



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA**

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil once (2011)

REF: EXPEDIENTE No. 110010325000200500258 00

No. INTERNO: 10252-2005

AUTORIDADES NACIONALES

**ACTOR: AGREMIACIÓN NACIONAL DE COMERCIANTES -
SERVISOCIAL-**

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la Agremiación Nacional de Comerciantes – SERVISOCIAL – demanda la nulidad parcial de los artículos 7º numeral 7.5; 8º numeral 8.4; 9º en su totalidad; 10 incisos 1 y 2, y 12 numeral 12.2 del Decreto N° 3615 de 10 de octubre de 2005, por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los supuestos fácticos que se resumen así:

El Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones; a su vez, el 10 de octubre de 2005, el Gobierno Nacional expidió el Decreto N° 3615, por el cual reglamenta la afiliación colectiva a través de agremiaciones, al Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes.

Mediante el citado Decreto se exige a las agremiaciones un requisito adicional para su funcionamiento, que carece de fundamento legal, económico y racional y por consiguiente atenta contra los derechos a la igualdad, salud, vida, libre asociación y de acceso a la seguridad social, consagrados en la Constitución Política.

Las normas cuya nulidad se demanda establecen la constitución de una garantía por valor de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para los primeros quinientos (500) afiliados y por cada afiliado adicional al número mínimo definido deberán prever permanentemente, el valor de las cotizaciones de dos (2) meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva.

El artículo 209 de la Ley 100 de 1993 prevé: "... *El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la*

afiliación y al derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio. Por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase”.

La sentencia C-177 de 4 de mayo de 1998, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, señaló que para los trabajadores independientes y para los pensionados, es razonable que durante la suspensión de la afiliación no se causen deudas ni interés de ninguna clase, porque la suspensión de por sí ya es una consecuencia drástica a su incumplimiento y caso contrario haría más gravosa la afiliación de nuevo al sistema.

El artículo 5º del Decreto N° 2400 de 2002, modificado por el artículo 22 del Decreto N° 1703 de 2002 (vigente), en su inciso final indica: “... *La novedad de retiro por pérdida de capacidad de pago del trabajador independiente, se hará efectiva vencido el mes por el cual se pague la última cotización”.* (Subrayas y negrillas del texto transcrito).

El numeral 4.1 del artículo 4º del Decreto N° 3615 de 2005, establece que el recaudo de las cotizaciones que hagan las agremiaciones, se debe hacer mes a mes, es decir, no pueden recaudar períodos superiores, igualmente, deben ser consignadas en el mismo mes en que fueron percibidas.

El inciso primero del artículo 10º ibídem, autoriza a las agremiaciones para recibir donaciones con el fin de obtener recursos para la constitución de la reserva especial de garantía;

en ese orden de ideas, dentro del texto de la norma acusada, no existe medio idóneo alternativo para poder reunir el citado requisito.

El párrafo del artículo 10º ibídem, faculta a las agremiaciones para cobrar a sus afiliados hasta el 25% de un salario mínimo mensual legal vigente, por un período de un año, para efectos de gastos de administración, porcentaje que no puede hacer parte de la reserva especial de garantía.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

El accionante considera que las normas impugnadas son violatorias de los siguientes artículos: 4º, 11, 13, 38, 48, 49, y 53 de la Constitución Política y, 1º, 10º, 152, inciso segundo, de la Ley 100 de 1993, cuyo concepto de violación se sintetiza así:

Según el Decreto N° 3615 de 2005, las agremiaciones son personas jurídicas sin ánimo de lucro, constituidas de conformidad con las disposiciones vigentes. Dentro de sus actividades están la afiliación colectiva al Sistema General de Seguridad Social Integral; la asesoraría a sus agremiados para que ingresen a dicho sistema a las entidades que pueden afiliarse, el fomento de la afiliación y la garantía de sus derechos; la ayuda con los trámites administrativos necesarios para el proceso de afiliación y el reporte de novedades de los agremiados y sus beneficiarios; colaboración en la verificación de la documentación que acredita la condición de todos los beneficiarios del cotizante, antes de su remisión a las Administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral, dentro del proceso de afiliación; asistir al afiliado para

205

obtener el pago de licencias de maternidad e incapacidades por enfermedad general, entre otras.

Como se desprende de los objetivos que el Decreto le estableció a este tipo de agremiaciones, es simplemente la asociación de un grupo de personas para que se ayuden mutuamente, más no para obtener lucro económico, no son empresas que dan dividendos para repartirlos entre sus socios como resultado de un ejercicio, su fin principal y último es contribuir con la auto sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social Integral del País y hacer más fácil su acceso al mismo.

Las normas acusadas establecen un requisito que no facilita a los trabajadores independientes agremiados su acceso a la Seguridad Social Integral, de allí que sea ilegal e injusto que a las agremiaciones se les exija una garantía de esa naturaleza para asegurar el pago de unas cotizaciones que quizás nunca lleguen a percibir, los trabajadores independientes hacen gran esfuerzo para acceder al servicio, muchos de ellos escasamente consiguen para pagar la cuota.

Por las características de los agremiados, más del 95% no puede hacer aportes más allá de los exigidos por la ley, se trata en su mayoría de vendedores ambulantes, pequeños comerciantes, etc; en qué norma se establece esa garantía para los grandes emporios industriales, v. gr. Coca Cola, las E.P.S.'s, etc, un sin fin de empleadores que tienen la obligación legal de aportar al Sistema de Seguridad Social Integral y sin embargo en ninguna

parte dice que deben constituir un fondo o garantía, que asegure el pago anticipado de los aportes, ni que deba respaldar los mismos, dos (2) meses después de que el afiliado entre en mora; en aplicación del principio de igualdad los seres y las situaciones iguales deben recibir trato igual.

Del análisis del Decreto objeto de nulidad, se desprenden las siguientes conclusiones: *i)* en ninguna parte del articulado establece claramente la forma, o de donde se obtienen los dineros para constituir el fondo especial de garantía, con excepción del artículo 10º que autoriza recibir donaciones para este fin; *ii)* el mismo decreto no permite hacer cobros adicionales a los agremiados, con el fin de constituir la garantía, es muy claro al determinar que solo es posible cobrar el 25% de un salario mínimo legal mensual vigente, por período de un año para gastos de administración; *iii)* tampoco se pueden cobrar las dos (2) cotizaciones anticipadas tendientes a aprovisionar dicho fondo, pues el artículo 4º de la misma disposición dice que éstas solo se podrán cobrar mes a mes y así mismo deben ser consignadas.

De acuerdo con lo expuesto, concluye que las normas acusadas atentan contra el derecho a la libre asociación, porque no existe método diáfano y transparente para constituir la garantía especial por parte de los agremiados.

Como consecuencia del requisito atacado, a los trabajadores independientes que se quieran agremiar se les está impidiendo el acceso a la Seguridad Social y por ende vulnerando los derechos

202

a la vida con conexión a la salud; están siendo tratados con desigualdad en relación a las demás personas que pertenecen al sistema, haciendo más gravosa su situación, con el agravante de que se les exige un requisito adicional, sin establecer el procedimiento y medio para cumplirlo, además de cerrarles las posibilidades de conseguir el dinero para constituir la garantía especial, v. gr, que en un lapso determinado aportaran los dos (2) salarios mínimos y por ende daría más estabilidad al sistema, pues se garantizarían al menos tres (3) meses de cotizaciones.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El accionante solicita se suspendan provisionalmente las normas acusadas, para cuyo efecto remite a lo expuesto en el concepto de violación.

2. ACTUACIÓN PROCESAL:

2.1. Admisión de la demanda.

Por auto de 26 de abril de 2007 se admitió la demanda (fl. 23-30). En dicha providencia se ordenó la notificación personal al Ministro de la Protección Social y al Agente del Ministerio Público y se solicitó a la Entidad demanda el envío de los antecedentes administrativos que dieron origen al acto acusado.

En el mismo auto se negó la suspensión provisional de las normas acusadas, por cuanto no se cumplió el requisito previsto en el artículo 152, numeral 1º, del Código Contencioso Administrativo, consistente en la sustentación de la medida

provisoria, pues no se puede confundir la exposición contenida en el libelo demandatorio, en especial el concepto de violación, en el que se aducen razones por las cuales debe anularse el acto acusado, con la solicitud de suspensión provisional, cuyo sustento debe girar en torno a la confrontación de las normas violadas con el acto acusado, haciendo notar prima facie la vulneración del ordenamiento jurídico; pero si en gracia de discusión se admitiera la sustentación presentada por el actor, se encuentra que, a simple vista, no se evidencia quebrantamiento alguno de la normativa superior.

2.2. Contestación de la demanda

El apoderado del Ministerio de la Protección Social solicita denegar las pretensiones de la demanda y en consecuencia declarar la legalidad de los apartes acusados del Decreto N° 3625 (sic) de 2005 (fls. 48-56), para cuyo efecto argumenta como seguidamente se resume:

De la lectura del concepto de violación inserto en la demanda, se desprende que los argumentos expuestos por el actor no son relevantes, pues no definen de qué manera las disposiciones acusadas vulneran las normas constitucionales y legales señaladas en el libelo, requisito necesario para que sea procedente el estudio planteado; lo dicho por el actor lejos de generar una duda razonable, respecto del desconocimiento de preceptos de superior jerarquía, lo que demuestra es la pertinencia de la reserva, que va a permitir que ante las

dificultades económicas de los asociados considerados individualmente, puedan mantener sus cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral y por ende beneficiarse de las prestaciones económicas y asistenciales que este ofrece.

En relación con la necesidad de establecer el concepto de violación en la demanda, cita en su apoyo varias sentencias de la Corte Constitucional¹, en cuanto determinan que dicho requisito no se cumple con la simple cita de una norma constitucional junto con la afirmación de que ha sido infringida, pues el demandante debe señalar clara y específicamente la razón y la forma en que el precepto acusado contraría la Constitución Política.

Contrario a lo que manifiesta el actor, las normas demandadas desarrollan el artículo 48 de la Constitución Política, que consagra la obligación de buscar los medios que permitan la ampliación de cobertura de la Seguridad Social, toda vez que prevén mecanismos adecuados para proteger a los trabajadores independientes, que quieran afiliarse a través de una agremiación o asociación al Sistema de Seguridad Social Integral.

Con la constitución de una reserva especial de garantía mínima, por parte de las entidades sin ánimo de lucro, que quieran afiliar colectivamente al Sistema de Seguridad Social Integral a sus trabajadores independientes, lo que se busca es un respaldo para estas personas en cada uno de los sistemas (salud, pensiones y

¹ Sentencias C-519 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C- 297 de 1999 M.P. María Victoria Sáchica de Moncaleano.

riesgos profesionales), que permitan su permanencia aun en los eventos de crisis.

La exigencia de la constitución de una reserva especial de garantía mínima, por parte de las agremiaciones o asociaciones, no vulnera el acceso a la Seguridad Social y su exigencia no es ilegal ni injusta, toda vez que los trabajadores independientes pueden acceder de forma individual al Sistema de Seguridad Social Integral y reciben apoyo cuando, por cualquier circunstancia, entren en mora en el pago de sus aportes, momento en el cual la agremiación o asociación de la cual son miembros, les paga las cotizaciones con cargo a dicha reserva.

Los recursos que se requieren para la constitución de una asociación o agremiación, provienen de las personas que voluntariamente se agrupan para procurarse mutua ayuda y en defensa de sus intereses privados, por ejemplo la agremiación de abogados, periodistas etc.

No puede aplicarse la analogía entre las entidades sin ánimo de lucro de que trata el Decreto N° 3615 de 2005 con las sociedades comerciales o del Estado, por cuanto su naturaleza y fines son diferentes y en consecuencia no pueden recibir el mismo tratamiento; las normas demandadas no atentan contra el derecho de libre asociación, puesto que no impiden que quienes lo deseen se asocien libre y espontáneamente.

Los artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993 y 13, literal b), del Decreto N° 1295 de 1994, establecen las afiliaciones de manera

individual o colectiva, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, al Sistema General de Pensiones; de Seguridad Social y General de Riesgos Profesionales.

El Gobierno Nacional ha ejercido su potestad reglamentaria, enmarcada en la competencia otorgada por las normas legales que regulan el Sistema General de Seguridad Social Integral, en tal sentido ha venido regulando la afiliación colectiva y así entonces, expidió el Decreto N° 3615 de 2005, norma que regula la posibilidad de que los trabajadores independientes puedan afiliarse de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social en forma Integral (pensiones, salud y riesgos profesionales), a través de agremiaciones o asociaciones; dicha forma de afiliación, ya estaba regulada por el Decreto N° 516 de 2004 y se encuentra prevista en el Decreto N° 2800 de 2003.

El Decreto N° 3615 de 2005, integra la Seguridad Social en lo que tiene que ver con la afiliación colectiva de los trabajadores independientes; recoge en un cuerpo normativo este tipo de afiliación al Sistema, estableciendo las medidas necesarias para que la misma tenga un respaldo económico por parte de las agremiaciones o asociaciones y respetando las reglas de afiliación previamente definidas.

En este caso se presenta una sustracción de materia porque los artículos 7°, 8° y 9° del Decreto N° 3615 de 2005 fueron modificados por el Decreto N° 2313 de 2006.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

2.3.1. De la parte demandada

La apoderada del Ministerio de la Protección Social solicita no acceder a las pretensiones de la demanda (fls. 74-84), para cuyo efecto reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, relacionados con los siguientes aspectos:

i) Los argumentos que sirven de fundamento para sustentar el concepto de violación no definen en forma clara y precisa de qué manera las disposiciones acusadas vulneran las normas constitucionales y legales señaladas en la demanda; *ii)* las normas demandadas desarrollan el artículo 48 de la Constitución Política, en razón de que prevén mecanismos para proteger a los trabajadores independientes que quieran afiliarse a través de una agremiación o asociación, al Sistema de Seguridad Social Integral; *iii)* la constitución de una reserva especial de garantía mínima no impide que los trabajadores independientes accedan a la Seguridad Social, tampoco se atenta contra la vida de los mismos y tal exigencia no es ilegal ni injusta; *iv)* en lo referente a la constitución de la mencionada reserva, no se pueden comparar las entidades sin ánimo de lucro (D. 3615/05) con las empresas del sector privado o público y *v)* no se viola el derecho de asociación, porque es la asociación o agremiación la que debe constituir la reserva especial de garantía y no los trabajadores independientes.

205

El párrafo 2º del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, prevé que la afiliación podrá ser individual o colectiva, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida y que el carácter colectivo será voluntario. En materia de pensiones también se establece que los afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones pueden afiliarse al régimen por intermedio de sus agremiaciones o asociaciones, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida (art. 15 L. 100/93, mod. Art. 3º L. 797/03).

Conforme disponen los artículos 156 y 157 de la Ley 100 de 1993, todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria, o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y de los ingresos propios de los entes territoriales.

No se entiende la razón por la cual el demandante trae a colación los artículos 209 de la Ley 100 de 1993 y 5º del Decreto N° 2400 de 2002, que según su afirmación fue modificado por el artículo 27 del Decreto N° 1703 de 2002, referencia errónea, toda vez que el Decreto N° 2400 modificó el Decreto N° 1703 y el 5º modificó el artículo 22 del Decreto N° 1703 de 2002.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó decretar la nulidad de las normas acusadas (fls. 86 -93), con los argumentos que se resumen así:

El Decreto N° 3615 de 10 de octubre de 2005 fue expedido por el Gobierno con el fin de reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes, de manera colectiva, al Sistema de Seguridad Social Integral, en desarrollo de los artículos 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993 y el literal b) del artículo 13 del Decreto N° 1295 de 1994.

Según lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto N° 3615 de 2005, la reserva de garantía mínima constituye un requisito para que se autorice a las agremiaciones o asociaciones la afiliación de sus miembros al Sistema Integral de Seguridad Social.

Tiene razón la parte actora al considerar que la reserva es ilegal, pues tal requisito no fue contemplado en los artículos de la Ley 100 de 1993 que dice reglamentar, además que extendió la afiliación colectiva de los trabajadores independientes a los sistemas de salud y riesgos profesionales, no obstante que dicha ley no lo previó. El requisito referido hace más engorrosa la afiliación al Sistema de Pensiones de los trabajadores independientes, contrario a la finalidad que tuvo la ley al prever la afiliación colectiva de esa clase de trabajadores.

La afiliación colectiva de los trabajadores no subordinados persigue facilitar que esa realmente se haga, teniendo en cuenta que en este caso tales trabajadores deben aportar el ciento por ciento (100%) y deben acudir directamente ante los fondos de pensiones para hacer los trámites respectivos, cuando pertenecen a una organización ésta puede facilitarles dicho trámite.

Con la exigencia de la garantía mínima se dificulta a los gremios o asociaciones desarrollar la labor referida, pues dada la realidad social del país, no todas esas organizaciones estarían en condiciones económicas de reunir el capital y no existe disposición legal que señale la solución a ese problema, máxime si la citada garantía carece de fundamento legal.

El artículo 9º citado también ordena que por cada afiliado adicional al número mínimo (500), se debe prever permanentemente el valor de las cotizaciones de dos (2) meses a cada uno de los sistemas; esta previsión contraría la Constitución y la ley, toda vez que, según el artículo 53 Superior, las normas laborales establecen como principio mínimo fundamental la igualdad de oportunidades para todos los trabajadores y la ley de Seguridad Social prevé que el pago de las cotizaciones para pensión salud y riesgos profesionales se hace mes a mes y no establece obligación para trabajadores independientes afiliados de manera individual, ni subordinados, de hacer pagos previos o anticipados a la Seguridad Social.

El artículo 209 de la Ley 100 de 1993 prevé que cuando no se pagan las cotizaciones al sistema de salud, se suspenden la afiliación y el derecho de atención del plan de salud obligatorio. Mediante sentencia C-177/98 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo precitado y señaló que en el sistema contributivo, la ausencia de cotización es causal de suspensión de la afiliación al SGSSS para los trabajadores independientes y no

causa intereses, pues el pago de la cotización es realizado directamente por el trabajador.

En consecuencia, el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria, al exigir como requisito para autorizar la afiliación colectiva de los trabajadores independientes, la reserva de garantía mínima de que trata el artículo 9° demandado, por tal razón se deberá declarar nulo. Los demás apartes demandados del Decreto N° 3615 de 2005 también resultan ilegales por referirse a dicha reserva.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia, previas, las siguientes,

II CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de determinar si las normas cuya nulidad se solicita infringieron los preceptos señalados en la demanda, en razón de que establecieron la constitución de una reserva especial de garantía mínima a las agremiaciones y asociaciones, a efecto de que puedan obtener la autorización que les permita afiliarse colectivamente a sus miembros, trabajadores independientes, al Sistema de Seguridad Social Integral.

LAS NORMAS DEMANDADAS

Nulidad parcial de los artículos 7º numeral 7.5; 8º numeral 8.4; 9º, en su totalidad; 10, incisos 1 y 2 y, 12, numeral 12.2 del Decreto N° 3615 de 10 de octubre de 2005, "Por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral". Los apartes resaltados y subrayados corresponden a los que acusa la parte actora, sin la modificación introducida por el Decreto N° 2313 de 2006 y conforme al texto inserto en el Diario Oficial que aportó con la demanda (fls. 9-10).

"Artículo 7º² Requisitos para obtener la autorización. Para obtener la autorización de que trata el artículo anterior, las agremiaciones y asociaciones deberán acreditar junto con la solicitud, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

" ...

"7.5 Acreditar mediante certificación expedida por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, la constitución de la reserva especial de garantía de que trata el artículo 9º del presente decreto.

" ... "

"Artículo 8º³ Deberes de la entidad autorizada para la afiliación colectiva. Son deberes de las agremiaciones y asociaciones autorizadas para afiliar colectivamente trabajadores independientes, los siguientes:

² Modificado por el artículo 3 del Decreto 2313 de 2006
³ Modificado por el artículo 4 del Decreto 2313 de 2006.

“ ...

“8.4 Pagar con recursos de la reserva especial de garantía mínima, las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral cuando el afiliado se encuentre en mora.

“ ... ”

“Artículo 9^o Reserva especial de garantía mínima. Para efectos de obtener la autorización de que trata el artículo 6° del presente decreto, las agremiaciones y asociaciones deberán acreditar la constitución de una reserva especial de garantía mínima de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los primeros 500 afiliados, y por cada afiliado adicional al número mínimo definido en el presente artículo, deberán prever permanentemente, el valor de las cotizaciones de dos (2) meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva.

“Los recursos de esta reserva especial de garantía mínima, deberán constituirse en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria e invertirse en instrumentos de alta seguridad, liquidez y rentabilidad de manera que pueda atenderse en forma oportuna la garantía. Los rendimientos financieros de la reserva especial de garantía de que trata el presente artículo deberán destinarse para el fortalecimiento de la misma.

“El manejo de esta reserva se debe reflejar en los estados financieros de la entidad como un rubro de destinación específica y exclusiva

⁴ Modificado por el artículo 2 del Decreto 2172 de 2009

208

para el pago de las cotizaciones de sus asociados.

“Parágrafo. En el evento que los afiliados entren en mora en el pago de aportes, las agremiaciones o asociaciones deberán pagar las cotizaciones con cargo a la reserva especial de garantía mínima. Si se agotara dicha reserva, el Ministerio de la Protección Social cancelará la autorización a la agremiación o asociación.

“Artículo 10. Recursos de la reserva especial de garantía mínima. Las agremiaciones o asociaciones, podrán recibir donaciones con destino a la reserva especial de garantía mínima, con el fin de contribuir en el valor del aporte del afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral.

“Asimismo, podrán reducir el aporte de sus agremiados o de sus asociados, financiándolo con sus recursos, siempre y cuando, se garantice la reserva especial de garantía que trata el artículo 9° del presente decreto.

“ ... ”

“Artículo 12.⁵ Obligatoriedad de enviar información. Las agremiaciones y asociaciones están obligadas a suministrar trimestralmente al Ministerio de la Protección Social o a la Superintendencia Nacional de Salud, según corresponda, la siguiente información:

“12.1....

⁵ Modificado por el artículo 3 del Decreto 2172 de 2009

“11.2. Certificación expedida por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, a través de la cual se acredite que se mantiene la reserva especial de garantía mínima de que trata el artículo 9º del presente decreto.

“...” (Subrayas Y negrillas fuera del texto).

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Cuestión Previa

Al contestar la demanda la apoderada del Ministerio de la Protección Social sostuvo que en este caso se presenta una sustracción de materia, porque los artículos 7º, 8º y 9º del Decreto N° 3615 de 2005 fueron modificados por el Decreto N° 2313 de 2006.

Sobre el punto basta anotar, que aun cuando los artículos precitados fueron modificados por el Decreto N° 2313 de 2006, es necesario pronunciarse sobre su validez y legalidad, en la medida en que, mientras estuvo vigente, el Decreto citado produjo efectos jurídicos.

2. En relación con los artículos 8º, numeral 8.4, 9º y 12, numeral 12.2 del Decreto N° 3615 de 10 de octubre de 2005.

Mediante sentencia de 26 de noviembre de 2009⁶ esta Sala denegó las pretensiones de la demanda relacionadas, entre otros, con los artículos 9º y 12 numeral 12.2 del Decreto N° 3615 de

⁶ Radicación N° 110010325000200600114 00. Con. Pon. Víctor Hernando Alvarado. Actor: Santiago Andrés Herrera Montoya.

209

2005; la misma decisión se extendió al artículo 8°, numeral 8.8 ibídem, tal como quedó modificado por el artículo 4° del Decreto N° 2313 de 2006 y cuyo texto corresponde al del numeral 8.4 del mismo artículo demandado en este proceso.

En esa ocasión esta Sala precisó que la afiliación al Sistema de Seguridad Social en pensiones, salud y riesgos profesionales, de manera colectiva por parte de trabajadores independientes, debe ser regulada por el Gobierno Nacional, ello de conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 189-11 de la Constitución Política, 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993 y el literal b) del artículo 13 del Decreto N° 1295 de 1994.

La sentencia citada se refirió a las normas que ordenan a las asociaciones y agremiaciones, para obtener autorización de afiliarse al Sistema de Seguridad Social, establecer en su objeto social el servicio de afiliación; la obligación de aportar certificación de una entidad financiera sobre inversión de los recursos de la reserva especial de garantía mínima; la presentación de los estados financieros actualizados de la entidad, donde se refleje la reserva especial como un rubro de destinación específica y exclusiva para el pago de las cotizaciones de sus trabajadores independientes afiliados y, la obligación de acreditar un patrimonio mínimo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes más la reserva especial de garantía mínima (arts. 7, núms. 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 D. 3615/05, mod, art. 3 D. 2313 de 2006).

La misma providencia señaló además que los anteriores requisitos concordaban entre otros con los artículos 8, 8.8, 9 y 12, numeral 12.2 del Decreto N° 3615 de 2005, con las modificaciones introducidas por el Decreto N° 2313 de 2006, que establecen, como deberes de la entidad autorizada para la afiliación colectiva, el pago con recursos de la reserva especial de garantía mínima, de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, cuando el afiliado se encuentre en mora; la constitución de una reserva especial de garantía mínima de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para los primeros quinientos (500) afiliados y por cada afiliado adicional, el valor de las cotizaciones de dos (2) meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva, e indica que si se agotara dicha reserva, el Ministerio de la Protección Social cancelará la autorización a la agremiación o asociación; la cancelación de la autorización si las agremiaciones o asociaciones dejan de cumplir uno o varios de los requisitos exigidos para obtenerla, o cuando se demuestre que estas promueven o toleran la evasión o elusión de aportes y la obligación de suministrar trimestralmente certificación expedida por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, a través de la cual se acredite que se mantiene la reserva especial de garantía.

Tanto en el presente proceso como en el que fue decidido mediante la sentencia precitada, se adujo que la reserva especial de garantía mínima no facilita sino que hace más difícil a los

230

trabajadores independientes agremiados su acceso a la Seguridad Social Integral, porque el quantum fijado hace inviable la organización de trabajadores independientes y obstaculiza la autorización para el desarrollo de la actividad de afiliación colectiva de trabajadores independientes; en el sub-lite se adujo además que las normas acusadas atentan contra los siguientes derechos: *i)* de igualdad, porque conllevan un trato inequitativo frente a las demás personas que pertenecen al sistema; *ii)* a la libre asociación, derecho que el Estado debe garantizar sin imponer exigencias de índole económica que lo hagan nugatorio y, *iii)* derecho a la vida en conexión con la salud.

El actor señala que no existe método para constituir la garantía especial y que el requisito en cuestión es ilegal e injusto, porque no es razonable exigir una reserva especial de garantía, cuando este rubro no es propio de una entidad sin ánimo de lucro, constituida por personas con ingresos inestables.

Para negar las pretensiones de la demanda relacionadas, entre otros, con los artículos 8º, 8.8 (que corresponde al 8, 8.4 en el sub-lite), 9º y 12 numeral 12.2, del Decreto N° 3615 de 2005, esta Sala señaló:

“ ...

“El derecho de asociación responde en un todo al principio de la autonomía de la voluntad, por ello, quienes forman la asociación o agremiación pueden imponer condiciones para su vinculación y permanencia, y es del resorte de cada individuo

aceptar y cumplir las condiciones que allí se prevean para su pertenencia.

“De la misma forma ocurre con las asociaciones que se forman para intervenir o pertenecer, como en nuestro caso, al Sistema General de Seguridad Social en Salud; en donde el Gobierno, fijó unas reglas para su acceso y permanencia, que deben cumplirse, si es que es voluntad de las asociaciones pertenecer a ellas.

“Para la Sala, al revisar las normas acusadas, conforme a los reparos propuestos por el demandante, encuentra que al reglamentar los requisitos y condiciones económicas para la afiliación colectiva de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral, no existe vulneración o exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria de que estaba investido el Gobierno Nacional porque éste último puede definir las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes pretendan afiliarse de forma colectiva en las diferentes formas que se presta el servicio de seguridad social (pensiones, salud y riesgos profesionales); en suma, el Gobierno, con el fin de lograr la cumplida ejecución de la ley, conforme a los artículos 48 y 189, numeral 11, de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993 y el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, podía expedir las normas acusadas.

“De la misma forma las facultades del Gobierno no pueden limitarse a repetir el texto de las leyes sino que pueden y deben contener ordenamientos que hagan efectiva y eficiente la ley. Por consiguiente, en el caso sub júdice, podía adoptar requisitos y condiciones para el ingreso de forma colectiva al Sistema General de Seguridad Social.

222

“Las normas, crean requisitos que, pueden ser excluyentes o restrictivas con respecto a las formas de acceder a la afiliación colectiva, pero esta decisión obedece a una política del Estado, quien debe definir esas condiciones para facilitar o restringir la prestación los servicios de seguridad social en forma colectiva de acuerdo con los estudios y características del sistema, por ello estas condiciones especiales son de su resorte reglamentario.

“Ahora bien, las condiciones y requisitos que se deben imponer para la afiliación colectiva no deben contener exigencias que la hagan impracticable, que se varíe la voluntad del legislador o que contenga condiciones no razonables y a esto se contraerá el análisis específico de los artículos acusados, así:

“...

“Esta actuación del Estado no resulta discriminatoria, en la medida en que informa de las mismas condiciones a todos los interesados en crear, formar parte o desarrollar asociaciones o agremiaciones cuyo objeto social sea la vinculación colectiva a la Seguridad Social Integral, con lo que pueden lograr unas mejores condiciones que las que se ofrecen al conglomerado en general.

“En el mismo sentido la Sala no observa que la norma tenga un claro sesgo a favor de las denominadas por el actor “asociaciones de particulares, con ánimo de lucro”, pues de lo que se trata, es que con una regulación estricta se dé permanencia y continuidad a la asociación o agremiación de trabajadores independientes que se quiera afiliar al Sistema de Seguridad Social dejando de lado, a aquellas asociaciones que no

tengan una solvencia o una vocación de permanencia en el sistema y esto no excluye a las asociaciones o agremiaciones cívicas o de trabajadores informales, los que, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad pueden, con reglas claras, crearlas.

“En cuanto a la exigencia a la asociación del pago de las cotizaciones aún cuando el afiliado esté en mora, la Sección señala que, en efecto, el Decreto acusado contiene una regulación sistemática que prevé esta hipótesis; esta carga no resulta desproporcionada, en la medida en que la asociación o agremiación tiene potestad de escoger a sus vinculados, puede recibir donaciones con destino al pago solidario de las cuotas de cotización respecto de los asociados que se retrasen, desde su creación existe el fondo de reserva para esos fines y ellas mismas, pueden establecer mecanismos para que se paguen las cotizaciones de forma completa y oportuna y así no poner en riesgo la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de la Protección Social a la agremiación.

“En otras palabras, con el decreto acusado se está evitando la existencia de agremiaciones o asociaciones de papel, con funciones mínimas de adelantar los tramites de afiliación y permanencia en la Seguridad Social de forma colectiva, sino que la política estatal lo que impulsa es la conformación de verdaderas empresas asociativas que intervengan de manera colectiva en el Sistema General de Seguridad Social, aportando visos de seriedad y vocación de permanencia, lo que, en principio puede lograrse con las garantías exigidas por el Gobierno Nacional.

“Adicional a lo antes dicho, el Gobierno Nacional, conforme al artículo 189-24 de la Carta Política,

226

tiene plena potestad para regular y desarrollar mecanismos que garanticen el recaudo y manejo de dineros captados al público, como en este caso que las asociaciones desean intervenir como afiliados masivos en el Sistema General de Seguridad Social.

“Conforme a lo antes expuesto no se observa la vulneración de las normas y principios constitucionales invocados con la demanda, por ello, la Sala negará las pretensiones de la demanda” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

La Sección Primera también se pronunció sobre la validez y legalidad de los artículos 7, 7.2 y 9° del Decreto N° 3615 de 2005,⁸ en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, de cuya argumentación se destaca el siguiente aparte:

“ ...

*“Las cuestiones sustantivas objeto de controversia radican en analizar si con los artículos 7° y **9° del Decreto 3615 de 2005**, se violó el ordenamiento jurídico superior, ya que según la parte actora falta claridad y precisión del texto de las aludidas normas, se vulnera el principio de igualdad, y que el Gobierno Nacional se excedió en su potestad reglamentaria al establecer condiciones y requisitos no contemplados en la Ley que rebosan normas superiores, entre otros aspectos.*

⁷ SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00114-00(1836-06). Actor: Santiago Andrés Herrera Montoya.

⁸ SECCION PRIMERA. Sentencia de 29 de septiembre de 2011. Con. Pon. Marco Antonio Vellilla Moreno. Radicación número: 2006-00135. Actor: Antonio José García Betancur.

*“Las normas demandadas, son los artículos 7° numeral 7.2 y **9° del Decreto Reglamentario núm. 3615 de 2005**, los cuales señalan:*

...

“Por otra parte, el artículo 9° demandado contempla una reserva especial de garantía mínima, consistente en que las agremiaciones y asociaciones deberán acreditar la constitución de dicha reserva de garantía mínima de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los primeros 500 afiliados, y por cada afiliado adicional al número mínimo deberán prever permanentemente, el valor de las cotizaciones de dos meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva.

*“Al respecto, se precisa **que la gestión de afiliar a los trabajadores independientes al Sistema General de Seguridad Social y su correspondiente pago de las cotizaciones, por parte de las agremiaciones o asociaciones, además de ser voluntaria, como ya se dijo, es absolutamente viable que la norma demandada contemple unos requisitos exigentes que garanticen el cubrimiento integral de los riesgos, con el objeto de que en la asociación o agrupación existan los recursos suficientes para coadyuvar al pago de la cotización correspondiente que debe efectuar el trabajador independiente**, por ejemplo, en el evento de que éste no pueda realizarlo, a fin de preservar el principio de integralidad en las coberturas de la Ley 100 de 1993 respecto a los riesgos integrales en salud, muerte, vejez, enfermedad y accidentes de trabajo, al que está expuesto dicho trabajador, indicado en el artículo 1° de la Ley 100 de 1993. De manera, que la Sala no encuentra razón jurídica alguna, para sostener, como lo hace el*

23

demandante, de que exista transgresión a los artículos 1, 2, 6, 13, 38, 48, 53, 83, 84, 121 de la Constitución Política y, menos aún, el 333 ibídem, pues no se aprecia vulneración a la libre competencia.

“Sobre este particular, es importante anotar que con la expedición de las normas acusadas, el Gobierno Nacional no se extralimitó en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pues los párrafos 2 y 3 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, le dieron facultades para reglamentar la afiliación colectiva.

“En efecto, el párrafo 2 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“ ...

“De las normas enunciadas se deriva que la afiliación al Sistema puede ser individual o colectiva a través de las empresas, agremiaciones o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida. En otras palabras, la norma en análisis ofrece la alternativa de que la vinculación al Sistema se realice colectivamente en forma voluntaria, o podrá hacerlo individualmente. Además, y lo que es más importante, tal disposición queda sujeta a una reglamentación, que indudablemente debe ser expedida por el ejecutivo.

“ ...

“Del texto de la norma transcrita, advierte la Sala, como ya se dijo, que el Gobierno actuó con fundamento en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 11 del

artículo 189 de la Constitución Política para expedir el Decreto reglamentario 3615 de 2005, y por las normas legales que expresamente indican la necesidad de regular una determinada ley, que en este caso fue el parágrafo 2 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

“ ...

“Así las cosas, los artículos 7° numeral 7.2 y 9° del Decreto 3615 de 2005, a juicio de la Sala, no vulneran las normas constitucionales y legales citadas por la parte demandante y, por ende goza de plena legalidad.

“En consecuencia, deberán denegarse las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Pues bien, toda vez que existen dos pronunciamientos que niegan las pretensiones de las demandas relacionadas con la legalidad y validez de los artículos 9° y 12, numeral 12.2, del Decreto N° 3615 de 10 de octubre de 2005, preceptos acusados en el sub-lite, es del caso estarse a lo resuelto en las providencias que en tal sentido dispusieron, tal como se determinará en la parte resolutive del presente proveído.

La misma decisión se extiende al numeral 8.4 del artículo 8° del Decreto N° 3615 de 2005, que, como quedó dicho, corresponde al mismo texto del artículo 8°, numeral 8.8 ibídem, tal como quedó modificado por el artículo 4° del Decreto N° 2313 de 2006 y que también fue objeto de decisión en el fallo de 26 de noviembre de 2009.

234

3. En relación con los artículos 7°, numeral 7.5 y 10 incisos 1 y 2 del Decreto N° 3615 de 10 de octubre de 2005.

Del análisis del Decreto N° 3615 de 10 de octubre de 2005 citado en la demanda, esto es antes de la modificación introducida por los Decretos Nos. 2313 de 2006 y 2172 de 2009 se deduce:

Las agremiaciones y asociaciones pueden realizar afiliaciones colectivas de sus miembros al Sistema de Seguridad Social Integral, siempre y cuando obtengan autorización del Ministerio de la Protección Social previo cumplimiento de varios requisitos (art. 6° D. 3615/05), entre los cuales está la constitución de una reserva especial de garantía mínima (art. 7-5 D. 3615/05), de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para los primeros quinientos (500) afiliados, debiendo, por cada afiliado adicional, prever permanentemente el valor de las cotizaciones de dos (2) meses, a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva (art. 9° D. 3615/05).

En relación con la exigencia consistente en la constitución de la reserva especial de garantía mínima referida antes, esta Sala se pronunció en la precitada sentencia de 26 de noviembre de 2009, en el sentido de admitir que, por mandato constitucional y legal, el Ejecutivo cuenta con amplia facultad para reglamentar el derecho de asociación a efecto de permitir el acceso colectivo al Sistema

General de Seguridad Social, cuyo ejercicio no se niega ni se coarta al exigir la constitución de la reserva especial de garantía.

Sobre el punto, la providencia citada expresó:

“ ...

“Lo alegado por la parte demandante corresponde a apreciaciones subjetivas, carentes de soporte fáctico y probatorio, y para la Sala, como ya se indicó, el derecho de asociación para ingresar de manera colectiva al Sistema General de Seguridad Social, puede ser regulado de manera amplia por el Ejecutivo en la medida en que la Constitución y el legislador le defirió esa potestad.

“La exigencia de una reserva especial de garantía, si se tiene en cuenta que se trata de una organización que debe agrupar como mínimo un total de quinientos (500) afiliados el monto, también, mínimo, de trescientos (300) salarios mínimos, en principio, no resulta desproporcionado ni impide o coarta el derecho de los interesados a afiliarse al Sistema de Seguridad Social en forma colectiva, eso sí, cumpliendo los requisitos allí señalados.

“Es más, puede decirse que la existencia de alguna liquidez financiera, por parte del ente que los agrupa, responde a las necesidades de que el colectivo interesado en afiliarse al Sistema de Seguridad Social tenga la solvencia y solidez necesarias que garanticen su permanencia y continuidad dentro del Sistema.

255

“De otro lado, no aparece demandada la mencionada discriminación en contra de algún grupo, pues, conforme a la Ley 100 de 1993, el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 3º) la afiliación de forma individual, la que siempre resulta procedente bajo diversas modalidades y condiciones subjetivas de cada habitante.

“No es cierto que el Estado, en aras de garantizar el derecho de la asociación, deba abstenerse de imponer exigencias de índole económica para poder afiliar colectivamente a los trabajadores independientes, por el contrario, el Estado debe proveer las garantías y medidas de seguridad que hagan confiable y segura la vinculación y permanencia de las agremiaciones y asociaciones.

“Empero, como política estatal puede estar la promoción de asociaciones o agremiaciones para que vinculen al Sistema de Seguridad Social, pero ello no implica que su finalidad deba estar orientada a crear masas, sino que, ésta puede obedecer a fijar condiciones de estabilidad como son las que se deducen de las condiciones económicas ordenadas” (Subrayas y negrillas fuera del texto).⁷

Aplicando el derrotero trazado por esta Sala, cabe concluir, en relación con el artículo 7º, numeral 7.5. del Decreto N° 3615 de 2005, que si en la providencia precitada esta Sala no encontró razones para anular el artículo 9º del Decreto N° 3615 de 2005, que creó la reserva especial de garantía mínima, tampoco podría

⁷ SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00114-00(1836-06). Actor: Santiago Andrés Herrera Montoya.

contrariar la preceptiva de superior jerarquía por el hecho de exigir su constitución como requisito para obtener la autorización, por parte de las asociaciones o agrupaciones que les permitan afiliarse colectivamente a sus miembros al Sistema de Seguridad Social Integral, en la medida en que no solo, como puntualizó esta Sala, conviene que las asociaciones o agremiaciones interesadas en afiliarse al Sistema de Seguridad Social cuenten con el grado de solvencia y solidez necesarios que posibiliten su vinculación, permanencia y continuidad en el Sistema, sino además, esta Sala, para que garanticen el cubrimiento de los riesgos que pueden correr cuando quiera que deban pagar las cotizaciones del trabajador independiente en el evento de que éste no pueda hacerlo.

Así entonces, la reserva especial de garantía mínima antes que desconocer, promueve el derecho de asociación, que en este caso va encaminado a la realización del derecho a la Seguridad Social consagrado en la Carta Fundamental (art. 48) y en la medida en que cuenten con respaldo y capacidad financiera, las agremiaciones y asociaciones autorizadas para afiliarse colectivamente trabajadores independientes, pueden pagar las cotizaciones cuando éstos entren en mora, con lo cual se da aplicación al principio de solidaridad que no solo mira el beneficio de los afiliados sino la permanencia del sistema. (arts. 1 y 95 C.N.).

236

Lo expuesto es suficiente para concluir que el artículo 7°, numeral 7.5 del Decreto N° 3615 de 2005, no infringió las normas constitucionales y legales señaladas en la demanda y en consecuencia su presunción de legalidad se mantiene.

Según el artículo 10 del Decreto N° 3615 de 2005, las asociaciones y agremiaciones pueden recibir donaciones con destino a la reserva especial de garantía mínima, para contribuir en el valor del aporte del afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral; la misma norma prevé que podrán reducir el aporte de sus agremiados, financiándolos con los recursos, siempre y cuando se garantice la reserva especial de garantía.

El demandante sostiene que, salvo el artículo precitado que autoriza recibir donaciones, el Decreto N° 3615 de 2005 no establece claramente la forma o de dónde se obtienen los dineros para constituir el fondo especial de garantías y pregunta cuántos trabajadores independientes tienen capacidad económica para aportar una donación de \$115'000.0000; advierte además que el mismo Decreto no permite realizar cobros adicionales a los agremiados con el fin de constituir la garantía, por cuanto claramente determina que solo es posible cobrar un veinticinco por ciento (25%) de un salario mínimo legal mensual vigente, por período de una año, exclusivamente para gastos de administración; tampoco pueden cobrar dos (2) cotizaciones anticipadas tendientes a aprovisionar dicho fondo, pues el artículo

4º de la misma disposición prevé que solo se podrán cobrar mes a mes y así mismo deben ser consignadas. Todo lo cual, en sentir del actor, constituye una forma de atentar contra el derecho de libre asociación.

Para desestimar la violación del artículo 38 de la Constitución Política, que garantiza el derecho de libre asociación con miras a desarrollar las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, es suficiente señalar que el accionante trata como si fueran una misma dos situaciones diferentes, la primera relacionada con las cotizaciones y la segunda referida a las donaciones.

En efecto, el artículo 4º del Decreto N° 3615 de 2005 señala las reglas a las cuales deben someterse las entidades autorizadas para afiliar colectivamente a trabajadores independientes, entre las cuales está la disposición de recaudar las cotizaciones mes a mes, razón por la cual no podrán hacerlo por períodos superiores, debiendo consignarlas en el mismo mes en que fueron recibidas.

La cotización consiste en una contribución económica obligatoria, a cargo de quienes son incluidos en el Sistema de Seguridad Social en virtud del ejercicio de una actividad laboral, en procura de obtener los beneficios que puede recibir de dicho Sistema a efecto de conjurar las contingencias que puedan afectarlos y cuyo incumplimiento acarrea las sanciones establecidas en la ley.

257

La donación consiste en un aporte económico voluntario, que para el caso bien pueden hacer los asociados o agremiados, sin importar el quantum, destinado específicamente a la reserva especial de garantía mínima, la cual, como quedó dicho, constituye un requisito para que las agremiaciones y asociaciones puedan realizar la afiliación colectiva de sus miembros al Sistema de Seguridad Social Integral y que, entre otras cosas, se utiliza para garantizar el pago de las cotizaciones de los afiliados cuando quiera que incurran en mora.

Es claro entonces que entre la cotización y la donación existen diferencias derivadas de su naturaleza (voluntaria y obligatoria), destinación (atención de contingencias, o, cubrimiento de cotizaciones de afiliados morosos, reducción de aportes) y consecuencias (a diferencia de lo que ocurre con la cotización que cuando no se paga acarrea las sanciones de ley, si no se realiza la donación no hay consecuencias), razón por la cual no es viable invocar las normas que gobiernan una figura para demostrar la violación de la otra.

De acuerdo con lo brevemente expuesto la Sala concluye que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el artículo 10 del Decreto N° 3615 de 2005 y en esa medida se mantendrá y así se decidirá en la parte resolutive del presente proveído.

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

FALLA:

Respecto de los artículos 9° y 12, numeral 12.2 del Decreto N° 3615 de 10 de octubre de 2005, se dispone:

ESTÉSE A LO RESUELTO en la sentencia de 26 de noviembre de 2009, proferida por esta Sección en el Proceso radicado con el número 110010325000200600114 00, número interno 1836 2006 y en la sentencia de 29 de septiembre de 2011, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en el Proceso radicado con el número 2006 – 00135.

Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, en relación con el artículo 8°, numeral 8.4, estése a lo dispuesto en la sentencia de 26 de noviembre de 2009, precitada.

NIEGANSE las pretensiones d la demanda, relacionadas con los artículos 7, numeral 7.5 y 10, incisos 1 y 2 del Decreto N° 3615 de 2005.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

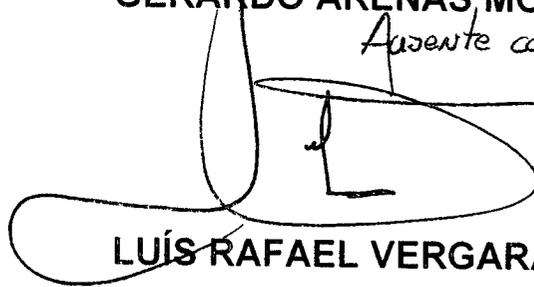
La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cúmplase.


BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

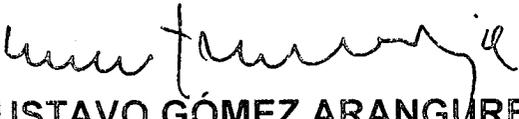
Ausente con excusa



LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO


VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA


ALFONSO VARGAS RINCÓN


GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN