

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

RADICACIÓN No. : 11001-03-25-000-2000-0190-01(3182-2000)

FECHA : Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de
dos mil dos (2002).

CONSEJERO PONENTE : ALBERTO ARANGO MANTILLA

ACTOR : ANTONIO JOSE GARCIA BETANCUR

DEMANDADO : GOBIERNO NACIONAL

TEMA : Decretos del Gobierno

ANTECEDENTES

Mediante apoderado el ciudadano, ANTONIO JOSE GARCIA BETANCUR, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo [84](#) del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación se declare, con efectos retroactivos, la nulidad de los artículos 12 y numeral 1º del artículo 3º del Decreto 047 de 19 de enero de 2000 "por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones".(folios 2 a 4)

Relata el demandante que el artículo 12, demandado, regula el Ingreso Base de Cotización de los trabajadoras del servicio doméstico para el sistema de seguridad social; que esta disposición viola la ley 11 de 1988, especialmente el parágrafo del artículo [1º](#) que determina que "en ningún caso el porcentaje de cotización podrá aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal vigente"; que al expedirse el régimen de seguridad social dicho estatuto se hace extensivo al sistema; que el numeral 1º del artículo 3º del decreto 047 de 2000 estableció períodos mínimos de cotización para el acceso a las prestaciones económicas generadas por enfermedad previendo para los dependientes 4 semanas y para los independientes 24, norma que desconoce el derecho a la igualdad, refrendado en el artículo [2º](#) literal b.) de la ley 100 de 1993; que el decreto 047 de 2000 es obligatorio solo en tanto no desconozca la jerarquía normativa.

Señala que el decreto 047 de 2000 no puede desconocer la ley [11](#) de 1988 que estableció algunas excepciones al régimen del seguro social, entre ellas para los trabajadores del servicio doméstico, norma prevalente frente al decreto acusado que lo fue en ejercicio de facultades extraordinarias; que la ley 11 es aplicable a las nuevas entidades que tienen a su cargo la seguridad social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificados los Ministerios de Salud y Trabajo y Seguridad Social contestaron la demanda.

Por su parte el apoderado del Ministerio de Salud, en cuanto al numeral 1º del artículo 3º del decreto 047 de 2000, expresa que la diferenciación para los períodos de cotización entre trabajadores dependientes e independientes se justifica dadas las circunstancias disímiles en que se encuentran frente al régimen de seguridad social; que, en efecto, es diferente asumir voluntariamente, como trabajador independiente, toda la carga de la cotización que asumirla de

manera compartida entre el trabajador y la empresa; que no se está negando el acceso al sistema de seguridad social a ningún trabajador y por ello mal puede aceptarse que se vulnere el principio de universalidad o igualdad.

Y en relación con el artículo 12 del decreto 047 de 2000 y la vulneración frente al párrafo del artículo [1º](#) de la ley 11 de 1988, manifiesta que la disposición acusada no fue expedida en ejercicio de facultades extraordinarias sino en ejercicio de la potestad reglamentaria; que la ley reglamentada fue el artículo [154](#) de la ley 100 de 1993 y no la ley [11](#) de 1988; que el Presidente de la República, conforme al artículo [154](#) de la ley 100 de 1993 tiene las facultades suficientes para regular el I.B.C. para la afiliación de las empleadas del servicio doméstico al sistema de seguridad social en salud; y que, en todo caso, la ley [11](#) de 1988 perdió vigencia con la expedición de la ley [100](#) de 1993 que reguló integralmente el régimen de seguridad social.

Por su parte el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expresa que el decreto acusado fue expedido en desarrollo de amplias facultades reglamentarias conferidas por el artículo [154](#) de la ley 100 de 1993, con el propósito de proteger los recursos de la seguridad social de salud, garantizando los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia; que la finalidad del decreto es la de evitar la evasión y la elusión de aportes, circunstancias que terminan afectando a los afiliados que pagan oportuna y completamente los aportes; que esta norma complementa vacíos que venían detectándose en la operación normal del sistema.

En relación con el numeral 1º del artículo 3º del decreto 047 de 2000 expresa que la afiliación al sistema es obligatoria para los trabajadores dependientes, los pensionados y los trabajadores independientes que tengan capacidad de pago, de manera que el elemento volitivo expuesto por el demandante para sustentar la vulneración que plantea no puede ser aceptada; que en cuanto a los períodos necesarios de cotización para ser acreedor a prestaciones causadas por incapacidad se acogieron normas que regulaban la situación en el ISS ya que el comportamiento de pago de los trabajadores dependientes e independientes es diferente y, por ello, se hace necesario evitar fenómenos evasivos o elusivos; que existen razones objetivas para considerar la diferencia en el número de semanas exigibles para trabajadores dependientes e independientes como lo hace la norma acusada. Finalmente informa que la norma acusada fue derogada por el artículo 20 del decreto 783 de 3 de mayo de 2000 lo cual obedeció al desarrollo del Registro Unico de Aportantes previsto en el artículo 91 de la ley 488 de 1998.

Respecto al artículo 12, acusado, precisa que conforme a los artículos [48](#) y [49](#) de la C.P. está en cabeza del Estado la organización, dirección y control del servicio público de seguridad social y por ello, en ejercicio de las autorizaciones previstas en la ley el Gobierno Nacional debe fijar las políticas y expedir los actos necesarios para cumplir los objetivos del sistema, con el fin de garantizar el servicio al universo de habitantes; que con la norma demandada se aclara la base de cotización de los trabajadores del servicio doméstico definiendo como base mínima un salario mínimo mensual legal vigente para atender, justamente, la ley [11](#) de 1988 la que, en efecto, determina que la cotización, en ningún caso, puede ser inferior a medio salario mínimo; que al establecer la ley que cualquier pensión no puede ser inferior al salario mínimo mensual, la Nación está asumiendo el pago de la diferencia; que las normas mencionadas no establecen ningún subsidio en salud y por ello no es viable establecer una cotización inferior al salario mínimo mensual vigente que es lo que corresponde a los trabajadores dependientes y, no existiendo norma especial debe aplicarse la norma general; que todo trabajador tiene derecho a percibir el un salario mínimo legal y el salario en especie no puede superar el 50% del total, de manera que la norma acusada solo recoge la ley al establecer una base de cotización real, es

decir, tanto por la remuneración en dinero como en especie; que la ley [100](#) de 1993 no subsidia a ningún trabajador del régimen contributivo y, por ello, creó el régimen subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud el cual financia con los aportes de los trabajadores dependientes e independientes; que las únicas trabajadoras subsidiadas son las madres comunitarias con fundamento en la ley [509](#) de 1999; que a raíz de la interpretación que consideró como extensiva a salud la base de cotización prevista por la ley [11](#) de 1988 se presentaron conductas fraudulentas como la afiliación de personas que no tenían el carácter de trabajadores del servicio doméstico; que correlativo al deber de pago se otorga la prestación de servicios médicos y asistenciales de manera que, puede llegar a considerarse una mayor exacción el reconocimiento de los subsidios en dinero por enfermedad general y maternidad para estos trabajadores que, en ningún caso, puede ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación estima que las súplicas de nulidad están llamadas a prosperar con relación al numeral 1º del artículo 3º del decreto 047 de 2000 y deben denegarse frente al artículo 12 idem.

Afirma que los trabajadores dependientes e independientes, que hacen parte del régimen contributivo, están obligados a cotizar, en igualdad de condiciones, al S.G.S.S un máximo del 12% de salario base de cotización, el cual no puede ser inferior al salario mínimo, como lo dispone el artículo [204](#) de la ley 100 de 1993, y por lo tanto los derechos que se adquieren al vincularse al sistema deben ser iguales para unos y otros; que el numeral 1º del artículo 3º del decreto 047 de 2000 crea una discriminación injustificada, vulnera el derecho a la igualdad y viola el principio de universalidad, razón por la cual es procedente declarar su nulidad; que era tan evidente la discriminación que el mismo gobierno la saneó modificándola mediante el decreto 783 de mayo 3 de 2000.

En relación con el artículo 12 del decreto 047 de 2000 expresa que el Sistema de Seguridad Social Integral fue creado por la ley [100](#) de 1993, servicio público que se aplica a todos los sectores de la población en los términos y condiciones establecidos en la mencionada ley.

Que los trabajadores del servicio doméstico están vinculados mediante contrato de trabajo, verbal o escrito, lo que significa que son afiliados obligatorios al régimen contributivo y, por ende, su vinculación al mismo se rige por el Capítulo I, Título II del Libro Segundo de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, su cotización al sistema se rige por lo determinado en el artículo [204](#) de la citada ley, es decir "máximo el 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo"; que el artículo [289](#) de la misma ley determinó que regía a partir de su publicación y derogaba todas las normas que le fueran contrarias y el artículo [1º](#) de la ley 11 de 1988 está en abierta contradicción con la ley [100](#) de 1993 por lo cual debe entenderse tácitamente derogado; que el artículo 12, demandado, no solo está conforme a la ley 100 sino que, además, la única norma que se citó como violada no se encuentra vigente.

Se decide, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Son dos los artículos que del decreto 047 de 2000 demanda el actor. Examinará la Sala por separado cada uno de ellos.

I- NUMERAL 1º DEL ARTICULO 3º DEL DECRETO 047 DE 2000

"Artículo 3.

1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de cuatro (4) semanas y los independientes de veinticuatro (24) semanas en forma ininterrumpida, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme a las reglas de control a la evasión..."

El ataque fundamental del actor frente a esta disposición consiste en que, a su juicio, vulnera el derecho a la igualdad.

Tal diferencia pretenden justificarla, el Ministerio de Salud, argumentando circunstancias disímiles de cada grupo pues en unos es la voluntad la que determina la afiliación, mientras para otros es obligatoria y, en que la cotización es asumida, en un caso de manera individual y en otro compartida; y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público diciendo que el comportamiento de pago de los trabajadores dependientes e independientes es diferente y se hace necesario evitar fenómenos evasivos o elusivos.

Si bien existen diferencias en cuanto a la afiliación al sistema por parte de los trabajadores dependientes e independientes, pues para los primeros es obligatoria y la de los segundos es voluntaria, y en cuanto a la forma de pago de las cotizaciones, ello no justifica que los dependientes deban acumular un menor número de semanas que los independientes a fin de adquirir el derecho a las prestaciones generadas por enfermedad general.

Una vez admitidos en el sistema de seguridad social todos los afiliados adquieren iguales obligaciones y derechos, de conformidad con los principios consagrados en los literales b.) y d.) del artículo 2º de la ley 100 de 1993 que ordenan que el servicio público esencial de seguridad social garantice la protección a todas las personas, sin ninguna discriminación y que ofrezca cobertura a todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y, en general las condiciones de vida de toda la población.

Aceptar las falencias del sistema para detectar adecuadamente la veracidad las afiliaciones y para recaudar las cotizaciones, como razón justificativa de la diferencia que contiene la norma acusada, es partir de actuaciones ajenas a la buena fe que, por principio, rigen las de los ciudadanos frente a la administración y las de esta en relación con aquellos, como lo prevé el artículo 83 de la C.P.

Comparte esta Sala la conclusión a la que llega el Señor Agente del Ministerio Público cuando expresa:

"...Se concluye, entonces, que la cotización para vincularse al Sistema de Seguridad Social en Salud, es la misma ya se trate de trabajadores dependientes o independientes, y ya sea que estos últimos la cubran completamente o lo hagan a través del subsidio creado para tal fin. Por lo tanto, los derechos que se adquieren por estar vinculados a dicho sistema deben ser los mismos para unos y otros, la forma de acceder a ellos también debe ser idéntica...." (fl. 90)

De acuerdo con lo expuesto, la Sala anulará el numeral 1º del artículo 3º del Decreto 047 de 2000.

II.- DEL ARTICULO 12 DEL DECRETO 047 DE 2000:

El decreto 047 de 2000, por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones, previó en su artículo 12:

"El ingreso base de cotización para el sistema general de seguridad social en salud de las trabajadoras del servicio doméstico no podrá ser inferior al equivalente al 12% de un salario mínimo legal mensual vigente.

Las trabajadoras del servicio doméstico que laboren con distintos patronos cotizarán por intermedio de todos ellos sobre el salario devengado con cada patrono sin que los aportes que deban cancelarse sean inferiores al equivalente al 12% de un salario mínimo mensual legal vigente. En estos eventos se podrá efectuar la afiliación y pago de las cotizaciones por intermedio de entidades agrupadoras, conforme a las disposiciones del Decreto [806](#) de 1998.

Lo dispuesto en esta norma se aplicará a partir del 1º de marzo de 2000, siendo deber de todos los empleadores ajustarse plenamente a sus previsiones a partir de la fecha mencionada."

En primer lugar precisará la Sala que examinada esta norma, no se encuentra que ella desarrolle la intervención estatal que prevé el artículo [154](#) de la ley 100 de 1993. En efecto, ella no implica el desarrollo de los principios previstos en los artículos [2](#) y [153](#) de la ley 100 de 1993; no garantiza el carácter obligatorio del sistema de seguridad social en Salud; no señala parámetros relativos a la dirección, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud; no conlleva ampliación de la cobertura del sistema, ni su gratuidad; no organiza los servicios de salud ni los niveles de atención; tampoco busca evitar la desviación de los dineros destinados a la Seguridad Social; ni garantiza asignación prioritaria de gasto público para el servicio público en salud. Sencillamente se trata de un decreto que reglamenta lo relacionado con el monto y distribución de la cotización en salud previsto en la citada ley. Sobre esta base se estudiará la situación.

El artículo [204](#) de la ley 100 de 1993 prevé:

ARTICULO [204](#). Monto y Distribución de las Cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

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 el artículo [222](#).

PARÁGRAFO PRIMERO: La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley..." (La parte subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-[577](#) de 1995) Resaltado fuera de texto.

Prevén los artículos [18](#) inciso 4º y artículo [30](#) de la ley 100 de 1993:

"Artículo [18](#): Base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y

público:

(...)

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..." (Resaltado fuera de texto)

"Artículo [30](#): Subsidio a trabajadores del servicio doméstico: Los aportes del presupuesto nacional de que trata la Ley [11](#) de 1988, para el subsidio en los aportes de los trabajadores del servicio doméstico, se girarán al fondo de solidaridad, en cuentas separadas, para que éste traslade el subsidio correspondiente a la entidad que haya seleccionado el trabajador."

Y el D. R. [806](#) de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional, en su artículo [84](#) establece:

"De conformidad con lo establecido por la Ley [100](#) de 1993, el salario base de cotización en materia de salud será el mismo definido para pensiones. En consecuencia, las entidades promotoras de salud rechazarán la afiliación de aquellas personas que declaren un salario base inferior al declarado para el régimen de pensiones." (Resaltado fuera de texto)

El artículo [1](#)° de la Ley 11 de 1988 determinó:

"A partir de la vigencia de la presente Ley, el trabajador del servicio doméstico que devengue una remuneración en dinero inferior al salario mínimo legal vigente, cotizará sobre la base de dicha remuneración.

Parágrafo. En ningún caso el porcentaje de cotización podrá aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal vigente."

De la normatividad transcrita se infiere que la ley [100](#) de 1993 mantuvo a favor de los empleados del servicio doméstico un subsidio para efecto de la cotización correspondiente a las pensiones y que la cotización para salud se calcula sobre la misma base que para las pensiones.

Los trabajadores del servicio doméstico son afiliados forzosos al sistema de seguridad social, están vinculados mediante una relación laboral dependiente y tienen derecho a devengar un salario mínimo mensual pero, no es menos cierto, para ellos la ley ha previsto que parte de su salario pueda ser reconocido en especie sin superar el 50% del mismo y ha contemplado un subsidio para el reconocimiento de los derechos derivados de la seguridad social.

En esas condiciones si conforme a la ley [11](#) de 1988, cuya aplicación fue conservada por la ley [100](#) de 1993, la base de cotización de pensión para los empleados del servicio doméstico solo puede exigirse sobre la remuneración devengada en dinero sin que ella pueda ser inferior al 50% del salario mínimo legal mensual y que el salario base de cotización de pensión debe ser el mismo que para cotización en salud, mal puede el decreto reglamentario acusado determinar que la base de cotización para salud debe ajustarse como mínimo a un salario mínimo legal mensual para salud.

No es cierto, como lo argumenta la entidad demandada que la norma acusada haya desarrollado adecuadamente la ley 11 de 1988 al determinar que el IB debe ser por lo menos de un salario

mínimo mensual pues lo que la norma prevé es que debe hacerse sobre la base del salario en dinero que, como se expuso, puede ser inferior al mínimo legal mensual dado que parte de él se paga en especie.

No resulta de recibo pues, el argumento según el cual la ley 100 de 1993 dejó sin vigencia la ley 11 de 1988, ella continúa aplicándose a los trabajadores del servicio doméstico en cuanto tiene que ver con el Ingreso Base de Cotización para pensiones y éste mismo es extensivo al Salario Base de Cotización para Salud, como quedó expuesto.

Sin duda, está en cabeza del Estado la organización, dirección y control del servicio público de seguridad social pero estas determinaciones deben expedirse dentro de los marcos previstos en la ley de seguridad social; la norma acusada no aclara, como lo afirma el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el ingreso base de cotización de los trabajadores del servicio doméstico sino que desconoce la prerrogativa que frente a ellos mantuvo la ley 100 de 1993 en cuanto al monto que debe tenerse en cuenta para los aportes. Ahora, como a pesar de haber determinado unos aportes inferiores a los que ordinariamente pagan los afiliados forzosos, la ley no hizo diferencia alguna en cuanto al reconocimiento de las prestaciones económicas contempladas en la ley [100](#) de 1993, debe aceptarse que los trabajadores del servicio doméstico acceden a ellas en igualdad de condiciones que los demás afiliados forzosos al sistema.

La forma de evitar fraudes a la ley no puede ser la que implique vulneración de los derechos mínimos consagrados a favor de cierto sector de trabajadores y, de ninguna manera, su ejercicio puede considerarse ilegal.

De acuerdo con lo expuesto encuentra la Sala que procede la nulidad del artículo 12 del D.R. 047 de 2000 pues excede la potestad reglamentaria.

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

F A L L A

1º Declárase la nulidad del numeral 1º del artículo 3º del decreto 047 de 2000.

2º Declárase la nulidad del artículo 12 del decreto 047 de 2000.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y en firme esta providencia archívese el expediente.

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

ALBERTO ARANGO MANTILLA

TARSICIO CACERES TORO

JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

