

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001-03-27-000-2019-00054-00 (25056)
Demandante: FRANCISCO FERNANDO REYES ORTIZ
Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTROS

Temas: El artículo 26 del Decreto 806 de 1998 fue derogado, por lo que no procede la medida cautelar de suspensión provisional solicitada en su contra.
El artículo 1° del Decreto 1406 de 1999, compilado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, no viola las normas superiores al considerar como “*aportante*”, entre otros, a los rentistas de capital y a las demás personas que tenga capacidad para contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

AUTO INTERLOCUTORIO

Decide el despacho la medida cautelar de suspensión provisional parcial de los efectos del artículo 26 del Decreto 806 de 1998 y del artículo 1° del Decreto 1406 de 1999, según la solicitud presentada por Francisco Fernando Reyes Ortiz en la demanda de simple nulidad presentada contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud y Protección Social.

ANTECEDENTES

1. El Gobierno Nacional profirió el artículo 26 del Decreto 806 de 1998, que considera que los rentistas de capital, los propietarios de las empresas y las personas naturales residente en Colombia que no tengan vínculo con un empleador son afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes.

Esta norma fue derogada por el artículo 86 del Decreto 2353 de 2015.

2. Además, profirió el artículo 1° del Decreto 1406 de 1999 que dispuso que se entiende como “*aportante*”, entre otros, a los rentistas de capital y demás personas que tenga capacidad para contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esta norma fue compilada parcialmente en el artículo 3.2.1.1 del Decreto 780 de 2016 (Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social).

FUNDAMENTO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Francisco Fernando Reyes Ortiz solicitó la suspensión provisional de los siguientes apartes subrayados del artículo 26 del Decreto 806 de 1998 y del artículo 1° del Decreto 1406 de 1999:

“Artículo 26. Afiliados al Régimen Contributivo. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

(...)

d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleado (...)

“Artículo 1. Alcance de las expresiones «Sistema», «Entidad Administradora», «Administradora», «Aportante» y «Afiliado».

(...)

«Aportante» es la persona o entidad que tiene la obligación directa frente a la entidad administradora de cumplir con el pago de los aportes correspondientes a uno o más de los servicios o riesgos que conforman el Sistema y para uno o más afiliados al mismo. Cuando en este decreto se utilice la expresión «aportantes», se entenderá que se hace referencia a las personas naturales o jurídicas con trabajadores

dependientes, a las entidades promotoras de salud, administradoras de pensiones o riesgos profesionales obligadas a realizar aportes correspondientes al Sistema, a los rentistas de capital y demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del SGSSS, y a los trabajadores independientes que se encuentren afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral”.

Cargo único: Desconocimiento del principio de reserva de ley y exceso de la potestad reglamentaria

La Corte Constitucional afirmó, en Sentencia C-155 de 2004, que las contribuciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Pensiones son contribuciones parafiscales de destinación específica, por lo que son un tributo.

Con base en lo anterior, es aplicable el artículo 338 de la Constitución, según el cual solamente el Congreso puede fijar directamente los sujetos pasivos de los tributos.

Los artículos 13, 15 y 157 de la Ley 100 de 1993 establecen que son afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud como cotizantes los trabajadores dependientes, los servidores públicos, los jubilados, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Pese a lo anterior, los actos administrativos acusados establecieron que son afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud como cotizantes los rentistas de capital, los propietarios de empresas y las personas naturales con capacidad económica de contribuir, aunque no tengan vínculo contractual o reglamentario con algún empleador, por lo que creó sujetos pasivos no previstos por la ley.

El artículo 33 de la Ley 1955 de 2019 establece que se presume la capacidad de pago y de ingreso de las personas naturales declarantes del impuesto sobre la renta, del Iva y del Ica, así como las personas que reflejen un ingreso suficientemente grande en el certificado de ingresos y retenciones. Pero esta norma no establece un nuevo sujeto pasivo, sino una simple presunción de capacidad de pago para los trabajadores independientes.

Esta conclusión se refuerza con el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 244 de la Ley 1955 de 2019 que previeron la aplicación de la presunción de ingresos para determinar el ingreso base de cotización de los trabajadores independientes.

TRASLADO

1. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público afirmó que la solicitud de suspensión provisional no fue debidamente sustentada porque no demostró que los actos acusados vulneran las normas superiores de forma evidente ni probó el perjuicio irremediable que se le ocasionaría en caso de ser negada la medida.

2. El Ministerio de Salud y Protección Social señaló que la petición de suspensión provisional no fue debidamente sustentada porque el actor no demostró la existencia derecho invocado ni el perjuicio que se le causaría por no decretar la medida cautelar.

Además, indicó que los actos acusados fueron derogados por el artículo 89 del Decreto 2353 de 2015, disposición que fue compilada por el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016.

3. El Ministerio del Trabajo no presentó escrito durante el término de traslado de la solicitud de la medida cautelar.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde al despacho determinar si se cumplen los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar de suspensión provisional parcial de los efectos del artículo 26 del Decreto 806 de 1998 y 1° del Decreto 1406 de 1999.

2. Sobre la expresión acusada del artículo 26 del Decreto 806 de 1998

2.1. El demandante solicitó la suspensión provisional de algunos apartes del artículo 26 del Decreto 806 de 1998 y afirmó que dicha norma fue compilada en el artículo 2.1.4.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016.

En realidad, dicha norma no fue compilada, sino derogada por el artículo 89 del Decreto 2353 de 2015 así: *“El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos (...) 806 de 1998 con excepción de los artículos 17 al 24, 52, 65, 69, 70, 71, 72 y 79”*¹.

2.2. Esta Sección señaló que el objetivo de la suspensión provisional es que el acto acusado no produzca efectos jurídicos hacia el futuro mientras se profiere sentencia que decida sobre su legalidad. De esta forma, no procede esta medida cautelar cuando el acto acusado fue derogado o modificado porque actualmente no está produciendo efectos jurídicos².

2.3. Como consecuencia de lo anterior, será negada la suspensión provisional de la expresión acusada del artículo 26 del Decreto 806 de 1998 por estar actualmente derogado.

¹ Cfr. Decreto 2353 de 2015. Artículo 89.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 11001-03-27-000-2012-00057-00 (19798). Auto del 29 de enero de 2014. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

3. Sobre la expresión acusada del artículo 1° del Decreto 1406 de 1999, compilado en el artículo 3.2.1.1 del Decreto 780 de 2016

3.1. El actor afirmó que la expresión *“los rentistas de capital y demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del SGSSS”* de la definición de aportante prevista en el artículo 1° del Decreto 1406 de 1999, compilado parcialmente en el artículo 3.2.1.1 del Decreto 780 de 2016, viola las normas superiores porque estableció una obligación no prevista en la ley: afiliarse como cotizante del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.2. La expresión transcrita ya fue objeto de demanda de simple nulidad, la cual fue resuelta en la sentencia del 1° de agosto de 2019³.

En dicha sentencia no hubo un pronunciamiento de fondo sobre la expresión *“demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del SGSSS”* porque el actor no propuso ningún cargo de nulidad al respecto en el concepto de la violación.

De otro lado, fue negada la nulidad de la expresión *“los rentistas de capital”* por los siguientes motivos:

El artículo 8 de la Ley 100 de 1993 establece que el Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de las entidades públicas y privadas, las normas y los procedimientos que conforman los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1° del Decreto 1406 de 1999 define aportante de forma general como la persona que tiene la obligación directa, frente a la entidad administradora, de cumplir con el pago de los aportes correspondientes a uno o más de los servicios o riesgos que conforman el Sistema.

Así las cosas, al no limitar la definición a uno de los riesgos amparados por el Sistema de Seguridad Social Integral (pensiones, salud, riesgos laborales, etc.), el Gobierno Nacional no excedió su facultad reglamentaria.

3.3. Además, en esa misma sentencia se expusieron otros argumentos que, si bien no fueron expuestos al analizar la legalidad del artículo 1° del Decreto 1406 de 1999, pueden ser reiterados en el caso bajo examen como antecedente jurisprudencial.

En efecto, en esa ocasión también se solicitó la nulidad de las expresiones “los rentistas” y “los propietarios de las empresas” del artículo 2.1.4.1 numeral 1.4 del

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 11001-03-27-000-2017-00037-00 (23379). Sentencia del 1° de agosto de 2019. C.P.: Milton Chaves García.

Decreto 780 de 2016 porque, según el actor, esas personas no tienen la obligación legal de cotizar al régimen contributivo de salud, por lo que ese acto administrativo amplió los sujetos pasivos previstos por la ley.

La sentencia del 1° de agosto de 2019 negó la pretensión de nulidad de estas expresiones con base en los siguientes argumentos:

El literal b) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 establece que todos los habitantes de Colombia deben estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud por el pago de la cotización reglamentaria o por el subsidio que se financiera con recursos fiscales de solidaridad y de los ingresos propios de las entidades territoriales.

El literal a) del artículo 157 *ibídem* dispone que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Mientras que el literal b) del mismo artículo señala, de forma general, que pertenecen al régimen subsidiado las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

La Corte Constitucional, al analizar en conjunto estas normas en la Sentencia C-578 de 2009, precisó que debe hacerse una interpretación amplia de la expresión “*trabajador independiente*”, por lo que debe incluirse en esa categoría a los rentistas de capital como obligados a cotizar en cuanto personas activas económicamente.

Esta Sala afirmó que esta misma consideración aplica para los propietarios de empresas porque *“en virtud de los principios de universalidad y solidaridad, todos los habitantes de Colombia deben estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante el régimen contributivo, si tienen capacidad de pago, o el régimen subsidiado, si no la tienen”*⁴.

3.4. En este orden de ideas, el artículo 1° del Decreto 1406 de 1999 no viola las normas superiores, sino que se limita a precisar la ley al establecer que se consideran aportantes a los rentistas de capital y las demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.5. Se insiste en materia del riesgo que se trata – la salud – los principios consagrados en la Ley 100 imponen que todos los habitantes deben estar afiliados, atendiendo los principios que rigen el sistema, entre otros, el de universalidad, solidaridad y obligatoriedad – artículos 153 y 156.b –.

⁴ *Ibídem*.

3.6. En conclusión, también se negará la solicitud de suspensión provisional de la expresión acusada del artículo 1° del Decreto 1406 de 1999.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sala Unitaria,

RESUELVE

1. **Negar** la solicitud de suspensión provisional de la expresión *“los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleado”* contenida en el numeral primero del artículo 26 del Decreto 806 de 1996 (hoy derogado) y la expresión *“los rentistas de capital y demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del SGSSS”* contenida en el artículo 1° del Decreto 1406 de 1999 (hoy compilado parcialmente en el artículo 3.2.1.1 del Decreto 780 de 2016).

2. **Reconocer** al abogado Joaquín Elías Cano Vallejo como apoderado del Ministerio de Salud y Protección Social en los términos y para los fines contenidos en el poder que obra a folio 30 del cuaderno de medidas cautelares.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ