



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

Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Cartagena¹, 25 de agosto de 2016

S.S. 001

Radicado: 110010325000200800118 00
(Acumulados) 110010325000200900017 00
110010325000200800119 00
110010325000200900144 00
Número interno: 2651-2008
0413-2009
2652-2008
2123-2009
Actor: Diana Catalina García Álvarez y otros.

Demandado: Gobierno Nacional - Ministerio de la Protección Social-.

Acción de Nulidad Simple– Decreto 01 de 1984

La Sección conoce de la acción pública de nulidad promovida por los señores Diana Catalina García Álvarez, María Edilma Aristizabal, Paula Andrea Osorio García y Héctor Hernando Ibarra

¹ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sesionó en la ciudad de Cartagena.



Dueñas contra el artículo 2º del Decreto 2313 de 2006 expedido por el Presidente de la República y el Ministro de la Protección Social, por el cual se modificó el Decreto 3615 de 2005².

ANTECEDENTES

Los señores Diana Catalina García Álvarez, María Edilma Aristizabal, Paula Andrea Osorio García y Héctor Hernando Ibarra Dueñas, en ejercicio de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandaron de esta Corporación la nulidad del artículo 2º del Decreto 2313 del 12 de julio de 2006, *“por el cual se modifica el Decreto 3615 de 2005”* expedido por el Presidente de la República y el Ministro de la Protección Social³, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las conferidas por los artículos 48 y 189 ordinal 11 de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993 y el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994.

El tenor literal de la norma demandada es el siguiente:

“[...] Artículo 2º. Modifícase el artículo 5º del Decreto 3615 de 2005, el cual quedará así: [...]”

² “Por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral”.

³ El Ministerio de la Protección Social fue escindido por la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011, en el artículo 6º, aquel se transformó en el Ministerio del Trabajo y se creó el Ministerio de Salud.



‘Artículo 5°. *Afiliación colectiva en el Sistema General de Riesgos Profesionales. La afiliación colectiva al Sistema General de Riesgos Profesionales, solo podrá realizarse a través de las entidades, entendidas estas como las definidas en el numeral 2.1. del artículo 2° del presente decreto.*

La clasificación del riesgo del trabajador independiente se realizará de acuerdo con la actividad, arte, oficio, o profesión que desempeñe la persona. La administradora de riesgos profesionales ARP, verificará dicha clasificación.

Para estos efectos, la agremiación expedirá una certificación en la que conste los parámetros de tiempo, días, horarios, tareas y espacio a los cuales se limita el cubrimiento por el riesgo profesional, el cual no cubre las contingencias ocurridas en horarios adicionales que no estén previa y claramente definidos.

Cuando el trabajador independiente desarrolle una actividad, arte, oficio o profesión que implique una disponibilidad de 24 horas al día y 7 días a la semana, deberá existir contrato escrito que así lo determine. Copia de dicho contrato será exigido por la administradora de riesgos profesionales para realizar la afiliación.

Los agremiados que decidan afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales, lo harán a través de la agremiación a la administradora de riesgos profesionales seleccionada por esta. Es obligación de las ARP mantener actualizada la base de datos de trabajadores independientes afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales.

El reporte de accidente de trabajo y enfermedad profesional, lo realizará la agremiación, en el término de dos (2) días hábiles siguientes a la ocurrencia del accidente o al diagnóstico de la enfermedad.

Parágrafo. *Las administradoras de riesgos profesionales ARP, procederán a dar cobertura por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que se presenten existiendo afiliación*



y pago oportuno de la cotización; dicha cobertura no se otorgará después de dos (2) meses de mora en el pago de las cotizaciones, en relación con los hechos que se presenten después de este período de protección [...]".

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 13 y 38 de la Constitución Política; 1º, 2º, 6º, 8º, 15, 157, 204, 249 y 254 de la Ley 100 de 1993.

Como concepto de vulneración expuso que se infringieron los artículos 1º, 2º, 6º, 8º, 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, por medio de los cuales se establecieron los principios de la seguridad social, se definió quiénes son los afiliados al Sistema General de Pensiones y cuáles son los tipos de participantes del Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensión. Lo anterior por cuanto al impedir a los trabajadores independientes que se vinculen de manera colectiva al Sistema de Riesgos Profesionales a través de asociaciones, se les vulnera el derecho de acceso pleno al Sistema de Seguridad Social Integral y adicionalmente se desconoce el principio de integralidad del mismo, máxime si se tiene en cuenta que los Sistemas de Salud y Pensión sí permiten la afiliación de trabajadores independientes a través de asociaciones.

Indicó que la norma acusada dispuso que la afiliación colectiva al Sistema General de Riesgos Profesionales solamente podría realizarse a través de las entidades definidas en el numeral 2.1



del artículo 2º del mismo decreto, es decir, por medio de agremiaciones, y en consecuencia, excluyó a las asociaciones de dicha posibilidad.

A juicio de los demandantes la norma acusada, incurrió en los siguientes vicios:

Vulneración al derecho a la igualdad. Afirmaron que la norma acusada, otorgó un trato discriminatorio a las asociaciones frente a las agremiaciones, puesto que a estas últimas se les permitió afiliar a sus miembros a al Sistema de Riesgos Profesionales mientras que a las primeras no. En esa misma línea argumentativa señalaron que a las agremiaciones se les concedió un privilegio sin una justificación válida, con lo cual se desbordaron los límites de razonabilidad y proporcionalidad que deben observar las decisiones administrativas.

Vulneración al acceso pleno a la seguridad social integral de las asociaciones. La Ley 100 de 1993 y las normas que la modificaron y complementaron, reglaron la posibilidad de afiliación colectiva de trabajadores independientes por medio asociaciones al Sistema de General de Seguridad Social en Salud y Pensión, sin embargo el artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, le impidió a las mismas organizaciones vincular a sus afiliados al Sistema de Riesgos Profesionales, disposición que claramente restringió el derecho a la seguridad social en todos sus componentes.

Vulneración al derecho de libre asociación. En criterio de los actores, con la norma en cuestión se limitó el desarrollo de las actividades lícitas para las cuales las personas se asocian, lo que implicó que se les impidiera desplegar libremente la finalidad colectiva para la que fueron creadas.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La parte demandante solicitó la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, por considerar que infringe de manera manifiesta las disposiciones invocadas de la Ley 100 de 1993.

La Sección Segunda de esta Corporación a través de providencias de 12 de febrero de 2009⁴, 14 de mayo de 2009⁵, 19 de marzo de 2009⁶ y 28 de abril de 2010⁷ denegó el decreto de la medida, al considerar que no se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto no se expusieron los elementos de juicio que permitieran concluir la alegada trasgresión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

⁴ Expediente 2651-2008

⁵ Expediente 0413-2009

⁶ Expediente 2651-2008

⁷ Expediente 2123-2010



El apoderado del Ministerio de la Protección Social, solicitó que se deniegue la nulidad del artículo 2º del Decreto 2313 de 2006. Argumentó que el Gobierno Nacional recibió facultades del Decreto Ley 1295 de 1994 para reglamentar la afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes.

Frente a la vulneración del acceso pleno al Sistema de Seguridad Social Integral, adujo que no se vulneró el tal derecho previsto por la Ley 100 de 1993, puesto que el carácter colectivo de la afiliación es voluntario y el trabajador independiente conserva la posibilidad de afiliarse de manera individual al Sistema de Riesgos Profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2800 de 2003, cuando se trata de independientes contratistas, o en los términos del Decreto 3615 de 2005, si son independientes no contratistas.

La razón para restringir que la afiliación colectiva de trabajadores independientes a Riesgos Profesionales, solamente se realice a través de agremiaciones, consistió en el hecho de que las personas naturales que las conforman, desarrollan una misma actividad, profesión u oficio, lo cual permite que tanto la clasificación como el manejo del riesgo y el pago del aporte, sean determinables. En esos términos asimiló la agremiación a un empleador.

Manifestó que admitir la afiliación por medio de asociaciones, impediría el desarrollo de acciones de promoción y prevención



tendientes a mejorar las condiciones de los trabajadores independientes, programas que según indican las estadísticas, producen una disminución significativa en los accidentes de trabajo.

En relación con la vulneración del derecho a la igualdad, indicó que las agremiaciones y las asociaciones tienen naturaleza jurídica diferente y para que exista violación al derecho fundamental a la igualdad debe presentarse una discriminación entre iguales, frente a situaciones fácticas idénticas.

Adicionalmente expuso que los trabajadores independientes tienen un tratamiento distinto respecto de los Sistemas Generales de Salud y Pensiones y el Sistema de Riesgos Profesionales. En ese sentido, precisó que mientras en los Sistemas Generales de Salud y Pensiones el riesgo no va ligado a la actividad que desarrolla el trabajador independiente, en el de Riesgos Profesionales sí lo está; en consecuencia, existen razones de orden jurídico y técnico que permiten dar un tratamiento diferente en materia de afiliación colectiva de trabajadores independientes a riesgos profesionales.

Sobre el tercer cargo, sostuvo que la norma acusada no impide en modo alguno que se puedan constituir libremente agremiaciones o asociaciones para los fines que determinen sus creadores y si dentro de aquellos está el de afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral, pueden llevarlo a cabo con arreglo a las normas que regulan la materia.



En su criterio, no se vulnera el derecho de asociación, pues la afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral es un mecanismo de carácter voluntario que puede o no ser utilizado por el trabajador independiente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ministerio de la Protección Social

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Insistió en la oposición a la nulidad pretendida, por estimar, en síntesis, que la norma fue expedida en el ejercicio pleno de una competencia que por mandato legal le fue otorgada al Gobierno Nacional para promover la afiliación y ampliar la cobertura del Sistema de Riesgos Profesionales, y que no vulnera los derechos a la igualdad ni a la libre asociación.

Héctor Hernando Ibarra Dueñas (Rad. 2123-2009)

Intervino en esta oportunidad procesal para señalar que la norma acusada debe ser declarada nula, toda vez que limita la posibilidad de los trabajadores independientes para acceder al Sistema de Riesgos Profesionales. Al respecto explicó lo siguiente:

De acuerdo con el Decreto 2800 de 2003 para que un trabajador independiente pueda afiliarse directamente a una ARP⁸ debe

⁸ Actualmente ARL.



presentar un contrato de prestación de servicios; sin embargo, la mayor parte de los trabajadores independientes que desarrollan diferentes oficios y que están expuestos a los diversos riesgos inherentes a su actividad, no ejercen sus actividades a través de contratos de prestación de servicio, y en consecuencia, se ven privados del acceso al Sistema de Riesgos Profesionales.

Indicó que con el fin de permitir el ingreso al Sistema de los trabajadores independientes, el legislador en el Decreto 3615 de 2005 previó la afiliación de trabajadores independientes al sistema a través de asociaciones y agremiaciones, sin embargo, dicha posibilidad, se limitó con la expedición del decreto acusado, el cual sólo permitió la vinculación por medio de agremiaciones.

Agregó que actualmente, más de treinta mil trabajadores independientes vinculados a la seguridad social en los sistemas de Salud y Pensión a través de asociaciones, no pueden acceder al Sistema General de Riesgos Profesionales por cuenta del acto acusado.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación solicitó que se nieguen las súplicas de la demanda, al considerar en síntesis, que el acto acusado se profirió en atención a la especificidad ocupacional que caracteriza a las agremiaciones respecto de las asociaciones y al riesgo profesional que deben cubrir las Administradoras de Riesgos Profesionales.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Previo a abordar el estudio sobre el fondo del asunto, la Sección Segunda considera necesario precisar la vigencia de la disposición demandada (artículo 2º del Decreto 2313 de 2006), así como la posibilidad de que el juez de lo contencioso administrativo emita un pronunciamiento de fondo respecto de su legalidad, en los siguientes términos:

El artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dispone que los actos administrativos son obligatorios siempre que no se hubieren anulado o suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La aludida norma también indica los eventos en los cuales pierden su fuerza ejecutoria⁹, dentro de los cuales se incluye “[...] Cuando desaparezcan los fundamentos de hecho o de derecho [...]”.

Esta norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del referido artículo 66 y particularmente, respecto de la causal que se acaba de mencionar, precisó¹⁰ que un acto administrativo decae cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen. Así, cuando se declara la inexequibilidad o la nulidad de la norma en la

⁹ Sobre el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, prevé: “Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-069 de 1995.

cual se funda el acto administrativo este pierde fuerza ejecutoria, pues ello hace que no pueda seguir produciendo efectos hacia el futuro, en razón a que desapareció su fundamento legal o su objeto.

Ahora bien, cuando opera el decaimiento de los actos administrativos por la causal en mención, el Consejo de Estado ha sostenido¹¹ que aquella situación no vicia de nulidad el acto, ni impide que sea demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues sigue amparado por la presunción de legalidad, “[...] su enjuiciamiento debe efectuarse con base en los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición; máxime si se considera que sólo el fallo de nulidad, al producir efectos *ex tunc*, desvirtúa la presunción de legalidad que los acompañó mientras produjeron efectos. [...]”¹²

1.1. Vigencia del acto demandado

En virtud de la facultad contenida en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1295 de 22 de junio de 1994, por el cual determinó la organización y

¹¹ Sobre el particular ver las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 1 de agosto de 1991, Rad. 949, C.P. Miguel González Rodríguez, y de la Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051), Actor: Municipio de Puerto Boyacá, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; sentencias del 10 de marzo de 2011, exp. 13857 C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Sección Tercera; 10 de mayo de 2012 exp. 00353-01 C.P. María Claudia Rojas Lasso, Sección Primera; 12 de octubre de 2006, exp. 14438 C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, Sección Cuarta; 3 de agosto de 2000, exp. 5722, C.P. Olga Inés Navarrete, Sección Primera y del 3 de febrero de 2010, exp. 19526, C.P. Ruth Stella Correa, Sección Tercera.

¹² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de marzo de 2011, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00380-01, Actor: Álvaro Restrepo Valencia, C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. En el artículo 13 definió quiénes son afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales y los clasificó en (i) forma obligatoria y (ii) forma voluntaria, así:

“Artículo 13. Afiliados. Son afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales:

a) En forma obligatoria:

[...]

b) En forma voluntaria: Los trabajadores independientes, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.”

En desarrollo parcial del literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, se expidió el Decreto 3615 de 10 de octubre de 2005¹³ que reglamentó la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral, que más tarde fue modificado por el Decreto 2313 de 12 de julio de 2006¹⁴, que es objeto de la presente sentencia, en lo que respecta a la nulidad de su artículo 2º.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-858 de 18 de octubre de 2006¹⁵ declaró inexecutable los artículos 9¹⁶,

¹³ “Por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.”

¹⁴ “Por el cual se modifica el Decreto 3615 de 2005.

¹⁵ Corregida por Auto 051 del 21 de febrero de 2007.

¹⁶ **Artículo 9o.** Accidente de Trabajo.

Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

10¹⁷ y 13 literal b) en la expresión "*En forma voluntaria*" del Decreto Ley 1295 de 1994. En síntesis, consideró aquella Corporación que la definición de accidentes de trabajo y de las formas de afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales es un aspecto sustancial y de suma relevancia para el ejercicio de los derechos, cuya facultad de regulación normativa no fue concedida al Presidente por la Ley 100 de 1993, sin embargo, difirió los efectos de su decisión hasta el 20 de junio de 2007, con el fin de que el Congreso de la República expidiera una ley que se ocupara de regular los apartes declarados inexecutable en el artículo primero de esa decisión.

Solo hasta el año 2012, el Congreso de la República por medio de la Ley 1562 del 11 de julio de esa anualidad, modificó el Decreto Ley 1295 de 1994 en materia de Sistema de Riesgos Laborales y en el artículo 2º definió quiénes son afiliados obligatorios y en forma voluntaria. La aludida ley se reglamentó parcialmente por el Decreto 723 de 15 de abril de 2013¹⁸, en lo relativo a las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

¹⁷ **Artículo 10.** Excepciones.

No se consideran accidentes de trabajo:

a) El que se produzca por la ejecución de actividades diferentes para las que fue contratado el trabajador, tales como labores recreativas, deportivas o culturales, incluidas las previstas en el artículo 21 de la ley 50 de 1990, así se produzcan durante la jornada laboral, a menos que actúe por cuenta o en representación del empleador.

b) El sufrido por el trabajador, fuera de la empresa, durante los permisos remunerados o sin remuneración, así se trate de permisos sindicales.

¹⁸ "Por el cual se reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo y se dictan otras disposiciones".



servicios y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo, con lo cual derogó el Decreto 2800 de 2003, pero no en lo que respecta a la afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales de los trabajadores independientes de manera colectiva.

Se observa entonces que se cumplió el término fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-858 de 2006, sin que el Legislador hubiera expedido la ley en la que definiera, entre otros aspectos, las clases de afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales o Laborales, situación que lleva al interrogante sobre qué efectos produjo la inexecutable diferida en el artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, que a su turno, reglamentó el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994.

Nótese que a juicio de la Corte Constitucional la definición de accidente de trabajo y la expresión *de “forma voluntaria”*, no podían ser reguladas por el Decreto Ley 1295 de 1994, al considerar que la ley habilitante para su expedición no le permitía definir los conceptos de accidente de trabajo y la distinción entre las formas de afiliación.

No obstante lo anterior, y a pesar de la inexecutable declarada, la posibilidad de afiliación al sistema de los trabajadores independientes subsistió, pues esa parte del literal b) analizado en la sentencia C-858 de 2006 no fue excluida del ordenamiento jurídico, por cuanto el razonamiento de inconstitucionalidad estuvo dirigido a *“el establecimiento de distinciones entre formas de*

afiliación”, mas no al hecho de que se permitiera la afiliación de trabajadores independientes, situación que lleva a deducir que la posibilidad de reglamentar este aspecto se conservó y que en consecuencia, no operó la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto demandado, esto es, del Decreto 2313 de 2006 y particularmente de su artículo 2º.

Conclusión: El artículo demandado se encuentra vigente pues respecto de aquel no operó la pérdida de fuerza de ejecutoria con ocasión de la sentencia C-858 de 2006 que declaró la inexecutable parcial de la norma que le sirvió de fundamento, porque el aparte reglamentado referido a la posibilidad de afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales de los trabajadores independientes no fue retirado del ordenamiento y por ende, mantiene su carácter ejecutivo, además, es susceptible de enjuiciamiento ante esta jurisdicción con el fin de que se determine si se ajusta a los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición.

2. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

i) ¿El artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, al permitir la afiliación colectiva al Sistema General de Riesgos Profesionales de los trabajadores independientes, únicamente a través de agremiaciones y excluir a las asociaciones de la misma



posibilidad, vulnera el derecho a la igualdad de las primeras y el acceso pleno al Sistema Integral de Seguridad Social?

ii) ¿La disposición demandada al no permitir que la afiliación colectiva al Sistema General de Riesgos Profesionales se realice por medio de asociaciones, vulnera el artículo 38 de la Constitución Política que regula el derecho de libre asociación?

Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sección analizará los siguientes temas: i) ejercicio de la potestad reglamentaria y sus límites; ii) derecho a la igualdad y personas jurídicas; iii) afiliaciones colectivas al Sistema de Seguridad Social Integral; iv) test de igualdad en el caso concreto.

Límites de la potestad reglamentaria

Los demandantes expresaron que el artículo 2º del Decreto 2313 de 12 de julio de 2006 se expidió con vulneración de las normas en las que debió fundarse, especialmente los artículos 1º, 2º, 6º, 8º, 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual es necesario hacer referencia a los límites de la potestad reglamentaria.

El artículo 189, ordinal 11, de la Constitución Política dispone que le corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la ejecución de las leyes.

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional¹⁹ como del Consejo de Estado, se ha referido al ejercicio debido y a los límites de dicha atribución. Al respecto esta Sección señaló que la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.²⁰

Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla, ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador.

Igualmente es importante precisar que no todas las leyes son susceptibles de ser reglamentadas. Para el efecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-1005 de 2008 y C-302 de 1999.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2010, Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado, C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

1. Existen materias cuya regulación está reservada a la ley, caso en el cual, al legislador le corresponde desarrollarla de manera exclusiva.
2. Las leyes que deban ser ejecutadas por la administración no pueden ser objeto de regulación.
3. Cuando la ley ha sido formulada de manera tan detallada y los temas en ella contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que en principio, no necesitaría de reglamentación.

De otra parte, es importante señalar que a pesar de que en la acción de simple nulidad se ejerce el control de legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que de encontrar que el reglamento no se ajusta a los preceptos constitucionales, el de igualdad por ejemplo, aunque en apariencia se ajuste a la que le sirve de fundamento, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta que el ejercicio de la potestad reglamentaria no sólo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política²¹, así como a los fines del Estado Social de Derecho²², a los cuales no puede ser ajeno en el ejercicio de sus funciones.

Primer problema jurídico

¿El artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, al permitir la afiliación colectiva al Sistema General de Riesgos Profesionales de los

²¹ Artículo 6º de la Constitución Política.

²² Artículo 2º Ibidem.

trabajadores independientes, únicamente a través de agremiaciones y excluir a las asociaciones de la misma posibilidad, vulnera el derecho a la igualdad de las primeras frente al acceso pleno al Sistema Integral de Seguridad Social?

- Derecho a la igualdad y personas jurídicas

El artículo 13²³ de la Constitución Política regula la igualdad frente a la ley y el derecho que tienen las personas a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ser discriminadas por razón de características tales como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras. Además en criterio de la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de no discriminación, la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable, o que no tengan una relación de proporcionalidad “[...] *entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue.* [...]”²⁴.

²³ “**ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutierrez.

Sobre este punto la Sala estima pertinentes las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵, para la interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación, así:

“[...] Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado²⁶ que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico²⁷.

1. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto²⁸. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones

²⁵ Por medio de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972 el Congreso de la República aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

²⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota ¡Error! Marcador no definido., párr. 55.

²⁷ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota ¡Error! Marcador no definido., párr. 269.

²⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 27, párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota ¡Error! Marcador no definido., párr. 271.

*y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias*²⁹.

2. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación”. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial³⁰ y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³¹, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “Comité de Derechos Humanos”) ha definido la discriminación como:

*Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*³².

²⁹ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 27, párr. 104; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido.**, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

³⁰ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: “En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

³¹ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

³² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, *supra* nota 87, párr. 6.

3. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”⁸³. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana³⁴. [...]”³⁵
(Negrillas de la Sala)

Ahora bien, con el fin de evaluar la afectación de dicho principio por normas incluidas en el ordenamiento jurídico, es necesario hacer un estudio de las situaciones frente a las cuales se plantea la existencia de un trato diferente, para lo cual la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales como el *test de igualdad*³⁶, que permite establecer si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, proceso que se surte en las siguientes etapas:

³³ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido.**, párrs. 53 y 54 y *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

³⁴ *Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de los Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y *Caso Barbani Duarte y otros, supra* nota 91, párr. 174.

³⁵ *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

³⁶ Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

“[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. [...]”³⁷

En relación con las personas jurídicas y el derecho a la igualdad, el Código Civil regula en el artículo 633 que persona jurídica es *“[...] una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.[...]”*.

Con respecto a esa posibilidad de ejercer derechos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la titularidad de ciertos derechos fundamentales, así como de ejercer los mecanismos jurídicos para lograr su efectividad, es así como en la sentencia SU-182 de 1998³⁸, hizo una enunciación de algunos de aquellos derechos dentro de los cuales incluyó el de la igualdad y señaló, que estos derechos les asisten por cuanto están ligados a su existencia, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas como consecuencia de la vulneración de los de aquellos entes en los que tienen interés directo o indirecto.

³⁷ Sentencia C-015 de 2014.

Así las cosas, la igualdad es un derecho fundamental de las personas jurídicas y como consecuencia de ello deben recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades del Estado, las cuales no pueden fijar condiciones distintas para algunas de ellas, sin una finalidad constitucionalmente importante que lo justifique³⁹.

- **Afiliaciones colectivas al Sistema de Seguridad Social Integral.**

El artículo 48 de la Constitución Política determina que la seguridad social es un derecho irrenunciable para todos los habitantes y lo define como un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Posteriormente, la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 “*por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, dispuso que el sistema estaría conformado⁴⁰ por los regímenes generales vigentes para pensiones, salud, riesgos profesionales⁴¹, así como los servicios sociales complementarios allí definidos. Dicha norma, desde el preámbulo, busca lograr la cobertura integral de las contingencias que se puedan presentar en salud y en la capacidad económica de sus

³⁹ Sentencia C-1047 de 2001, Corte Constitucional.

⁴⁰ Artículo 8º de la Ley 100 de 1993.

⁴¹ Hoy riesgos laborales en virtud de la Ley 1562 de 2012.



destinatarios, con el objeto de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

En el artículo 2º de la mencionada ley se consagraron la eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación como los principios que enmarcan la prestación del servicio público esencial de seguridad social. En lo que respecta a la integralidad, esta se definió como la *“[...] cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población [...]”*. Por su parte, el artículo 3º, ibídem, señaló que el servicio se prestará por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población.

A su turno, los artículos 6 y 8 fijaron los objetivos de garantía de prestación de los servicios de seguridad social y cobertura, y la conformación del sistema en los términos ya precisados.

El artículo 15, ejusdem, posteriormente modificado por la Ley 797 de 2003, indicó que serían afiliados al Sistema General de Pensiones, así:

- En forma obligatoria: las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, servidores públicos, personas naturales vinculadas por contratos de prestación de servicios, trabajadores independientes y beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, y,



- En forma voluntaria: quienes no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por dicha ley, además los extranjeros que permanezcan en el país, en virtud de un contrato de trabajo y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

El mismo artículo 15 de la Ley 100 de 1993, al regular quiénes son afiliados al Sistema General de Pensiones, previó en el párrafo: “[...] *Las personas a que se refiere el presente artículo podrán afiliarse al régimen por intermedio de sus agremiaciones o asociaciones, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto se expida dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de esta ley [...]*”

Por su parte el artículo 157 de la misma norma, estableció quiénes participarían en el Sistema de Seguridad Social en Salud y señaló que unos lo harían en condición de afiliados y otros de vinculados. En cuanto a los primeros, podrían estar en el régimen contributivo 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 los segundos, son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, con especial atención a la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana.

Se previó igualmente que esta afiliación puede ser individual o colectiva. En este último caso es voluntaria y se surte a través de las empresas, las agremiaciones o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expida. También dispuso la posibilidad de establecer alianzas o asociaciones de usuarios, promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional para fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En sus párrafos 2º y 3º, determinó lo siguiente:

***“[...] PARÁGRAFO 2o.** La afiliación podrá ser individual o colectiva, a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expida. El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre Entidades Promotoras de Salud.*

***PARÁGRAFO 3o.** Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estas agrupaciones de usuarios podrán tener como referencia empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, y podrán cobrar una cuota de afiliación.[...]*⁴²

El artículo 204, ibídem, indica el porcentaje de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social y cómo será su distribución. En

⁴² PARÁGRAFO 4o. Derogado por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.



cuanto a los trabajadores independientes determina lo siguiente:
“[...] Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.[...]”

Los artículos 249 y 254, ibídem, también invocados como quebrantados, se refieren básicamente a dos cosas: (i) Las pensiones de invalidez originadas en accidente de trabajo o enfermedad profesional seguirían rigiéndose por las normas bajo las cuales se consolidaron, con excepción del sistema de calificación del estado de invalidez y las pensiones de invalidez previstas por la misma Ley 100 de 1993. (ii) Precisó las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud que se requiera en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Ciertamente, las normas de la Ley 100 de 1993 admitieron la afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral de acuerdo con la reglamentación que se expida, pero no condicionaron o restringieron el tipo de colectividad a través de la cual se podía acceder al Sistema de Seguridad Social en sus distintos componentes. Es así, como el artículo 15 que reguló la afiliación en pensión autoriza que esta puede hacerse por intermedio de *agremiaciones o asociaciones*, mientras que el artículo 157 en materia de salud, dispone que la vinculación colectiva es viable a través de *las empresas, las agremiaciones, o*



por asentamientos geográficos. Nótese que en este último caso ni siquiera hace mención a las asociaciones, aunque más adelante admite la conformación de *asociaciones de usuarios* para promover la participación de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En lo que respecta al Sistema General de Riesgos Profesionales, es importante precisar que la Ley 100 de 1993 no reguló de manera expresa la forma en que debían realizarse las afiliaciones al Sistema. En efecto, el artículo 139 de la misma ley revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de 6 meses, con la finalidad de dictar las normas necesarias para organizar la administración de dicho sistema, definido como el “[...]conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan [...]”, y anotó que las cotizaciones para dicho régimen estarían a cargo del empleador.

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1295 de 22 de junio de 1994, por el cual determinó la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. En el artículo 13 definió quiénes son afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales y los clasificó en forma obligatoria y en forma voluntaria. Además, precisó que los trabajadores independientes lo serían en forma voluntaria, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

En desarrollo parcial del literal b) del artículo 13 del Decreto 1295 de 1994, se expidió el Decreto 2800 de 2003⁴³, cuyas previsiones serían aplicables a los trabajadores independientes que realizaran contratos de carácter civil, comercial o administrativo con personas naturales o jurídicas y que además, cumplieran unos requisitos tales como la realización personal por su cuenta y riesgo de la labor contratada, la indicación específica de la actividad y el lugar de trabajo donde van a desarrollar las funciones y la determinación del valor de la remuneración por los servicios prestados y el tiempo o período de la labor ejecutada.

Posteriormente, el Decreto 3615 de 10 de octubre de 2005⁴⁴ reglamentó la afiliación colectiva de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral. En el artículo 5º de dicha norma, se reguló que la afiliación podría realizarse a través de agremiaciones o asociaciones y condicionó al trabajador independiente que quisiera afiliarse voluntariamente al Sistema General de Riesgos Profesionales, a que previamente lo hiciera a los Sistemas de Salud y Pensiones. Este decreto definió las asociaciones y agremiaciones en los siguientes términos: (Art. 2º)

[...]

2.1 Agremiación: *Persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, que agrupa personas naturales con la misma profesión u oficio o que desarrollan una misma actividad económica, siempre*

⁴³ “Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994”.

⁴⁴ “Por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral”.

que estas tengan la calidad de trabajadores independientes, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente decreto.

2.2 Asociación: *Persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, que agrupa de manera voluntaria a personas naturales con una finalidad común, siempre que estas tengan la calidad de trabajadores independientes, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente decreto.
[...]"*

Ahora bien, el Decreto 2313 de 12 de julio de 2006⁴⁵, modificó el Decreto 3615 de 2005, y en lo relativo a la afiliación colectiva al Sistema General de Riesgos Profesionales estableció que solamente podría realizarse a través de las entidades definidas en el numeral 2.1 del artículo 2º, es decir, de las agremiaciones, con lo cual se eliminó la posibilidad de hacerlo mediante asociaciones, que es precisamente lo que se discute en el presente asunto.

Se observa entonces que la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994 admitieron para los trabajadores independientes la posibilidad de que se afilien colectivamente al Sistema General de Seguridad Social Integral y especialmente al Sistema de Riesgos Profesionales, sin limitar dicha vinculación a que se realizara a través de determinado tipo de colectividad, lo que sí hizo el Decreto 2313 de 2006 al modificar el Decreto 3615 de 2005.

Análisis del caso concreto

⁴⁵ "Por el cual se modifica el Decreto 3615 de 2005".



Como se dijo, en el presente asunto el artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, determinó que las afiliaciones colectivas al Sistema de Riesgos Profesionales de trabajadores independientes, solamente podrían realizarse a través de las agremiaciones y eliminó la posibilidad de que la aludida afiliación se efectuara por medio de las asociaciones, como se permitía en el Decreto 3615 de 2005.

La anterior limitación evidencia un trato diverso entre personas de la misma categoría. En efecto, se presenta un patrón de igualdad o *tertium comparationis*, toda vez que tanto las agremiaciones como las asociaciones son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, conformadas por personas naturales que se desempeñan como trabajadores independientes, pero mientras unas tienen la misma profesión u oficio o desarrollan una misma actividad económica (agremiación), las otras se agrupan con una finalidad común.

Para determinar si la justificación del trato diferente que contiene el artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, entre agremiaciones y asociaciones es razonable y proporcional a la finalidad de la norma, es necesario analizar la justificación que al respecto esgrimió el Ministerio de la Protección Social, consistente en señalar que las personas naturales que conforman las agremiaciones desarrollan una misma actividad, profesión u oficio, lo cual permite que tanto la clasificación como el manejo del riesgo y el pago del aporte, sean determinables, de manera que se asimiló la agremiación a un empleador, situación que no ocurre con las asociaciones. Igualmente adujo que dicha diferencia en



nada afecta la vinculación al sistema de los trabajadores independientes.

En ese sentido y a fin de validar los argumentos justificativos expuestos por la entidad demandada, la Sala estudiará las posibilidades de afiliación de los trabajadores independientes y los criterios para determinar el riesgo y el pago del aporte.

a) ¿Cuáles son las posibilidades de afiliación de los independientes?

Cuando fue expedido el Decreto 2313 de 2006, la afiliación individual de los trabajadores independientes se regulaba por el Decreto 2800 de 2003⁴⁶, cuyo campo de aplicación se limitó a aquellos que realizaran contratos de carácter civil, comercial o administrativo con personas naturales o jurídicas, a través del contratante. Pero cuando no eran contratistas, esta clase de trabajadores tenían la posibilidad de optar por la vinculación de manera colectiva, en los términos del Decreto 3615 de 2005, es decir, solamente pueden hacerlo a través de una agremiación.

En consecuencia, el trabajador independiente que no esté vinculado por un contrato, no tiene más alternativa que afiliarse a través de una agremiación al Sistema de Seguridad Social Integral, pues si es miembro de una asociación, solamente podrá hacerlo a salud y pensiones, pero no a riesgos profesionales.

⁴⁶ Este decreto se encontraba vigente para el momento de expedición de la norma acusada pero posteriormente fue Derogado por el Decreto 723 de 2013.



En ese orden, para tener acceso a todos los componentes de la seguridad social, el trabajador independiente sin vinculación contractual está obligado a pertenecer a una agremiación, habida cuenta de que a través de una asociación no puede afiliarse al Sistema de Riesgos Profesionales.

b) ¿Cuál es el criterio para determinar el riesgo y el pago del aporte?

La clasificación del riesgo dentro del Sistema de Riesgos Profesionales, de acuerdo con el Decreto Ley 1295 de 1994 puede ser mínimo, bajo, medio, alto o máximo (art. 26) y se determina por el empleador y la entidad administradora de riesgos profesionales al momento de realizar la afiliación. Además, las empresas se clasificarán por las actividades que desempeñen (art. 24); si tienen más de un centro de trabajo, pueden considerar diferentes tipos de riesgo para cada uno de manera separada (art. 25).

En desarrollo de lo anterior, el Decreto 2100 de 29 de noviembre de 1995 adoptó la tabla de clasificación de actividades económicas para el Sistema de Riesgos Profesionales, que fue derogado por el Decreto 1607 de 31 de julio de 2002.

Ahora bien, sobre este mismo tema, pero cuando la afiliación sea colectiva, el artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, en el inciso 2º, indica que se tiene en cuenta para efectos de determinar el riesgo, “[...] la actividad, arte, oficio, o profesión que desempeñe



la persona [...]” y que “[...] La administradora de riesgos profesionales ARP, verificará dicha clasificación [...]”.

Por otra parte, la cotización al Sistema se estima con base en lo previsto por el artículo 15 del Decreto Ley 1295 de 1994, que prevé que las tarifas para cada empresa no son definitivas y se fijan de acuerdo con: *“[...] La actividad económica; b) Índice de lesiones incapacitantes de cada empresa; y, c) El cumplimiento de las políticas y la ejecución de los programas sobre salud ocupacional, determinados por la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente, de conformidad con los reglamentos expedidos para tal fin por el Gobierno Nacional [...]”.*

De lo anterior se desprende lo siguiente: i) el riesgo se establece de acuerdo con la actividad de la empresa, pero con la posibilidad de que se definan distintos tipos de aquel dentro una misma organización; ii) cuando la afiliación es colectiva, la clasificación del riesgo se hace de manera individual; y iii) el valor de la cotización puede variar de acuerdo con: la actividad económica, el índice de lesiones incapacitantes de cada empresa; el cumplimiento de las políticas y la ejecución de los programas sobre salud ocupacional.

De conformidad con lo anterior, se concluye que la actividad económica no es el único criterio para la fijación del riesgo y de la tarifa que se debe pagar por afiliado.



Adicionalmente, en cuanto a la asimilación de la agremiación a un empleador para los efectos de establecer los aspectos analizados, adviértase que cuando el empleador es una empresa, entendida en los términos del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, que textualmente prescribe “[...] Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio[...],” no se exige que todas las personas que prestan sus servicios en determinada organización desarrollen la misma profesión, oficio o actividad económica, pues obviamente se hace una distribución de tareas, deberes y responsabilidades, sin que ello deba afectar el acceso al Sistema de Seguridad Social Integral.

En ese orden de ideas, no es razonable, ni proporcional la justificación para disponer un trato distinto a las “asociaciones” comparada con las “agremiaciones” para efectos de la afiliación colectiva al Sistema de Riesgos Profesionales, motivo por el cual, es discriminatoria y debe ser excluida del ordenamiento jurídico, pues les impide a los miembros de las “asociaciones” el acceso pleno al Sistema de Seguridad Social Integral, al imposibilitar la afiliación a uno de sus componentes como es el Sistema de Riesgos Profesionales.

Conclusión: El artículo 2º del Decreto 2313 de 2006 acusado, en cuanto excluye a las asociaciones para efectos de que se surta dicha vinculación, vulnera el derecho a la igualdad y limita el acceso al Sistema de Seguridad Social Integral de los



trabajadores independientes, en consecuencia debe ser declarado nulo.

Al establecerse que se configura el cargo de vulneración del derecho a la igualdad propuesto, la Sección Segunda considera innecesario pronunciarse sobre la vulneración del derecho a la libre asociación, pues la prosperidad del cargo de violación al derecho a la igualdad y al acceso pleno al Sistema de Seguridad Social Integral, son suficientes para declarar la nulidad deprecada.

Decisión: Al concluirse que el acto acusado vulneró normas constitucionales y sin necesidad de mayores consideraciones, la Sección Segunda del Consejo de Estado declarará la nulidad parcial de los apartes subrayados, los cuales se encuentran contenidos en el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, en cuanto dispone “[...] *La afiliación colectiva al Sistema General de Riesgos Profesionales, solo podrá realizarse a través de las entidades, entendidas estas como las definidas en el numeral 2.1. del artículo 2º del presente decreto [...]*”.

En atención a las consideraciones precitadas, las Administradoras de Riesgos Profesionales (hoy laborales –ARL-) no podrán negar la afiliación colectiva de trabajadores independientes de los que trata el Decreto 2313 de 2006 al Sistema General de Riesgos a través de asociaciones.



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

Primero: Declarar la nulidad parcial de los apartes subrayados, los cuales se encuentran contenidos en el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 2313 de 2006, en cuanto dispone “*[...] La afiliación colectiva al Sistema General de Riesgos Profesionales, solo podrá realizarse a través de las entidades, entendidas estas como las definidas en el numeral 2.1. del artículo 2º del presente decreto [...]*”.

De conformidad con lo anterior, las Administradoras de Riesgos Profesionales (hoy laborales –ARL-) no podrán negar la afiliación colectiva de trabajadores independientes de los que trata el Decreto 2313 de 2006 al Sistema General de Riesgos a través de asociaciones.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO