



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación núm.: 11001 0324 000 **2011 00218 00**

Actor: **DAVID LUNA SÁNCHEZ**

Demandado: Presidencia de la República – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de la Protección Social

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por el ciudadano David Luna Sánchez, contra el parágrafo primero del artículo 10 del Decreto 2677 del 26 de julio de 2010 *“por el cual se reglamentan los artículos 34 y 72 del decreto Ley 1421 de 1993, en relación con el acceso a los servicios de salud por parte de los concejales y ediles del Distrito de Bogotá”*.

I.- COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria



de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984 aplicable al presente proceso) y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia:

II.- LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., el señor David Luna Sánchez solicitó a la Corporación que acceda a las siguientes,

2.1. Pretensiones:

“Que se declare la NULIDAD del DECRETO 2677 DE 2010 por ser violatorio del artículo 13 de la Constitución Política y del artículo 18 de la Ley 1122 de 2007.”¹

2.2.- Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora señala como violados el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007.

Al explicar el concepto de la violación de las normas que se acaban de enunciar, el demandante concreta sus objeciones en los siguientes términos:

Primer cargo: Violación del artículo 18 de la Ley 1122 de 2007

¹ Folio 33 de este Cuaderno.



Asegura que el Gobierno Nacional excedió sus facultades al variar la base de cotización a la seguridad social de un 40% a un 100% de los Concejales y Ediles de Bogotá

Explicó que los Concejales y Ediles tienen un régimen similar al de los trabajadores independientes de conformidad con lo expuesto en el artículo 311 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 34 y 72 del Decreto Ley 1421 de 1993.

En consecuencia, los Concejales y Ediles son funcionarios, no empleados del Distrito, y por ende su régimen se asimila o es asimilable al de los trabajadores independientes.

En ese contexto, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007 según el cual *“Los independientes contratistas de prestación de servicios cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud el porcentaje obligatorio para salud sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato”*.

En estos términos el párrafo primero del artículo 1º del Decreto 2677 de 2010 desconoce de manera abierta y clara la norma legal, pues obliga a los Concejales y Ediles a cotizar sobre el 100% del ingreso base de cotización.



Segundo cargo: Violación del derecho a la igualdad

Indicó que el derecho remuneratorio de los Concejales de Bogotá y de sus Ediles es igual al derecho remuneratorio de los demás Concejales del país, particularmente en cuanto a la naturaleza de su vinculación con el Estado, pues se trata en los dos casos de trabajadores independientes.

Sin embargo, el régimen remuneratorio no es el mismo, pues impone en el caso de los Concejales y Ediles del Distrito Capital un porcentaje de cotización mayor al que es impuesto a los demás Concejales y Ediles del país.

III.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1.- La apoderada del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** contestó la demanda defendiendo la legalidad del acto censurado.

Se refirió a la naturaleza de la vinculación de los Concejales y Ediles del Estado colombiano, afirmando que se trataba de miembros de las Corporaciones Públicas y por ello tenían la calidad de servidores públicos en atención a lo previsto en el artículo 123 de la Carta Suprema y a lo desarrollado en la sentencia del 10 de marzo de 2005



proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso número 44001-2331-000-2004-00056-01 (PI).

a.- Arguyó que el tratamiento como “trabajador independiente” obedece a la necesidad de afiliarlos al régimen de seguridad social, y que no por ello podía hablarse válidamente que compartieran el régimen de los contratistas, ya que la vinculación de los Concejales y Ediles responde al ejercicio de una dignidad pública y no al cumplimiento de obligaciones contractuales, pues entre el Estado y los citados servidores no media la existencia de un contrato.

b.- Precisó que no existía la contradicción que encontraba el demandante entre el Decreto impugnado y la Ley 1122 de 2007, toda vez que aquél se ocupa de la afiliación y cotización de los Concejales, y ésta regula lo concerniente a la cotización de los independientes contratistas, que como ya se dijo, no son asimilables ni en su naturaleza ni en su regulación normativa a los primeros, pues la vinculación y remuneración de los Concejales y Ediles es de carácter especial.

Agregó que aspectos como la afiliación en uno y otro caso presentaban diferencias, habida cuenta de que los contratistas se encuentran obligados a cotizar en tanto que a los Concejales no les exigible tal obligación siempre que no se den las circunstancias que plantea del



Decreto censurado, es decir, cuando no exista oferta de la póliza de seguro de salud o que su valor supere el costo de la afiliación al régimen contributivo de salud.

De otra parte, la afiliación de los contratistas se lleva a cabo bajo su propia gestión, en tanto que la de los Concejales y Ediles se realiza por medio del Distrito Capital.

En relación con el ingreso recordó que los trabajadores independientes lo derivaban de la actividad laboral independiente que realizan, y que aquellos independientes que son afiliados obligatorios al SGSSS, perciben sus honorarios de la ejecución del objeto contractual que se ha acordado; mientras que los Concejales no tienen vinculación contractual sino que acceden al Concejo por elección popular y reciben honorarios en los términos de la Constitución y la Ley.

La cotización que pagan los contratistas es financiada totalmente por ellos; en tanto que para el caso de los Concejales y Ediles tal aporte está cargo del presupuesto del Concejo o del Fondo de Desarrollo Local. Sobre este particular trajo a colación un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de agosto de 2006 (Proceso número 1760).



Esbozadas las diferencias entre unos y otros concluyó que el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007 no era aplicable a los Concejales y Ediles por cuanto éstos no tienen contrato alguno.

c.- Arguyó que la cotización del 100% se previó porque a pesar de la vinculación especial, los Concejales pueden realizar actividades económicas distintas, cuestión que sí está prohibida para los demás servidores públicos.

d.- Calificó como un exabrupto la posibilidad de crear una categoría especial de afiliación al régimen contributivo de seguridad social solo para los Concejales y Ediles, razón ésta que explica la utilización de la categoría de trabajadores independientes por cuanto es la que en su operatividad más se acomoda a la situación, sin que ello signifique que son asimilables a los Concejales y Ediles, pues si así fuera éstos tendrían que asumir el 100% de su cotización.

e.- En lo que hace a la vulneración del derecho a la igualdad, precisó que el artículo 5º del Decreto 3171 de 2004 contempla el mismo ingreso base de cotización para los Concejales del país previsto en el Decreto 2677 de 2010 que controvierte el demandante, razón ésta suficiente para afirmar que no existe la alegada transgresión.



3.2.- La apoderada del **Ministerio de Salud y Protección Social** allegó escrito de contestación de manera extemporánea².

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1.- La apoderada del **Ministerio de Salud** señaló que los artículos 320 y 322 de la Constitución Política determinaron y ordenaron al Legislador la expedición de una regulación especial para el Distrito Capital.

En tal escenario, la adopción de medidas en torno al funcionamiento de las corporaciones que lo conforman, son el resultado de garantizar el cumplimiento del mandato constitucional acorde a la complejidad y dinámica de su gobierno, cuestión que es totalmente diferente a pretender un trato desigual frente a los miembros de las entidades existentes en el resto del país.

Estimó que el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007 va dirigido únicamente a los independientes contratistas de prestación de servicios, situación que es diametralmente distinta a la de los Concejales, como quiera que aun cuando reciben honorarios por su actividad se encuentran sujetos a un estatuto especial. Al respecto citó

² Folios 66 a 70 ibídem.



y transcribió apartes del Concepto No. 802 del 22 de mayo de 1996 dictado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

4.2.- El apoderado del **demandante** presentó alegatos de conclusión reafirmando lo siguiente:

- Para efectos del ingreso base de cotización al SGSSS el ordenamiento jurídico les da a los Concejales y Ediles de la Capital de la República un tratamiento similar al de los trabajadores independientes, pero les exige una base una base de cotización sustancialmente superior (40% del ingreso mensual para los trabajadores independientes contra el 100% de los ingresos mensuales para los Concejales y Ediles del Distrito Capital).
- Pese que Bogotá tiene un régimen jurídico, administrativo y político especial, se considera que no existe ningún elemento razonable que permita dar en estos puntos un tratamiento diferente a los Concejales y Ediles del Distrito a los demás del país, menos cuando este trato diferencial resulta desventajoso.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **Agente del Ministerio Público** que actúa como delegado ante esta Corporación solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda.



Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público agregando que dada la condición especial de la que goza el Distrito Capital por mandato Constitucional, la situación de sus Concejales y Ediles no puede ser equiparada a la de los trabajadores independientes y a la de los contratistas de prestación de servicios en los términos del artículo 18 de la Ley 1122 de 2007.

Prohijó lo expuesto en el escrito de contestación del citado Ministerio en relación con la legalidad del Decreto 2677 de 2010 en cuanto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad por el trato a los Concejales del resto del país, sosteniendo de manera adicional que la única diferencia entre el Decreto 3171 de 2004 y el que ahora de acusa era que para el caso de estos últimos el cálculo del IBC se hace con fundamento en el valor total de los honorarios anuales y, que para el caso de la norma acusada se hace teniendo como referencia el valor total de los honorarios del mes anterior, pero siempre sobre el valor total de los honorarios, razón por la cual independientemente de la manera en que se realice la operación la base para calcular los valores es la misma para ambos casos.

VI.- DECISION



No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

VII.- CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos consisten en determinar (i) si lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1º del Decreto 2677 de 2010 transgrede lo previsto en el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007 al obligar a los Concejales y Ediles del Distrito Capital a cotizar para seguridad social con base en el 100% de los honorarios percibidos en el mes anterior y no sobre el 40% como ocurre con los trabajadores independientes regulados en la citada norma legal, y (ii) si tal disposición vulnera el derecho a la igualdad de los citados servidores en relación con los demás Concejales y Ediles del país.

7.1.- Disposición acusada. Alcance

La norma censurada es la que a continuación se subraya:

“DECRETO 2677 DE 2010 (Julio 26)

Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 34 y 72 del Decreto - Ley 1421 de 1993, en relación con el acceso a los servicios de salud por parte de los concejales y ediles del Distrito Capital de Bogotá

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las consagradas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política

CONSIDERANDO:

Que el artículo 48 de la Constitución Política dispone que "La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social...".

Que los artículos 34 del Decreto- Ley 1421 de 1993 y 58 de la Ley 617 de 2000 establecen respecto del servicio de seguridad social en salud de los concejales que éstos "(...) tendrán derecho, durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y a un seguro de salud."

Que los artículos 72 del Decreto - Ley 1421 de 1993 y 59 de la Ley 617 de 2000 establecen que los ediles tendrán derecho a los mismos seguros y beneficios reconocidos por esta Ley a los concejales.

Que ante la existencia de diversas pólizas de seguros de salud en el mercado y la existencia del Plan obligatorio de Salud - dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud - se hace necesario establecer un criterio de selección de opciones y desarrollar su operatividad presupuestal.

DECRETA:

Artículo 1°. Afiliación de los concejales y ediles al régimen contributivo. *En aquellos eventos en que no exista oferta de la póliza de seguro de salud o su valor supere el costo de la afiliación de los concejales y ediles al régimen contributivo de salud, el Distrito Capital podrá optar por afiliarlos en calidad de independientes a dicho régimen contributivo.*

Para estos efectos, el Concejo de Bogotá y los fondos de desarrollo local respectivamente, afiliarán a los concejales y ediles al régimen contributivo de salud, con cargo a sus recursos, aportando el valor de la cotización. El pago del valor de esta cotización garantiza el acceso de estos concejales y ediles al servicio de Seguridad Social en Salud en los términos del decreto 1421 de 1993.

Parágrafo 1º. *El ingreso base de cotización mensual de los concejales y ediles será el valor total de los honorarios que hayan percibido por la asistencia a las sesiones ordinarias y extraordinarias en el mes inmediatamente anterior, con un límite de veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Parágrafo 2º. *La afiliación de los concejales y ediles al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud no implica, bajo ninguna circunstancia, que el Distrito adquiriera la calidad de empleador frente a ellos.*

Parágrafo 3º. *Teniendo en cuenta que la base de cotización al Sistema General de Pensiones debe ser la misma que aplica en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Distrito Capital realizará, por cuenta del concejal o del edil, el pago del valor del aporte al Sistema General de Pensiones sobre esta misma base, previa deducción del monto de la cotización, con cargo a los honorarios del concejal o del edil.*

Artículo 2. Presupuestación. *Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículos 34 y 72 del Decreto- Ley 1421 de 1993 y en el presente decreto, el Distrito Capital deberá incluir en su Presupuesto General las partidas necesarias para realizar la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de los concejales y ediles.*

Artículo 3º. Vigencia. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.*

PUBLÍQUESE y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 26 días de julio de 2010

ALVARO URIBE VELEZ

OSCAR IVAN ZULUAGA ESCOBAR



Ministro de Hacienda y Crédito Público

DIEGO PALACIO BETANCOURT
Ministro de la Protección Social”.

La norma reglamentó los artículos 34 y 72 del Decreto Ley 1421 de 1993, estableciendo que los Concejales o Ediles debían afiliarse al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud en calidad de independientes siempre que ocurriera uno de los siguientes dos eventos, a saber: (a) que no tuviesen póliza de seguro de salud o, (b) que el valor de la póliza superara el costo de la afiliación al régimen contributivo de salud.

La expedición del Decreto obedeció a que coexistían dos figuras para regular el régimen de seguridad social de estos servidores: por un lado las pólizas de seguro de salud, y por otro el Plan Obligatorio de Salud. Tal circunstancia generó a juicio del Gobierno Nacional la necesidad de crear un criterio uniforme de opciones que garantizara a Concejales y Ediles del Distrito Capital la cobertura de dicho régimen ante cualquier contingencia.

También se desprende de la parte motiva del acto acusado que ante tal disyuntiva debían realizarse los trámites presupuestales correspondientes en caso de que se optara por la afiliación al régimen



contributivo habida cuenta de que tales aportes se harían con cargo al Distrito Capital.

Partiendo de tales premisas la Sala estudiará los dos cargos de la demanda:

7.2.- Régimen jurídico de los Concejales y Ediles de Bogotá D.C. en materia de seguridad social

Para efectos de resolver los problemas jurídicos propuestos, considera la Sala necesario contextualizar el asunto dentro del régimen constitucional y legal de los Concejales o Ediles en la Capital colombiana.

7.2.1.- Categoría de Servidores Públicos

- a. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política, los Concejales y Ediles son servidores públicos, es decir, *“todas las personas que laboran para el Estado en cualquiera de las ramas del poder, bien sea en los órganos centrales o en las entidades descentralizadas o por servicios...”*³. La citada norma es del siguiente tenor:

³ Sentencia T-501 de 1992.

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”
(Subrayado de la Sala).

El artículo 312 ibídem expresamente saca a los Concejales del régimen de los empleados públicos así:

“ARTICULO 312. En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva.

Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta.”(Subrayado de la Sala).



A tal conclusión llegó igualmente ésta Sección en sentencia del 10 de marzo de 2005 dentro del proceso número 44001-23-31-000-2004-00056-01 con ponencia del Magistrado Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, veamos:

“No hay lugar a discusión que los concejales tienen la calidad de servidores públicos, en tanto son miembros de una corporación administrativa territorial, y el artículo 123 de la Constitución Política los cataloga o define como tales al decir que “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

- b. El artículo 293 ibídem defiende al Legislador la determinación de los presupuestos para el desempeño de las funciones públicas en las entidades territoriales por los ciudadanos que sean elegidos a través de voto popular, dentro de los cuales se encuentran los Concejales y los Ediles.

“ARTICULO 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y **desempeño de funciones**.” (Subrayado y resaltado de la Sala).

- c. Por mandato constitucional el Distrito Capital tiene un régimen administrativo, político y fiscal diferente. Así lo determina el artículo 322:

“ARTICULO 322. Bogotá, Capital de la República y el Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.”

- d. Según el inciso 4º del artículo 312 de la Carta los Concejales tienen “*derecho a honorarios por sus asistencia a sesiones*” de acuerdo con lo que determine la Ley. Resulta indispensable transcribir esta disposición nuevamente dada la importancia para resolver el caso concreto:

“ARTICULO 312. En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva.



Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta.”
(Subrayado de la Sala).

Nótese que la voluntad del constituyente de trasladar al Legislador la prerrogativa de regular esta materia.

7.2.2.- Remuneración. Honorarios

Los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 34 del Decreto Ley 1421 de 1993 reconocen el derecho a una remuneración para los Concejales del país, y para los del Distrito Capital, respectivamente.

El artículo 34 establece:

“Artículo 34. Honorarios y Seguros. A los Concejales se les reconocerán honorarios por su asistencia a las sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquéllas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración mensual del alcalde mayor dividida por veinte (20).

En todo caso el monto de los honorarios mensuales de los concejales no excederá la remuneración mensual del alcalde mayor.

También tendrán derecho durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y a un seguro de salud. El alcalde contratará con una compañía autorizada los seguros correspondientes.

Cuando ocurran faltas absolutas, quienes llenen las vacantes correspondientes tendrán derecho a los beneficios a que se refiere este artículo, desde el momento de su posesión y hasta que concluya el período respectivo.

El pago de los honorarios y de las primas de los seguros aquí previstos estará a cargo del presupuesto de la Corporación.”. (Subrayado de la Sala)

Tal norma es aplicable a los Ediles de Bogotá D.C. en atención a lo previsto en el artículo 72 ibídem, según el cual: “...Los ediles tendrán derecho a los mismos seguros reconocidos por este Decreto a los concejales.”.

7.2.3.- Régimen Prestacional. Seguridad Social

- a. Lo dicho hasta aquí debe leerse en consonancia con lo dispuesto por el Constituyente de 1991 en el artículo 48, pues allí se garantiza a todos los habitantes el derecho a la Seguridad Social. Veamos:

*“**Artículo 48.** Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.*



El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.” (Subrayado de la Sala).

De la lectura de la norma se desprende que el derecho a la Seguridad Social es irrenunciable y se predica de **todos** los habitantes, es decir, se predica también de los servidores públicos, valga decir, de los Concejales y Ediles del Distrito Capital.

- b.** Ahora, la Ley 100 de 1993 en el numeral primero del artículo 157 incluye a los servidores públicos como afiliados obligatorios al régimen contributivo, así:

“Artículo 157. Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

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

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

- c. Para determinar el monto de la cotización que es aspecto discutido por el señor David Luna Sánchez el artículo 204 ibídem indica que la base de cotización será la misma indicada en el régimen general de pensiones:

***“Artículo. 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las

actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

PARAGRAFO. 1º- La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.

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

(...)” (Resaltado y subrayas de la Sala).

- d. El régimen pensional aplicable se encuentra en el inciso tercero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, que a su vez remite a la Ley 4 de 1992, veamos:

“Artículo. 18.- Base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo. Ver el art. 30, Ley 1393 de 2010

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

En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente, salvo lo dispuesto para los trabajadores del servicio doméstico conforme a la Ley 11 de 1988.

Cuando se devengue mensualmente más de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Gobierno Nacional.

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

PARAGRAFO. 1º- *En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario devengado de cada uno de ellos, y dichos salarios se acumularán para todos los efectos de esta ley.*

PARAGRAFO. 2º- *A partir de la vigencia de la presente ley se eliminan las tablas de categorías y aportes del Instituto de Seguros Sociales y de las demás entidades de previsión y seguridad social. En consecuencia, las cotizaciones se liquidarán con base en el salario devengado por el afiliado.*

PARAGRAFO. 3º- *Cuando el Gobierno Nacional limite la base de cotizaciones a veinte (20) salarios mínimos, el monto de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida no podrá ser superior a dicho valor.” (Subrayado de la Sala).*

- e. El artículo 12 de la Ley 4ª de 1992 ordena al Gobierno Nacional definir el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales. La norma es del siguiente tenor:

“Artículo 12º.- *El régimen prestacional de los servidores públicos de la entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*



Parágrafo.- *El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.” (Subrayas de la Sala).*

7.2.4.- Conclusión

De todo lo expuesto la Sala concluye que los Concejales y Ediles de Bogotá D.C. son servidores públicos y su régimen salarial se encuentra regulado en los artículos 34 y 72 del Decreto Ley 1421 de 1993, y el régimen prestacional en el Decreto 2677 de 2010 expedido por el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo expuesto en el artículo 48 de la Constitución Política y en los artículos 157, 204 y 18 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 de la Ley 4 de 1992.

7.3.- Violación del artículo 18 de la Ley 1122 de 2007

7.3.1.- Para el demandante existe una contradicción entre la forma en que el Decreto 2677 de 2010 regula la afiliación al régimen de seguridad social de los Concejales y Ediles de Bogotá D.C., y lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007, pues aun cuando en el Decreto son equiparados a los trabajadores independientes la base de cotización es sustancialmente superior a la exigida en la ley para los trabajadores oficiales, (40% del ingreso mensual para los trabajadores independientes contra el 100% de los ingresos mensuales para los Concejales y Ediles del Distrito Capital).



Sostuvo que la expedición del citado Decreto desconoce la norma legal y que ello es fundamento suficiente para declarar su invalidez y retirarlo del ordenamiento jurídico.

Al respecto, la Sala observa que el demandante parte de una premisa equivocada para la construcción del cargo de violación de la Ley 1122 de 2007, pues lo formula sobre la base de que el Acto acusado equipara a los Concejales y Ediles de Bogotá D.C. con los **trabajadores independientes** en cuanto al régimen de seguridad social, cuando en realidad la lectura del Decreto 2677 no arroja por ninguna parte tal similitud. Para un mejor entendimiento la Sala considera necesario anotarla nuevamente:

Artículo 1°. Afiliación de los concejales y ediles al régimen contributivo. En aquellos eventos en que no exista oferta de la póliza de seguro de salud o su valor supere el costo de la afiliación de los concejales y ediles al régimen contributivo de salud, el Distrito Capital podrá optar por afiliarlos en calidad de independientes a dicho régimen contributivo.

(...)” (Subrayado de la Sala).

En efecto, el inciso primero del artículo primero lo que consagra es que el Distrito Capital puede afiliar a los Concejales y Ediles en calidad de **independientes** dentro del régimen contributivo, sin que ello implique la interpretación que le resulta al actor, pues bien pudiera entenderse



que la norma trajo a colación esa palabra con el objeto de diferenciarlos de los demás empleados públicos que hacen parte del Distrito.

Tal cuestión no es descabellada si se observa el parágrafo segundo del artículo primero en el cual se reafirma que tal afiliación no implica que el Distrito adquiriera la calidad de empleador:

***“Parágrafo 2º.** La afiliación de los concejales y ediles al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud no implica, bajo ninguna circunstancia, que el Distrito adquiriera la calidad de empleador frente a ellos.”*

No pudiera ser otro el entendimiento pues es claro que de acuerdo con las transcritas normas constitucionales los Concejales y Ediles son **servidores públicos**, y dadas las especiales circunstancias en las que acceden a tal calidad no es aplicable ninguna otra categoría de vinculación al Sistema de Seguridad Social en Salud.

7.3.2.- En efecto, de la comparación del artículo 18 de la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 2677 de 2010 se advierte con total claridad que aun cuando la finalidad es la misma, esto es, garantizar el acceso de todos los ciudadanos del país al Sistema de Seguridad Social en Salud, los destinatarios no sólo tienen denominaciones diferentes sino que la



naturaleza jurídica y vinculación al Estado son diametralmente distintas.

En el caso de la regulación legal se ordena a los **contratistas** afiliarse en salud y pensión sobre el 40% del total de los contratos por virtud del servicio que prestan al Estado al colaborar en la consecución de los fines esenciales de nuestro país. Tal vinculación parte de la existencia de un contrato, la afiliación para ellos es obligatoria y la cotización deben financiarla con recursos propios.

De otra parte, los **Concejales y Ediles** acceden a tales dignidades después de agotar y ganar un proceso electoral que involucra el ejercicio de una dignidad y el ejercicio del derecho político a elegir y ser elegido. Ostentan la calidad de servidores públicos de acuerdo con los artículos 123 y 312 de la Carta Política. La afiliación al régimen de seguridad social es opcional dado que sólo acontece cuando quiera que se den los eventos señalados en el inciso primero del artículo primero del Decreto enjuiciado. La cotización viene a ser financiada con cargo al presupuesto del Distrito.

7.3.3.- Es claro entonces que como ostentan la calidad de servidores públicos, los Concejales y Ediles de Bogotá D.C. deben tener un régimen de seguridad social pues así lo ordenan los artículos 48 y 312 de la Constitución.



En efecto, tal régimen entendido como el salarial y prestacional se hallan regulados en el Decreto Ley 1421 de 1993 y en la Ley 100 de 1993, respectivamente.

Como respecto de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 existe remisión a la Ley 4 de 1992, y ésta a su vez remite al reglamento que elabore el Gobierno Nacional, el Decreto 2677 de 2010 responde precisamente a los mandatos constitucionales, lo que permite concluir que su expedición no vulnera la Ley 1122 de 2007.

Antes que ilegal, para la Sala la disposición que se impugna resulta eficiente desde el punto de vista jurídico y social, ya que lo pretendido es asegurar la cobertura en aspectos sensibles como salud y pensión incluso a quienes representan la voluntad popular en las Corporaciones que regentan a los entes territoriales.

7.4.- Violación del derecho a la igualdad

Tampoco hay lugar a acceder a la declaratoria de nulidad del párrafo primero del artículo 1º del Decreto 2677 de 2010 con base en este cargo, pues existe normativa que regula en similares términos a los



Concejales y Ediles del país, lo cual descarta categóricamente el análisis propuesto por el actor.

Para evidenciar tal conclusión basta con echar un vistazo al Decreto 3171 de 2004:

***“DECRETO 3171 DE 2004
(Octubre 01)***

“Por medio del cual se reglamentan parcialmente los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994 en relación con el acceso a los servicios de salud por parte de los concejales del país”.

*EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en ejercicio de sus facultades constitucionales establecidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el parágrafo 1° del artículo 157 de la Ley 100 de 1993,*

DECRETA:

Artículo 1°. Presupuestación de recursos para garantizar el acceso a los de servicios de salud. Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994, los municipios y distritos deberán incluir en su presupuesto las partidas necesarias para la vinculación de los miembros de los concejos municipales a una póliza de seguro de salud o para realizar su afiliación al régimen contributivo de salud.

Artículo 2°. Beneficios en salud. En materia de salud los concejales tendrán los mismos beneficios que actualmente reciben los servidores públicos de los municipios y distritos y en consecuencia tendrán derecho a la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud del sistema general de seguridad social en salud y a la cobertura familiar consagrada en este mismo sistema.

Artículo 3°. Cobertura en el tiempo. La póliza que se contrate o la afiliación al régimen contributivo de los concejales se efectuará por todo

el período para el cual fueron elegidos, independientemente de los periodos de las sesiones de los concejos municipales y distritales. En caso de faltas absolutas o temporales, quienes sean llamados a ocupar el cargo de concejal tendrán derecho a los beneficios a que se refiere el artículo anterior, desde el momento de su posesión y hasta que concluya el período correspondiente a la vacante.

Artículo 4°. *Contratación del seguro de salud. Las entidades territoriales deberán contratar la póliza del seguro de salud con una compañía aseguradora legalmente constituida y autorizada por la Superintendencia Bancaria para explotar el ramo de salud en Colombia.*

En la contratación de dicha póliza deberá establecerse el acceso a los servicios de salud en el municipio o distrito de residencia del concejal, el acceso a los diferentes niveles de complejidad establecidos en el plan obligatorio de salud y deberá contemplar la cobertura familiar.

Artículo 5°. *Afiliación de los concejales al régimen contributivo. En aquellos eventos en que no exista oferta de la póliza de seguro de salud o su valor supere el costo de la afiliación de los concejales al régimen contributivo de salud, los municipios y distritos podrán optar por afiliar a los concejales a dicho régimen contributivo en calidad de independientes aportando el valor total de la cotización.*

Para tal efecto, el ingreso base de cotización será el resultante de sumar el valor total de los honorarios anuales que reciben los concejales por la asistencia a las sesiones ordinarias dividido entre doce (12).

En todo caso, con cargo a los recursos del municipio, no podrán coexistir la póliza de seguro de salud, con la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo. *La afiliación de los concejales al régimen contributivo con cargo a los recursos del municipio no implica, bajo ninguna circunstancia, que estos adquieran la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales.*

Artículo 6°. *Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.*

Publíquese y cúmplase.



*Dado en Bogotá, D. C.,
a 1° de octubre de 2004.
ÁLVARO URIBE VÉLEZ
El Ministro de la Protección Social,
Diego Palacio Betancourt.”
(Subrayado de la Sala).*

Bajo el escenario descrito fuerza es negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Reconocer personería al abogado José Camilo Ruiz como apoderado del demandante, de conformidad con el poder que obra a folio 46 de este Cuaderno.

TERCERO: Reconocer personería a la abogada Luz Dary Moreno Rodríguez como representante judicial del Ministerio de Salud y



Protección Social, de conformidad con los documentos que obran a folios 100 a 111 de este Cuaderno.

En firme esta decisión, archívese el expediente.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 21 de enero de 2016.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
GONZÁLEZ**
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

GUILLERMO VARGAS AYALA

