Social y del Trabajo, mediante el cual se reglamenta el pago de cotizaciones de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral.

La accionante considera que el artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, fue expedido i) con infracción de las normas superiores en las que debían fundarse y ii) con exceso de la potestad reglamentaria que le asiste al Gobierno Nacional, porque desconoció los límites y alcances definidos por el legislador al proferir el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

Precisó que el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 al describir el ingreso base de cotización de los trabajadores independientes, se refiere, únicamente, a i) los trabajadores independientes por cuenta propia y ii) los independientes con contrato diferente a los de prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), por lo que al ejecutivo le estaba vedado incluir en la norma reglamentaria a aquellos sujetos vinculados mediante contratos de prestación servicios.

Adicionalmente, la coadyuvante alegó que, la norma demandada incurrió en una falsa motivación, porque en la parte considerativa del Decreto 1273 de 2018, se indica que el mismo tiene como fundamento el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia de 12 de marzo de 2018 (radicado N° 25000-23-41-000-2018-00058-00), que le impuso al Gobierno Nacional reglamentar el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015; sin embargo, el artículo 1° del Decreto 1273 de 2018 se dirige a reglamentar el inciso primero del mencionado artículo 135; siendo evidente que la norma acusada, tomó como fundamento una situación jurídica distinta para reglar aspectos que no le correspondían.

Al respecto se debe señalar la Ley 1753 de 9 de junio de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 (...)”*, en su artículo 135 se pronunció sobre el Ingreso Base de Cotización con destino al Sistema Integral de Seguridad Social a cargo de los trabajadores independientes, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 135. Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda. Para calcular la base mínima de cotización, se podrán deducir las expensas que se generen de la ejecución de la actividad o renta que genere los ingresos, siempre que cumplan los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

En caso de que el ingreso base de cotización así obtenido resulte inferior al determinado por el sistema de presunción de ingresos que determine el Gobierno Nacional, se aplicará este último según la metodología que para tal fin se establezca y tendrá fiscalización preferente por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). No obstante, el afiliado podrá pagar un menor valor al determinado por dicha presunción siempre y cuando cuente con los documentos que soportan la deducción de expensas, los cuales serán requeridos en los procesos de fiscalización preferente que adelante la UGPP.

En el caso de los contratos de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total el Impuesto al Valor Agregado (IVA), y no aplicará el sistema de

presunción de ingresos ni la deducción de expensas. Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

Cuando las personas objeto de la aplicación de la presente ley perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varias actividades o contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada uno de los ingresos percibidos de conformidad con la normatividad aplicable. Lo anterior en concordancia con el artículo 5o de la Ley 797 de 2003. (...).

De la lectura de la referida norma, se advierte que el legislador estableció que el pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social por parte de los trabajadores independientes debía realizarse de dos formas, según la modalidad de ejecución de su actividad laboral, a partir de un mismo porcentaje de ingreso base de cotización.

Así pues, en el inciso primero se dispuso concretamente, que: i) los trabajadores independientes por cuenta propia y ii) los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), debían cotizar al Sistema Integral de Seguridad Social, mes vencido, sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el IVA.

Entre tanto, en el inciso tercero del referido artículo de la Ley 1753 de 2015, se indicó que para el caso de los contratos de prestación de servicios personales como aquellos relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no implicaban subcontratación alguna, compra de insumos o expensas para la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el IVA. Seguidamente, la normativa dispuso que ese tipo de contrato de prestación de servicios personales los contratantes públicos o privados deberían efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas.

En efecto, de acuerdo con el supuesto de hecho regulado en la norma transcrita, en el caso de los contratos de prestación de servicios personales, el pago de los aportes a la seguridad social tendría lugar vía retención por parte del contratante; mientras que, respecto de los trabajadores independientes señalados en el inciso primero del artículo 135 *ibídem*, el pago se realizaría mediante cotización por cada mes vencido a cargo del contratista.

Así las cosas, se advierte que el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, se dirige a todos los trabajadores independientes con capacidad de pago y de ninguna manera

excluye a las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios del deber Constitucional y legal que les asiste de hacer sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, pues la norma, simplemente, los diferencia, respecto de la oportunidad y la forma de hacer las cotizaciones.

Ahora bien, es importante resaltar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección B, resolvió una demanda de acción de cumplimiento, dirigida a que el Gobierno nacional cumpliera lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 135 *ibídem*, en el sentido de reglamentar lo atinente al sistema de retención de los aportes a la seguridad social que efectuarían los contratantes públicos y privados a los contratistas con contratos de prestación de servicios personales.

De esta manera, el Tribunal, mediante sentencia del 12 de marzo de 2018 (exp. 25000234100020180005800), consideró que el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, contenía una obligación a cargo del Gobierno, a través de los respectivos ministerios, para reglamentar el inciso tercero de dicha disposición. Al efecto se refirió en los siguientes términos:

“Se tiene que el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 sí contiene una obligación clara y expresa en cabeza del Gobierno Nacional (...) obligación que consiste en expedir la correspondiente reglamentación con la finalidad de que a aquellas personas que tienen suscritos contratos bajo la modalidad de prestación de servicios con entidades públicas y privadas se les efectúe de manera directa por parte de estas últimas la retención por concepto de seguridad social, sin cuya reglamentación la norma se torna inane y sin posibilidad alguna de materialización, como efectivamente así ha sucedido desde su entrada en vigencia el 9 de junio de 2015, esto es, luego de más de dos (2) años y medio desde cuando fue promulgada.

6) En esa perspectiva, debe establecerse si tal obligación es actualmente exigible a través del presente medio de control como quiera que la jurisprudencia del Consejo Estado ha determinado de manera precisa que una vez sea expedida la correspondiente normatividad que requiere reglamentación por parte del Gobierno Nacional este tiene un plazo razonable no mayor de seis (6) meses para efectuarla.

La Ley 1753 de 2015 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "todos por un nuevo país" en el artículo 267 preceptúa que dicha ley comienza a regir una vez sea publicada, publicación que se realizó en el Diario Oficial no. 49.538 de 9 de junio de 2015, es decir que el término de seis (6) meses con el que contaba el Gobierno Nacional para expedir la correspondiente reglamentación de que trata el inciso tercero del artículo 135 *ibídem* inició el 10 de junio de ese mismo año y finalizó el 9 de diciembre de 2015, motivo por el cual se concluye que dicho plazo ya feneció.

7) Por su parte, tanto los ministerios de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo como el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República manifestaron que la reglamentación del referido inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 se encuentra en trámite, el cual no se ha podido culminar dada la dificultad de la materia y

porque se han tenido en cuenta las diferentes observaciones que han elevado las entidades públicas y privadas y gremios que han elevado durante la publicación del borrador del respectivo decreto en las respectivas páginas electrónicas oficiales de los citados ministerios. (...).”

En consecuencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenó al Gobierno Nacional que, a través de los ministerios de Trabajo, y de Salud y Protección Social, expidiera la reglamentación respectiva.

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, modificó el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016 y en su parte considerativa dispuso lo siguiente:

“Que el primer inciso del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 dispuso que los trabajadores independientes que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral.

Que en el inciso tercero ibidem se dispuso igualmente que los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante, que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, en la forma que para el efecto establezca el Gobierno nacional.

Que la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 12 de marzo de 2018 (radicado 25000-23-41-000-2018-00058- 00), ordenó al Gobierno nacional que, dentro del término de 4 meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, expida la correspondiente reglamentación del inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

Que se hace necesario reglamentar el pago de la cotización mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, a cargo de los trabajadores independientes, así como la retención de aportes de aquellos que celebren un contrato de prestación de servicios personales. (subrayado fuera de texto).

Al respecto, el artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, en lo referente al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores a quienes se les aplica el sistema de cotización, dispuso lo siguiente:

Artículo 1. Modifíquese el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, el cual quedará así:

"Artículo 2.2.1.1.1.7 Pago de cotizaciones de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral. El pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes se efectuará mes vencido, por periodos mensuales, a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) y teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el periodo de cotización, esto es, el mes anterior.

Lo dispuesto en el presente artículo no afecta las coberturas de las prestaciones de cada uno de los Subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral que, conforme a la normativa vigente, las entidades administradoras de los mismos deben garantizar a sus afiliados.”.

Ahora, en lo concerniente al sistema de retención de los aportes para el caso de los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante, el artículo 2° del Decreto 1273 de 2018, dispuso lo siguiente:

“Artículo 2. Adiciónese el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en los siguientes términos:

"TITULO 7 RETENCIÓN Y GIRO DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES CON CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES

Artículo. 3.2.7.1 Ingreso Base de Cotización (IBC) del trabajador independiente con contrato de prestación de servicios personales. El ingreso base de cotización (IBC) al Sistema de Seguridad Social Integral del trabajador independiente con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante corresponde mínimo al cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA) cuando a ello haya lugar. En ningún caso el IBC podrá ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente ni superior a 25 veces el salario mínimo mensual legal vigente.

Cuando por inicio o terminación del contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante resulte un periodo inferior a un mes, el pago de la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral se realizará por el número de días que corresponda. El Ingreso Base de Cotización (IBC) no podrá ser inferior a la proporción del salario mínimo mensual legal vigente.

En los contratos de duración y/o valor total indeterminado no habrá lugar a la mensualización del contrato. En este caso los aportes se calcularán con base en los valores que se causen durante cada periodo de cotización.

Artículo 3.2.7.2 Retención de aportes. Los contratantes públicos, privados o mixtos que sean personas jurídicas, los patrimonios autónomos y consorcios o uniones temporales conformados por al menos una persona jurídica deberán efectuar la retención y giro de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral a través de la Planilla Integral de Liquidación de Aportes (PILA), de los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante, en los plazos establecidos en el artículo 3.2.2.1 del presente decreto, teniendo en cuenta los dos últimos dígitos del NIT del contratante.

Parágrafo 1. La suma a retener será la que resulte de aplicar al Ingreso Base de Cotización (IBC), definido en el artículo 3.2.7.1 del presente decreto y los porcentajes establecidos en las normas vigentes para salud, pensiones y riesgos laborales, o las que las modifiquen o sustituyan.

Parágrafo 2. En aquellos casos en que el contratista cotice por varios ingresos, la retención y

pago de aportes se efectuará sobre el valor resultante en cada uno de los contratos, independientemente de que el resultado de la aplicación del 40% al valor mensualizado del contrato o contratos sujetos a retención sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. (...).

De la lectura integral de los artículos 1° y 2° del Decreto 1273 de 2018, se observa que el primero de estos reglamenta la oportunidad, el modo y el monto del pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral por parte de los trabajadores independientes, a los que hace referencia el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2018, esto es, *“i) los trabajadores independientes por cuenta propia y ii) los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv)”*, al indicar expresamente que los aportes se deben realizar *“(...) mes vencido, por periodos mensuales, a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) y teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el periodo de cotización, esto es, el mes anterior.(...)”*.

Entre tanto, el artículo 2° del Decreto 1273 de 2018 adicionó los artículos 3.2.7.1 y 3.2.7.2 del Decreto 780 de 2016, con los cuales reglamentó: i) el monto del Ingreso Base de Cotización (IBC) del trabajador independiente con contrato de prestación de servicios personales, para precisar que el porcentaje de los ingresos sobre los cuales se deben hacer los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral es del 40%, sin incluir el IVA y; ii) el sistema de retención de cotizaciones, en el sentido de desarrollar la facultad asignada a las entidades contratantes públicos, privados o mixtos para efectuar la deducción y giro de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral a través de la Planilla Integral de Liquidación de Aportes (PILA), de los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios.

Sobre el particular, es importante señalar que el Consejo de Estado – Sección Cuarta, en sentencia de 12 de septiembre de 2019, dentro del expediente de simple nulidad con radicado N° 11001-03-27-000-2018-00048-00(24126), se pronunció sobre la legalidad de la i) periodicidad de la cotización del trabajador independiente y ii) el sistema de retención aplicada a los contratos de prestación de servicios personales descrita en la reglamentación introducida por el Gobierno Nacional en los artículos 1° y 2° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, en los siguientes términos:

“(...) Ahora bien, como fue anticipado al inicio de las consideraciones, el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 estuvo dirigido a establecer el sistema de pago de los aportes en seguridad social, mediante cotizaciones por cada mes vencido, para el caso de los trabajadores por cuenta propia y los independientes que no celebraran contrato de prestación de servicios y que, además, percibieran al menos un salario mínimo, mensual, legal y vigente.

A su turno, el inciso tercero de la referida norma dispuso la base de cotización sobre la cual se determinarían los aportes a la seguridad social a cargo de los contratos de prestación de servicios personales que, como ya se dijo, fueron definidos en esa disposición como aquellos que no efectuaban subcontratación alguna ni requerían de insumos o expensas, en el marco de la ejecución de actividades relacionadas con la función de la entidad contratante. También quiso el legislador que se estableciera, para este tipo de contratos, un sistema de pago vía retención que estaría a cargo del contratante, en vez de que el contratista hiciera la cotización de los aportes.

Como se aprecia, el legislador pretendió diferenciar, dentro de la categoría del trabajador independiente, a quienes celebraban contrato de prestación de servicios de aquellos que celebraban contrato de prestación de servicios personales en los términos del inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

Al compararse la redacción del artículo 2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 1.º del Decreto 1273 de 2018, la Sala constata que, al tenor de la parte considerativa del referido decreto, el Gobierno reglamentó la periodicidad de la cotización de seguridad social a cargo de los trabajadores independientes, en los términos en que fue establecido en el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015. El artículo 2.1.1.1.7 del decreto reglamentario reitera que los trabajadores independientes deberán cotizar mes vencido, pero la acepción «trabajador independiente» se desprende del inciso primero del artículo 135 de la prenotada ley, en la medida en que se trata de una reglamentación de esa disposición.

En ese orden de ideas, **contrario a la interpretación que efectúa el demandante, la norma reglamentaria, al momento de aludir a la categoría general de «trabajador independiente», no desatiende la diferenciación que trae la propia Ley 1753 de 2015, en la medida en que la norma reglamentaria se refiere a la acepción de trabajador independiente allí dispuesta y, dentro de ella, a la diferenciación entre el trabajador independiente que celebra contrato de prestación de servicios personales y aquel trabajador que celebra cualquier otro tipo de contrato de prestación de servicios (v. gr. suministro, mandato y, en general, todos los tipos de contratos que prevea la legislación civil y comercial y que no encajen en la definición de prestación de servicio personal que trae el inciso tercero del artículo 135 *ibidem*).**

De hecho, nótese que el Decreto 1273 de 2018, al adicionar el título 7 al DUR 780 de 2016, reglamenta el sistema de retención que, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 resulta aplicable, únicamente, para los trabajadores independientes que celebran contratos de prestación de servicios personales. En dicho título fue adicionado el artículo 3.2.7.6 *idem*, que también acusa de nulidad el demandante. Mediante ese artículo se reglamentó la periodicidad con la que se debían efectuar las «cotizaciones» y en la que iniciaría la obligación de efectuar las «retenciones».

Para la Sala, el mencionado artículo 3.2.7.6 del Decreto 780 de 2016 cumple la finalidad de hacer aplicable los incisos primero y tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, en la medida en que definió los plazos a partir de los cuales se efectuarían las cotizaciones por cada mes vencido —para el caso de los trabajadores independientes definidos en el inciso primero de la ley—, así como el momento en que sería exigible practicar las retenciones de los aportes, en el caso de los independientes que celebraran contratos de prestación de servicios personales. (...).

Con fundamento en lo anterior, la Sección Cuarta de esta Corporación concluyó que la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional en los artículos 1 y 2 del Decreto 1273 de 2018, se realizó dentro del marco de sus competencias legales y constitucionales, sin incurrir en un exceso de la potestad reglamentaria, por lo que

decidió negar las pretensiones de la demanda.

Aunque los argumentos analizados por la Sección Cuarta de esta Corporación en referido fallo no fueron estrictamente iguales a los contenidos en la demanda promovida por la parte actora en el presente asunto, por cuanto no se examinaron los destinatarios de las normas acusadas, como lo plantea la demandante en el caso que nos ocupa; no se puede desconocer que se estudió la integralidad del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, para inferir que la norma cobija a todos los trabajadores independientes, es decir, aquellos que desarrollan su actividad laboral por cuenta propia, con contrato diferente a prestación de servicios y con contrato de prestación de servicios personales en instituciones públicas o privadas.

En este orden de ideas, la Sala considera que el artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, contrario a la interpretación que efectúa la demandante, de ninguna manera incluye destinatarios que hayan sido expresamente excluidos por la ley (artículo 135 de la Ley 1753 de 2015), pues como se advirtió anteriormente, el supuesto de hecho descrito en el precepto normativo acusado, reglamenta el deber que tienen: i) los trabajadores independientes por cuenta propia y ii) los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, de hacer los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, a través de la figura de cotización, de conformidad con el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

La lectura integral del artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, con relación al mandato superior contenido en el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, permite inferir, con claridad, que los sujetos a los que se dirige la norma demandada, son aquellos trabajadores independientes por cuenta propia y con contrato diferente a prestación de servicios, en quienes recae el deber de efectuar sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, vía cotización, mes vencido, por lo que no se puede entender que en el referido artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, se incluye a los trabajadores independientes vinculados mediante contrato de prestación de servicios.

Por otro lado, se reitera que, la obligación que tiene los trabajadores independientes vinculados mediante contrato de prestación de servicios personales, de hacer los respectivos aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, a través del sistema de

retención, es un mandato legal establecido expresamente en el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, que se reglamentó en el artículo 2 del Decreto 1273 de 2018 y en cuyo contenido se definen los sujetos responsables y las condiciones de tiempo, modo y monto, como se debe efectuar el respectivo aporte al sistema. No obstante, cabe mencionar que la legalidad del mencionado artículo 2 no fue cuestionado por la demandante en este asunto.

Así las cosas, para la Sala es evidente que la norma acusada no solo se ajusta a los parámetros definidos por el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, sino que además tiene fundamento en los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia y sostenibilidad fiscal que rigen al Sistema de Seguridad Social Integral; según los cuales es un deber de todo trabajador y/o servidor público, que desarrolla su actividad laboral en el territorio nacional, contribuir al sistema a través de sus aportes y/o cotizaciones para su sostenibilidad, equidad y eficiencia, con el objeto de preservarlo, además de recibir los beneficios individuales correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución, la Ley 100 de 1993 la Ley 797 de 2003 y demás normas reglamentarias sobre la materia.

Por lo anterior, para la Subsección no es de recibo que la parte demandante pretenda hacer una interpretación sesgada del artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, a partir de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, sin siquiera analizar de forma integral el contenido de la norma, con la cual se regulaba expresamente en cada uno de sus incisos los sujetos, porcentajes, formas y momentos en los que los trabajadores independientes debían efectuar sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, en atención al deber legal y constitucional que les asiste.

Ahora bien, en cuanto a la supuesta **falsa motivación** en la que incurrió la disposición demandada, es pertinente aclarar que el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 y la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca explican las razones jurídicas y fácticas que dieron origen a la reglamentación establecida en el artículo 2 del Decreto 1273 de 2018, en cuyo contenido se desarrolla de manera expresa y completa el deber que tienen las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios con instituciones públicas o privadas de realizar sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, como lo ordenó el Tribunal en la sentencia de 12 de marzo de 2018.

En lo que respecta a la motivación que sirvió de sustento para la expedición del artículo 1° del Decreto 1273 de 2018, se observa que el Gobierno Nacional, en la parte considerativa mencionado decreto, expuso que el deber que tenían los trabajadores independientes con ingresos mensuales iguales o superiores a 1 smlmv, de efectuar sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, vía cotización, se deriva de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015; por lo que resulta evidente que la entidad demandada en el decreto cuestionado enunció las circunstancias fácticas y jurídicas para la expedición del artículo demandado.

Bajo este contexto, se colige que la norma demandada no fue expedida con falsa motivación, como lo afirma la coadyuvante, pues el decreto acusado desarrolla coherente y razonablemente los motivos de hecho y derecho que dieron origen a los distintos preceptos normativos reglamentarios, sin incurrir en irregularidad alguna.

Lo expuesto, permite advertir que el argumento planteado por la coadyuvante, parte de una lectura parcializada del decreto cuestionado, lo que ocasiona una interpretación inadecuada del ordenamiento jurídico, como lo manifestaron el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio Público en sus intervenciones al interior del presente asunto.

Así las cosas, la Sala concluye que el artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, además de ajustarse a los parámetros legales definidos en el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015; observa cabalmente los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia y sostenibilidad fiscal que rigen al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo que se encuentra debidamente motivada y no resulta ser contrario al ordenamiento superior en el que debía fundarse.

Adicionalmente, tampoco se advierte que la norma cuestionada haya sido expedida por el Gobierno Nacional con exceso de la potestad reglamentaria, toda vez que fue proferida dentro del marco de las funciones constitucionales y legales que le fueron asignadas.

En consecuencia, los cargos alegados por la demandante no están llamados a prosperar.

III. DECISIÓN

Como corolario de lo anterior, se debe concluir que el Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Salud y Protección Social y del Trabajo, con ocasión de la expedición del artículo 1° del Decreto 1273 de 23 de julio de 2018, no desconoció las normas en las que dicho acto debía fundarse, tampoco se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, ni incurrió en falsa motivación; por lo que su presunción de legalidad se mantendrá incólume. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

NEGAR las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

(Firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente)