

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D. C., doce (12) de septiembre dos mil diecinueve (2019)

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE

Radicación: 11001-03-27-000-2018-00048-00 (24126)

Demandantes: Juan Diego Buitrago Galindo

Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio del Trabajo y Ministerio de Salud y Protección Social

Temas: Potestad reglamentaria. Pago de los aportes en salud de los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide sobre la nulidad de los artículos 2.2.1.1.1.7 y el inciso 1.º del artículo 3.2.7.6 del Decreto 780 de 2016 (modificado y adicionado por los artículos 1.º y 2.º del Decreto 1273 de 2018, respectivamente), proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

ANTECEDENTES PROCESALES

Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad simple, previsto en artículo 137 del CPACA, el demandante solicita la nulidad de los artículos 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 1.º del Decreto 1273 de 2018, y del inciso primero del artículo 3.2.7.6 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 2.º del Decreto 1273 de 2018, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Salud y Protección Social, y el Ministerio del trabajo. Los apartes acusados, a continuación se transcriben y destacan, así:

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

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

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

Artículo 2. Adiciónese el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016 Único

Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en los siguientes términos:

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

(...)

Artículo 3.2.7.6. Plazos. El pago mes vencido de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los cotizantes de que trata el artículo 2.2.1.1.1.7 del presente decreto se efectuará a partir del 1º de octubre de 2018, correspondiente al periodo de cotización del mes septiembre del mismo año.

(...)

A tal efecto, invocó como violados los artículos: 6 y 121 de la Constitución; 135 de la Ley 1753 de 2015, y 156, letra b) y 202 de la Ley 100 de 1993. El concepto de violación de las normas se sintetiza así (ff. 14 a 16):

Puntualizó que las disposiciones demandadas establecieron un sistema de cotización, mes vencido, para el caso de los aportes al subsistema en salud de los trabajadores independientes.

A su juicio, ese cambio en la temporalidad de la cotización del aporte en salud, para el caso de trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios, contraría la letra b) del artículo 156 y el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, según los cuales la cotización en salud de dichos trabajadores deberá efectuarse anticipadamente.

Anotó que, sin perjuicio de la anterior regla general, el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018) prescribió, que: (i) los trabajadores independientes por cuenta propia y (ii) aquellos que celebren contrato diferente al de prestación de servicios, cotizarían mes vencido.

De esta forma, el demandante sostuvo que los trabajadores independientes que celebraran contratos de prestación de servicios deberían continuar con sus cotizaciones mes anticipado.

Finalmente, manifestó que las normas reglamentarias demandadas no se fundamentaron en la ley, de manera que el Ejecutivo carecía de competencia para establecer nuevas disposiciones, tal como lo exigen los artículos 6 y 121 constitucionales e, igualmente, se quebrantó la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Carta Política.

Contestación de la demanda

El extremo pasivo se opuso a las pretensiones de la demanda y cada una de las entidades demandadas se pronunció en los siguientes términos:

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que las normas demandadas fueron expedidas en desarrollo de la facultad reglamentaria, por disposición del inciso 3.º de la Ley 1753 de 2015. Igualmente, que, de acuerdo con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, es potestad reglamentaria del Gobierno la definición de la periodicidad de las cotizaciones de seguridad social, atendiendo la

estabilidad y periodicidad de los ingresos de los trabajadores independientes. En apoyo de lo anterior, indicó que con anterioridad al artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, las siguientes normas han regulado la cotización anticipada de los aportes de los trabajadores independientes: artículo 20 del Decreto 692 de 1994, artículo 26 del Decreto 396 de 1996 y 35 del Decreto 1406 de 1999.

Por otra parte, advirtió que el demandante confrontó las normas demandadas con el ordenamiento superior de manera descontextualizada. Que, de hacerlo sistemáticamente, habría concluido que los artículos 2.2.1.1.1.7 y el inciso 1º. del artículo 3.2.7.6 del Decreto 780 de 2016 se ajustan armónicamente al ordenamiento jurídico.

Formuló la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda que fue declarada no probada en la audiencia inicial celebrada el 29 de mayo de 2019 (ff. 163 a 171 vto., y 217 y 218).

Ministerio de Salud y Protección Social

Precisó que la Ley 100 de 1993 es una norma ordinaria, del mismo nivel normativo que la Ley 1753 de 2015 (Plan de Desarrollo 2014-2018), de tal forma que el legislador quiso, a través de esa última disposición, modificar lo atinente al periodo de cotización en el sistema de salud, por parte de los trabajadores independientes.

Agregó que el ajuste normativo tuvo origen en la sentencia del 12 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (expediente 2018-00058-00, MP: Fredy Ibarra Martínez), quien ordenó al Gobierno reglamentar el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

Luego, expresó que la reglamentación demandada pretendió: (i) permitir que, tanto los trabajadores independientes como los dependientes, cotizaran sus aportes por cada mes vencido y (ii) garantizar que el mayor número de trabajadores independientes, que celebraran contratos de prestación de servicios, cotizaran y pagaran sus aportes al sistema de seguridad social integral, de acuerdo con la totalidad de los ingresos percibidos. Lo anterior, con el objeto de controlar la evasión y elusión al sistema de seguridad social (ff. 55 a 59).

Ministerio del Trabajo

Puntualizó que el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 estuvo dirigido a que la cotización en salud, por cada mes vencido, fuera para los trabajadores independientes que suscribieran contratos de prestación de servicios personales.

De esta forma, el contrato de prestación de servicios no se contrae exclusivamente a servicios de tipo personal, ya que también puede versar sobre otras clases de servicios, tales como el de transporte, que, según el dicho del demandado, no necesariamente es un servicio de tipo personal. Por ello, enfatizó que para el caso de trabajadores independientes que suscribieran contratos de prestación de servicios no personales, la cotización seguiría siendo mes anticipado.

Del mismo modo, dilucidó que el ejecutivo no quebrantó el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, puesto que la regla general de cotización anticipada en salud, para el caso de los trabajadores independientes con contrato diferente al de prestación de servicios no personales, continúa vigente.

Asimismo, planteó que el legislador habilitó al Gobierno nacional para expedir el reglamento

sobre la periodicidad y la forma en que se deben sufragar los aportes a la seguridad social del contrato de prestación de servicios personales (ff. 47 a 50).

UGPP

La UGPP, quien actúa como coadyuvante de la parte demandada, conforme al auto del 07 de marzo de 2019 (f. 69 vto. cm), adujo lo siguiente:

El artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 modificó, entre otros aspectos, la forma de establecer el ingreso base de cotización de todos los trabajadores independientes, incluidos los contratistas con prestación de servicios y señaló, expresamente, que la forma de cotización sería mes vencido.

Precisó que dicha modificación pretendía solucionar la disparidad entre los ingresos percibidos entre la fecha de pago anticipado de los aportes al sistema general integral de seguridad social y los efectivamente recibidos al finalizar el mes, de tal manera que se estableció que la cotización de aportes de todos los trabajadores independientes se debería efectuar mes vencido, al igual que la retención de la cotización, establecida en el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

Explicó que, con ocasión de la expedición del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, se derogaron las disposiciones anteriores que le fueran contrarias, incluidas aquellas que regulaban el momento de la cotización y pago de los aportes de los trabajadores independientes. Es decir, que perdió vigencia la letra b) del artículo 156 y el artículo 202 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, advirtió que el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016 derogó el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999 (reglamentario de la Ley 100 de 1993), el cual establecía la cotización anticipada de los aportes de los trabajadores independientes a los subsistemas de salud y pensión (ff. 32 a 36).

Audiencia inicial

El 29 de mayo de 2019 se celebró la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA. Agotadas las etapas procesales, merece resaltar que fue declarada no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda que formuló el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, en su oportunidad procesal, se estableció que el litigio se concentraría en establecer: (i) si las normas acusadas vulneraban la letra b) del artículo 156 y el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, previa determinación de la eficacia temporal que se predica de dichas disposiciones y (ii) si el Ejecutivo tiene la potestad reglamentaria para definir el momento del pago de los aportes en salud de los trabajadores independientes que suscriben contratos de prestación de servicios.

Tales planteamientos se examinarían sin perjuicio de otros problemas jurídicos asociados que pudieran resultar del debate principal.

Finalmente, debido a que no fue necesario agotar las audiencias previstas en los artículos 181 y 182 del CPACA, el magistrado sustanciador corrió traslado para alegaciones finales a las partes y al Ministerio Público, por el término común de 10 días siguientes a la diligencia.

Alegatos de conclusión

La parte actora insistió en los argumentos de la demanda (ff. 227 a 230). Manifestó, adicionalmente, que el artículo 3.º le otorgó al Gobierno la potestad de reglamentar las

retenciones realizadas por los contratantes, mas no la periodicidad de la cotización al sistema de seguridad social.

A su turno, la UGPP (ff. 232 a 233 vto.), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (ff. 234 a 236), el Ministerio de Salud y Protección Social (ff. 241 a 243) y el Ministerio del Trabajo (ff. 246 a 247 vto.) reiteraron los argumentos de sus respectivas contestaciones.

Concepto del Ministerio Público

El procurador delegado ante esta corporación solicitó mantener la legalidad de las normas acusadas (ff. 224 a 226 a 216). A su juicio, el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 habilitó expresamente al Gobierno nacional para determinar la temporalidad de los aportes de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- La Sala decide sobre la demanda de nulidad simple instaurada contra los artículos 2.2.1.1.1.7 y el inciso 1.º del artículo 3.2.7.6 del DUR 780 de 2016 (modificado y adicionado por los artículos 1.º y 2.º del Decreto 1273 de 2018, respectivamente), proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2- Concretamente, según el demandante, las disposiciones demandadas contrarían el mandato de la letra b) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con el inciso primero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, según los cuales las cotizaciones de los trabajadores independientes que celebran contratos de prestación de servicios cotizarán mes anticipado y no mes vencido.

El Libro II de la Ley 100 de 1993 regula las cotizaciones a la seguridad social en salud. El artículo 156 ibidem establece que las características básicas del sistema general de seguridad social en salud consisten en asegurar que «[t]odos 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 los ingresos propios de los entes territoriales».

Los participantes en el subsistema en salud se clasifican en afiliados y vinculados. Son afiliados aquellos que pertenezcan al régimen contributivo –dentro de los cuales se encuentran los trabajadores independientes con capacidad de pago, empleados, servidores públicos, pensionados y jubilados y sus beneficiarios– y los del régimen subsidiado, quienes a pesar de que no tienen capacidad de pago, son subsidiados a fin de garantizar la prestación del servicio público de la salud (art. 2.1.4.1 Dcto. 780 de 2016). Los vinculados al sistema son las personas que, sin pertenecer a alguno de los anteriores regímenes, tienen derecho a obtener la prestación del servicio de salud (art. 157 de la Ley 100 de 1993), mientras se categorizan en alguno de los anteriores regímenes. Esta disposición se acompasa con lo dispuesto en el DUR 780 de 2016.

La letra c) del artículo 16 del Decreto 1406 de 1999 –reglamentario de la Ley 100 de 1993– incluye como cotizantes del régimen contributivo en salud a los trabajadores independientes, así (actualmente artículo 2.2.1.1.1.3 DUR 780 de 2016):

c) Trabajadores Independientes

Se clasifica como trabajador independiente a aquel que no se encuentre vinculado laboralmente a

un empleador, mediante contrato de trabajo o a través de una relación legal y reglamentaria.

Se considerarán como trabajadores independientes aquellos que teniendo un vínculo laboral o legal y reglamentario, además de su salario perciban ingresos como trabajadores independientes.

Para los efectos del sistema de liquidación de aportes que establece el presente decreto, se asimilan a trabajadores independientes los grupos de población subsidiados dentro del Régimen General de Pensión.

Según el artículo 9.º del Decreto Reglamentario 1406 de 1999 (actualmente artículo 3.2.1.3 del DUR 780 de 2016), la periodicidad de las cotizaciones al subsistema de salud para los trabajadores dependientes (servidores públicos, empleados de empresas privadas o de particulares) y para los independientes es anticipado. Para el caso de trabajadores independientes, aquella norma regulaba, en el artículo 21, los plazos para las cotizaciones. Esta disposición tuvo varias modificaciones, entre ellas, la Ley 1753 de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018– estableció, en su artículo 135, lo siguiente:

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

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

En el caso de los contratos de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total el Impuesto al Valor Agregado (IVA), y no aplicará el sistema de presunción de ingresos ni la deducción de expensas. Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

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

De acuerdo con la anterior normativa, la Sala observa que esta disposición estableció dos

sistemas de pagos de los aportes a la seguridad social y un ingreso base de cotización aplicable para los trabajadores independientes. El primer inciso dispuso que el pago de los trabajadores independientes, allí catalogados, sería a través de cotizaciones mes vencido y el tercer inciso dispuso un sistema de pago mediante retención por parte del contratante público o privado.

En el caso del inciso tercero, definió –a efectos de esta ley– los contratos de prestación de servicios personales como aquellos relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no implicaban subcontratación alguna, compra de insumos o expensas para la ejecución del contrato. Seguidamente, la normativa dispuso –para ese tipo de contrato de prestación de servicios personales– que los contratantes públicos o privados deberían efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas.

Es decir, en el caso de los contratos de prestación de servicios personales regulados en esa ley, el pago de los aportes a la seguridad social sería vía retención, mientras que, respecto de los trabajadores independientes señalados en el inciso primero del artículo 135 ibidem, el pago se realizaría mediante cotización por cada mes vencido. Al efecto, el inciso primero diferencia el trabajador independiente que celebra contrato de prestación de servicio, con el independiente que celebra contrato de prestación de servicio personal, ya que, en el caso de este último, la connotación de «personal» dependerá de que cumpla con las condiciones que establece el inciso tercero de dicha norma.

Teniendo en cuenta lo anterior, un ciudadano promovió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, demanda de acción de cumplimiento, a fin de que el Gobierno nacional cumpliera lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 135 ibidem, esto es, que se reglamentara lo atinente al sistema de retención de los aportes a la seguridad social que efectuarían los contratantes públicos y privados a los contratistas con contratos de prestación de servicios personales.

Mediante la sentencia del 12 de marzo de 2018 (exp. 25000234100020180005800), el tribunal halló que el inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 contenía una obligación de reglamentación a cargo del Gobierno, a través de los respectivos ministerios, para reglamentar el inciso tercero de dicha disposición. Al respecto, el tribunal indicó:

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

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

La Ley 1753 de 2015 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "todos por un nuevo país" en el artículo 267 preceptúa que dicha ley comienza a regir una vez sea

publicada, publicación que se realizó en el Diario Oficial no. 49.538 de 9 de junio de 2015, es decir que el término de seis (6) meses con el que contaba el Gobierno Nacional para expedir la correspondiente reglamentación de que trata el inciso tercero del artículo 135 ibídem inició el 10 de junio de ese mismo año y finalizó el 9 de diciembre de 2015, motivo por el cual se concluye que dicho plazo ya feneció.

7) Por su parte, tanto los ministerios de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo como el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República manifestaron que la reglamentación del referido inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 se encuentra en trámite, el cual no se ha podido culminar dada la dificultad de la materia y porque se han tenido en cuenta las diferentes observaciones que han elevado las entidades públicas y privadas y gremios que han elevado durante la publicación del borrador del respectivo decreto en las respectivas páginas electrónicas oficiales de los citados ministerios.

Debido a que el Gobierno no había reglamentado la materia, el tribunal ordenó que los ministerios de Hacienda y Crédito Público, del Trabajo, y de Salud y Protección Social lo hicieran dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria de esa sentencia.

A instancias de reglamentar esa disposición, a través del Decreto 1273 de 2018, el Gobierno modificó el artículo 2.2.1.1.1.7 del DUR 780 de 2016 –esta última norma derogó expresamente todos los decretos reglamentarios relativos al sector salud que versaban sobre dicha materia– y, además, adicionó el Título 7 al decreto único de reglamentación del sector salud. Al efecto, en la parte considerativa del Decreto 1273 de 2018, quedó consignado lo siguiente (destaca la Sala):

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

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

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

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

Siendo esta la motivación en la expedición de esa reglamentación, el artículo 2.2.1.1.1.7 incorporado al DUR 780 de 2016, quedó así:

Artículo 2.2.1.1.1.7 Pago de cotizaciones de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral. El pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes se efectuará mes vencido, por periodos mensuales, a través de la

Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) y teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el periodo de cotización, esto es, el mes anterior.

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

De igual manera, en lo concerniente al sistema de retención de los aportes para el caso de los trabajadores independientes, se adicionó al DUR 780 de 2016 el título 7, dentro del cual se incluyó el artículo 3.2.7.2 que establece:

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

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

Parágrafo 2. En aquellos casos en que el contratista cotice por varios ingresos, la retención y pago de aportes se efectuará sobre el valor resultante en cada uno de los contratos, independientemente de que el resultado de la aplicación del 40% al valor mensualizado del contrato o contratos sujetos a retención sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

En criterio del demandante, el Gobierno nacional, al modificar el artículo 2.2.1.1.1.7 en el DUR 780 de 2016 y adicionar el artículo 3.2.7.6, incurrió en un exceso de potestad reglamentaria, en la medida en que desatendió el primer inciso del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 y los artículos 156 –letra b– y 204 de la Ley 100 de 1993, debido a que los trabajadores independientes que celebraran contratos de prestación de servicios seguirían cotizando mes anticipado y no mes vencido.

Se observa que el Decreto 1273 de 2018, por una parte, reglamentó lo atinente a la periodicidad de la cotización de los trabajadores independientes y, por otra, reglamentó lo relacionado con el sistema de retención que se aplicaría para los contratos de prestación de servicios personales.

En relación con la reglamentación de la periodicidad de la cotización del trabajador independiente, si bien, en principio, la Ley 135 de 2015 no facultó al Gobierno, de forma explícita, para reglamentar el primer inciso de esa norma, lo cierto es que la potestad de reglamentación del Ejecutivo no se agota en las disposiciones en las que expresamente el legislador ordena su reglamentación. Al efecto, esta corporación ha indicado (auto del uno de abril de 2009, exp. 36476, Sección Tercera, CP: Ruth Stella Correa Palacio, también se puede consultar la sentencia del 03 diciembre de 2007, exp. 24715):

La potestad reglamentaria es una función administrativa atribuida por la Constitución Política al Gobierno Nacional, para la correcta y cumplida ejecución de las leyes, que, como ha tenido oportunidad de señalar esta Sala, es de carácter permanente, inalienable, intransferible e

irrenunciable. Al ser una atribución otorgada constitucionalmente al Presidente de la República, en su calidad de primera autoridad administrativa, no necesita de norma legal expresa que la confiera, ni puede ser limitada en cuanto a la materia y el tiempo en que pueda utilizarla, mientras continúe vigente la norma legal a reglamentar; por ello, esta facultad no es susceptible de renuncia, transferencia o delegación por el Gobierno Nacional a otro órgano del Estado. Además, el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P.).

De esta manera, como la atribución reglamentaria está conferida al Gobierno por disposición constitucional (art. 189.11), nada impedía que el Ejecutivo reglamentara lo atinente al sistema de periodicidad de la cotización de aportes a la seguridad social por parte de los trabajadores independientes.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, contrario a la interpretación que efectúa el demandante, la norma reglamentaria, al momento de aludir a la categoría general de «trabajador independiente», no desatiende la diferenciación que trae la propia Ley 1753 de 2015, en la medida en que la norma reglamentaria se refiere a la acepción de trabajador independiente allí dispuesta y, dentro de ella, a la diferenciación entre el trabajador independiente que celebra contrato de prestación de

servicios personales y aquel trabajador que celebra cualquier otro tipo de contrato de prestación de servicios (v. gr. suministro, mandato y, en general, todos los tipos de contratos que prevea la legislación civil y comercial y que no encajen en la definición de prestación de servicio personal que trae el inciso tercero del artículo 135 *ibidem*).

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

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

Tal reglamentación en modo alguno excede la potestad reglamentaria, en cambio, hace aplicable la disposición legal.

En estos términos, la Sala encuentra que no prosperan los cargos de nulidad contra las disposiciones reglamentarias demandadas.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala advierte que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-219 de 2019, declaró la inconstitucionalidad del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, por violación del principio de unidad de materia. Empero, los efectos de esa decisión estarán diferidos hasta el vencimiento de las dos legislaturas ordinarias siguientes a la notificación de la providencia, a fin de que el legislador expida una ley que regule esa materia.

A la fecha no ha sido notificada la sentencia que declara el diferimiento de la inconstitucionalidad, de tal forma que para la época en que se notifique dicha providencia, será inane el plazo conferido al legislador para que expida una ley ordinaria que prescriba lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, puesto que, a la fecha, dicha disposición fue expresamente derogada por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, que entró en vigor desde el 25 de mayo de 2019 –Ley del Plan Nacional del Desarrollo 2018-2022–.

De hecho, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2019 reguló nuevamente lo que disponía el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015; pero, en esta ocasión, no reprodujo el sistema de retención para los aportes a la seguridad social de los independientes que celebraran contrato de prestación de servicios personales y, en cambio, unificó la periodicidad del pago, mediante cotización, de los aportes a la seguridad social que deberán efectuar los trabajadores independientes, sea que estos suscriban contratos de prestación de servicios personales o no personales.

El criterio de esta Sala ha sido efectuar el control de legalidad de los efectos jurídicos que surtió la norma mientras estuvo vigente, de manera que esta providencia ratificará la legalidad de las disposiciones reglamentarias, en la medida en que la inconstitucionalidad de la norma reglamentada no se concretó hasta el momento en que fue derogado el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015. Así mismo, la Sala reitera que el Ejecutivo no incurrió en un exceso de potestad

reglamentaria de las disposiciones enjuiciadas. No prosperan los cargos de nulidad.

3- Por último, se advierte que no procede la condena en costas porque se trata de una controversia en la que se ventila un interés público (artículo 188 del CPACA).

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

FALLA

1. Negar las pretensiones de la demanda.
2. Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, cúmplase,

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ Presidente de la Sala	STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
MILTON CHAVES GARCÍA	JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

 logo