



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

**Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá D. C., 07 de diciembre de 2016

**SS 005**

**Radicado:** 110010327000200700024 00 (0587-2009)

**Actor:** Nelson Enrique Daza Ladino

**Demandado:** Nación, Ministerio de la Protección Social y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

**Acción Pública:** Nulidad parcial de los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2800 del 2 de octubre de 2003 «Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994»

Trámite en vigencia del Decreto 01 de 1984.

**ASUNTO**

La Sección decide la acción pública de nulidad promovida por el señor Nelson Enrique Daza Ladino en contra de algunas expresiones contenidas en los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2800 del 2 de octubre de 2003, expedido por el Gobierno Nacional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El acto fue suscrito por el presidente de la República, y los ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

## ANTECEDENTES

El señor Nelson Enrique Daza Ladino, en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó de esta corporación la nulidad parcial de los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2800 del 2 de octubre de 2003, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual reglamentó parcialmente el Decreto Ley 1295 de 22 de junio de 1994<sup>2</sup>, en relación con la afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales<sup>3</sup> de los trabajadores independientes que suscriban contratos de carácter civil, comercial o administrativo con personas naturales o jurídicas.

El tenor literal de las normas demandadas es el que se subraya a continuación:

**Artículo 3º. Afiliación.** La afiliación de los trabajadores independientes al Sistema General de Riesgos Profesionales se hará a través del contratante, en las mismas condiciones y términos establecidos en el Decreto-ley 1295 de 1994, mediante el diligenciamiento del formulario que contenga los datos especiales que para tal fin determine la Superintendencia Bancaria, en el cual se deberá precisar las actividades que ejecutará el contratista, el lugar en el cual se desarrollarán, la clase de riesgo que corresponde a las labores ejecutadas y la clase de riesgo correspondiente a la empresa o centro de trabajo, así como el horario en el cual deberán ejecutarse. La información anterior es necesaria para la determinación del riesgo y definición del origen de las contingencias que se lleguen a presentar.

El trabajador independiente deberá manifestar por escrito en el texto del contrato y en las prórrogas del mismo, la intención de afiliarse o no al Sistema General de Riesgos Profesionales. Si el contrato consta por escrito, se allegará copia del mismo a la Administradora de Riesgos Profesionales adjuntando para ello el formulario antes mencionado; si el contrato no consta por escrito, la citada manifestación respecto de la voluntad de afiliarse deberá constar directamente en el citado formulario.

---

<sup>2</sup> Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.

<sup>3</sup> Hoy Sistema de Riesgos Laborales por disposición de la Ley 1562 del 11 de julio de 2012.

El contratante que celebre con un trabajador independiente contratos de carácter civil, comercial o administrativo, una vez el trabajador le manifieste su intención de afiliarse al Sistema, deberá afiliarlo a su Administradora de Riesgos Profesionales, dentro de los dos (2) días siguientes a la celebración del respectivo contrato. La cobertura del Sistema se inicia desde el día calendario siguiente al de la afiliación.

**Parágrafo 1°.** El trabajador independiente que desee afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales deberá estar previamente afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y de Pensiones, en el siguiente orden: Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales.

**Parágrafo 2°.** La afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales no configura ni desvirtúa posibles relaciones laborales.

**Artículo 4°.** *Afiliación cuando existen contratos simultáneos.* Cuando el trabajador independiente celebre o realice simultáneamente varios contratos civiles, comerciales o administrativos y desee afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales, deberá hacerlo por la totalidad de los contratos.

En consecuencia, deberá afiliarse a cada una de las Administradoras de Riesgos Profesionales a las que se encuentren afiliados los diferentes contratantes con los que hubiere celebrado los contratos civiles, comerciales o administrativos a los que se refiere este decreto, dejando constancia de dicha afiliación en los respectivos contratos.

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 13, 48, 189-11 y 333 de la Constitución Política.

El accionante expuso como concepto de vulneración que los apartes demandados excedieron la potestad reglamentaria porque la obligación para el contratante de realizar la afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales de los trabajadores independientes, en el evento en que estos deseen afiliarse, no fue establecida por la ley. En ese sentido, precisó que no existe obligación legal de los contratantes de afiliarse al Sistema General de

Riesgos Profesionales a los trabajadores independientes, toda vez que dicha obligación está prevista únicamente para los empleadores respecto de sus trabajadores (Artículo 4.º literal d. del Decreto Ley 1295 de 1994).

Adicionalmente, consideró que la medida resulta desproporcionada, en atención a que si el contratante omite realizar la afiliación debe asumir la responsabilidad en las prestaciones que el sistema otorga, aspecto que no fue contemplado por la ley que desarrolla.

Así mismo, en criterio del demandante los apartes acusados desconocen el **derecho a la igualdad** al señalar que la afiliación del trabajador independiente al Sistema General de Riesgos Profesionales está a cargo del contratante, en atención a que las normas parcialmente demandadas otorgan el mismo tratamiento a personas que se encuentran en situaciones fácticas diferentes, esto es, asemeja a los trabajadores independientes con los dependientes, medida que, además de no perseguir ninguna finalidad constitucionalmente válida, resulta discriminatoria y desproporcionada.

Igualmente, estimó que las disposiciones acusadas vulneran el **derecho al acceso a la seguridad social** de los trabajadores independientes, porque les restringe el ingreso al Sistema General de Riesgos Profesionales, dado que, en su criterio, la norma genera para los empresarios un incentivo de contratar con quienes no deseen vincularse al sistema, en consideración a que el trámite de afiliación demanda gastos administrativos. Adicionalmente por cuanto si el contratante incumple con la afiliación del trabajador independiente que desea vincularse al sistema, tendría la obligación de suministrar las prestaciones que ofrecen las ARP<sup>4</sup>, de manera que es más cómodo para el contratante elegir a quien no desee afiliarse.

También manifestó que se les transgrede el **derecho a la libertad de empresa**, dado que, al impedirles elegir la ARP con la cual acordarán el cubrimiento de los riesgos profesionales derivados de la ejecución de sus contratos, se les restringe la autonomía privada y la libertad económica a los trabajadores independientes, concepto que comprende la libertad para elegir con quién contratar.

---

<sup>4</sup> Aseguradora de Riesgos Profesionales, hoy Aseguradora de Riesgos Laborales, ARL, por disposición de la Ley 1562 del 11 de julio de 2012.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### Ministerio de la Protección Social (ff. 47 a 56)

La apoderada del Ministerio de la Protección Social se opuso a la nulidad de los artículos parcialmente demandados, para lo cual explicó que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2800 de 2003 con el fin de reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes que voluntariamente deseen afiliarse al Sistema de Riesgos Profesionales, de que trata el literal b) del artículo 3.º del Decreto Ley 1295 de 1994.

Seguidamente señaló que el Consejo Nacional de Riesgos Profesionales, que es el organismo de dirección del sistema en el Ministerio de la Protección Social, rindió concepto previo<sup>5</sup> favorable sobre la afiliación de los trabajadores independientes a través de la empresa contratante por facilidad, orden, organización y costos financieros.

En esa misma línea argumentativa, adujo que es necesario implementar mecanismos de control para el acceso al sistema que permitan hacer debidamente los reportes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Lo anterior, a fin de evitar un caos financiero, como quiera que las prestaciones económicas y asistenciales del Sistema de Riesgos Profesionales son más beneficiosas que las del régimen común, y por tal razón los trabajadores siempre pretenden que sus afecciones tengan origen profesional.

Igualmente, expuso que no se vulnera el acceso a la seguridad social de los trabajadores independientes, puesto que no es cierto que se genere un incentivo para los empresarios de contratar con personas que no deseen afiliarse al sistema y anotó que tal afirmación es una mera suposición del actor.

Respecto de la alegada vulneración del derecho a la igualdad, refutó que el hecho de otorgarle, en materia de riesgos, los mismos derechos a los trabajadores dependientes y a los independientes sea inconstitucional, por el

---

<sup>5</sup> Del 6 de septiembre de 2001.

contrario, adujo que se ajusta al espíritu de la Carta Política el hecho de velar por la salud y la vida de estos últimos.

Por otra parte, agregó que tampoco se vulnera la libertad de empresa del contratista independiente al impedirle escoger la Administradora de Riesgos Profesionales que cubrirá los riesgos derivados de la ejecución de los contratos, porque en la afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales no existe una autonomía o libertad económica, toda vez que no se trata de un contrato civil o comercial y, simplemente, es un mecanismo que les permite acceder a la seguridad social.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no contestó la demanda.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **Ministerio de Hacienda y Crédito Público (ff. 139 a 148)**

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso igualmente a las pretensiones de nulidad de los apartes de los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2800 de 2003. Como razones de defensa, manifestó que se trata de una simple reglamentación de la aplicación del derecho a la seguridad social, así como de la normativa general en materia de riesgos profesionales.

Del mismo modo indicó que con esa vinculación se busca integrar al contratista a las acciones de prevención de riesgo y a las prestaciones que, dicho sea de paso, son superiores a las del sistema de riesgo común, por ejemplo, en caso de incapacidad temporal y permanente parcial o la invalidez que se derive de las enfermedades profesionales o de los accidentes de trabajo, las prestaciones económicas se reconocen sobre un 100% del ingreso base de cotización, mientras que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud dicha cobertura se realiza sobre el 66%.

Asimismo puso de presente que si el contratista manifiesta su voluntad de afiliarse a una ARP debe hacerlo de acuerdo con el Decreto 2800 de 2003 y, en el evento en que no desee someterse a los requisitos allí previstos, puede libremente elegir no vincularse.

Adicionalmente, precisó que el Decreto 2800 de 2003, al determinar que el contratante afiliará al contratista que desee hacerlo a la misma ARP a la que se encuentra vinculado para el cubrimiento de sus trabajadores, le está dando aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone: «[...] El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.».

Seguidamente, se refirió a diversas situaciones que irían en detrimento de la estabilidad financiera del sistema de riesgos profesionales, las cuales adujo pueden presentarse si no se reglamenta el tema de la afiliación de los trabajadores independientes a las entidades administradoras, con algunas condiciones particulares. Por ello, consideró que es necesario adoptar una reglamentación que permita el correcto funcionamiento de las entidades, que impida los fraudes y las *perversidades* que puedan afectar el sistema.

En lo relativo a la vulneración del derecho a la igualdad, adujo que no se indica frente a quién se presenta la alegada trasgresión, puesto que si se predica que es frente a los trabajadores dependientes, debe decirse que ellos tampoco seleccionan la ARP, como quiera que lo hace el empleador de manera uniforme para todos sus empleados.

Igualmente, anotó que la vinculación de este tipo de trabajadores por intermedio de las empresas contratantes, genera beneficios para los contratistas, al reducirles la carga de asuntos administrativos que deben atender.

Respecto del argumento según el cual las normas acusadas implican que los contratantes prefieran a independientes que no deseen afiliarse a riesgos profesionales, concluyó que no es un cargo de violación, sino una apreciación subjetiva del demandante, carente de pruebas que lo sustenten.

### **Nelson Enrique Daza Ladino (ff. 153 a 156)**

El actor reiteró los argumentos que expuso en el libelo introductor, especialmente en lo relacionado con el cargo de exceso de la potestad

reglamentaria pues, a su juicio, la facultad para regular la afiliación de trabajadores independientes al Sistema de Riesgos Profesionales, no se puede convertir en un pretexto para reglamentar toda la materia.

De la misma manera agregó que el Gobierno no puede establecer para los contratantes el deber de afiliarse al contratista en caso de que este último desee vincularse a una ARP y derivar de su omisión en tal sentido, responsabilidad por las prestaciones económicas y asistenciales que ofrece el sistema, pues tal obligación no está consagrada en la ley.

De otra parte, afirmó que no le asiste razón al Ministerio de la Protección Social en sus afirmaciones, para lo cual se remitió a los razonamientos expuestos en los cargos respecto de la vulneración de los artículos 13, 48 y 333 de la Constitución Política.

El Ministerio de la Protección Social no intervino en esta oportunidad procesal.

## **MINISTERIO PÚBLICO (f. 138)**

Se pronunció para indicar que el trámite del proceso no le corresponde a la Sección Cuarta<sup>6</sup> del Consejo de Estado de conformidad con el reglamento interno, sin embargo, no rindió concepto respecto del fondo del asunto dentro del presente.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

Sea lo primero precisar que el trámite que corresponde a esta acción es el previsto por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto

---

<sup>6</sup> El proceso fue tramitado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y mediante auto del 25 de febrero de 2009 (f. 160) ordenó la remisión del expediente a la Sección Segunda por competencia.

en el presente asunto se demanda la nulidad parcial del Decreto 2800 de 2003, por el cual se reglamentó parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, es decir, que obedece a la potestad reglamentaria<sup>7</sup> descrita en el ordinal 11.º del artículo 189 de la Constitución Política<sup>8</sup>. En efecto, aunque los cargos formulados traen consigo la confrontación directa con normas de jerarquía constitucional, lo cierto es que el mismo hace referencia al desconocimiento de la norma que desarrolla, en otras palabras, se acusa por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria de la ley.

En ese orden, la regla de competencia que corresponde en este caso es la indicada en el ordinal 1.º del artículo 128 del CCA, la cual, según lo indicado en el Reglamento Interno del Consejo de Estado, Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999, modificado por el 55 del 5 de agosto de 2003, se trata de una controversia que corresponde a la Sección Segunda de esta Corporación<sup>9</sup>.

## 2. Cuestión previa

Previo a abordar el estudio sobre el fondo del asunto, la Sección Segunda considera conveniente precisar la vigencia de las disposiciones demandadas de los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2800 de 2003, 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:

---

<sup>7</sup> Sobre la potestad reglamentaria ver la sentencia C-1005 de 2008 MP: Humberto Sierra Oporto.

<sup>8</sup> Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa:

[...]

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

<sup>9</sup> Reglamento interno del Consejo de Estado: **ARTÍCULO 13. DISTRIBUCIÓN DE LOS NEGOCIOS ENTRE LAS SECCIONES.** Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: [...]

Sección Segunda [...] 1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.

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 ejecutoria<sup>10</sup>, dentro de los cuales se incluye «Cuando desaparezcan los fundamentos de hecho o de derecho y Cuando pierdan su vigencia».

Esta norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional<sup>11</sup> al estudiar la exequibilidad del referido artículo 66 y particularmente, respecto de las causales que se acaban de mencionar, precisó por una parte, que un acto administrativo decae cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen. Así, cuando se declara la inexecuibilidad o la nulidad de la norma en la 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.

Por otra parte, en lo atinente a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos *cuando pierdan su vigencia* por razón de su derogatoria, destacó que si la norma ha dejado de regir por haber sido sustraída del ordenamiento jurídico, la consecuencia es que deja de ser aplicable por la administración y, por consiguiente, pierde el carácter obligatorio para los asociados.

Ahora bien, cuando opera el decaimiento de los actos administrativos, el Consejo de Estado ha sostenido<sup>12</sup> que aquella situación no vicia de nulidad el acto, ni impide que sea demandado ante la jurisdicción de lo contencioso

---

<sup>10</sup> 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.*”

<sup>11</sup> Corte Constitucional Sentencia C-069 de 1995.

<sup>12</sup> 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.

administrativo, pues sigue amparado por la presunción de legalidad, y así [...] 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[...]<sup>13</sup>.

## 2.1. Vigencia del acto demandado

En virtud de la facultad contenida en el numeral 11 del 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 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 2800 de 2 de octubre de 2003<sup>14</sup> que reglamentó la afiliación de los trabajadores independientes que realicen contratos de carácter civil, comercial o administrativo con personas naturales o jurídicas, y que además cumplan los requisitos indicados en los literales a), b) y c) del artículo 1.º del mismo decreto.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-858 de 18 de octubre de 2006<sup>15</sup> declaró inexecutable los artículos 9<sup>16</sup>, 10<sup>17</sup> y 13 literal b) en

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994.

<sup>15</sup> Corregida por Auto 051 del 21 de febrero de 2007.

<sup>16</sup> **Artículo 9o.** Accidente de Trabajo.

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 inexequibles 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 2.º, definió quiénes son afiliados obligatorios y en forma voluntaria. La aludida ley se reglamentó parcialmente por el Decreto 723 de 15 de abril de 2013<sup>18</sup>, en lo relativo a las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo, con lo cual derogó el Decreto 2800 de 2003.

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

---

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.

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.

<sup>17</sup> **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.

<sup>18</sup> «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».

afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales o Laborales, situación que lleva al interrogante sobre qué efectos produjo la inexecutable diferida en los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2800 de 2003, 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 al *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 parcialmente demandado, esto es, del Decreto 2800 de 2003 y particularmente de sus artículos 3.º y 4.º.

Ahora bien, la norma en comento no se encuentra vigente, pues como se dijo, el Decreto 753 del 15 de abril de 2013 la derogó expresamente en el artículo 26, situación que de manera alguna vacía de competencia al juez contencioso administrativo para pronunciarse sobre su legalidad, de conformidad con la tesis antes expuesta, según la cual, en el fallo de nulidad el acto se analiza a la luz de los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición, con el fin de determinar si se desvirtúa la presunción de legalidad que lo acompañó durante su vigencia, la cual no se vio afectada con su decaimiento.

**Conclusión:** Los apartes demandados no se encuentran vigentes, pues respecto del Decreto 2800 de 2003 operó la pérdida de fuerza de ejecutoria con ocasión de su derogatoria expresa dispuesta por el artículo 26 del Decreto 753 de 2013, sin embargo, sí es susceptible de enjuiciamiento ante

esta jurisdicción con el fin de que se determine si se ajustó a los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición.

### **3. Problemas jurídicos**

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

- i) ¿Se vulnera el derecho a la igualdad de los trabajadores independientes frente a los dependientes, al brindarles el mismo trato en cuanto a la elección de la ARP a la cual se afiliarán para cubrir el riesgo derivado de la ejecución del contrato?
  
- ii) ¿Las disposiciones demandadas restringen el acceso de los trabajadores independientes al Sistema General de Riesgos Profesionales y a la seguridad social, por cuanto genera para los contratantes el *incentivo* de preferir a los contratistas que no deseen afiliarse a dicho sistema?
  
- iii) ¿El aparte demandado contenido en el artículo 4.º restringe la autonomía privada y la libertad económica de los trabajadores independientes al impedirles elegir la ARP con la cual contratarán el cubrimiento de sus riesgos profesionales derivados de la ejecución de sus contratos?

#### **Límites de la potestad reglamentaria**

El demandante expresó que con la expedición de los apartes acusados de los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2800 de 2003, el Gobierno Nacional incurrió en exceso de la potestad reglamentaria, al establecer la obligación para el contratante de afiliar al contratista a su ARP cuando este manifieste la voluntad de hacerlo, toda vez que no existe una ley que le imponga tal deber, 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 Constitucional<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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:

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.

---

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

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

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 de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política<sup>21</sup>, así como a los fines del Estado Social de Derecho<sup>22</sup>, a los cuales no puede ser ajeno en el ejercicio de sus funciones.

### **Primer problema jurídico**

¿Se vulnera el derecho a la igualdad de los trabajadores independientes frente a los dependientes al brindarles el mismo trato en cuanto a la elección de la entidad administradora de riesgos profesionales?

#### **- Derecho a la igualdad**

El artículo 13<sup>23</sup> 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

---

<sup>21</sup> Artículo 6.º de la Constitución Política.

<sup>22</sup> Artículo 2.º *ibidem*.

<sup>23</sup> Artículo 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.*

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*<sup>24</sup>.

Sobre este punto la Sala de Sección estima pertinentes las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>25</sup>, 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 señalado<sup>26</sup> 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 incurso 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 jurídico<sup>27</sup>.

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 facto<sup>28</sup>. 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 y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o

---

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

<sup>25</sup> 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».

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

<sup>27</sup> 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*, párr. 269.

<sup>28</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 27, párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párr. 271.

acquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>29</sup>.

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 Racial<sup>30</sup> y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>31</sup>, 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<sup>32</sup>.

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”<sup>33</sup>. 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

---

<sup>29</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 27, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, 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.

<sup>30</sup> 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».

<sup>31</sup> 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».

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

<sup>33</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, **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.

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 Americana<sup>34</sup>. [...]»<sup>35</sup> (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*<sup>36</sup>, 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:

«[...] (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. [...]»<sup>37</sup>

### **Análisis del caso concreto**

El Decreto 2800 de 2003 determinó en el artículo 3.º que la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema de Riesgos Profesionales se haría a través del contratante, en las mismas condiciones y términos consagrados en

---

<sup>34</sup> *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.

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

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Sentencia C-015 de 2014.

el Decreto Ley 1295 de 1994, esto es, mediante el diligenciamiento del formulario establecido para el efecto, en el cual deben precisarse las actividades que ejecutará el contratista, el lugar en el cual se desarrollarán, la clase de riesgo que corresponde a las labores ejecutadas, así como la clase de riesgo correspondiente a la empresa o centro de trabajo.

Para tal efecto, el trabajador independiente deberá manifestar por escrito en el texto del contrato y en las prórrogas del mismo, la intención de afiliarse o no al Sistema General de Riesgos Profesionales.

La misma norma en el artículo 4.º dispuso que en el caso de que el independiente realizara varios contratos simultáneos y deseara afiliarse al SGRP, debería hacerlo por la totalidad de los contratos. Para el efecto, le correspondería afiliarse a todas las entidades administradoras a las que se encuentren vinculados sus contratantes, dejando constancia de ello en los respectivos contratos.

En este caso, en criterio del demandante, el desconocimiento del derecho a la igualdad de los trabajadores independientes se presenta frente a los dependientes, pues la norma ofrece un trato igual entre desiguales.

Al respecto, se advierte que la diferencia entre uno y otro tipo de servidores lo da la clase de vínculo que tienen frente a la persona para la cual desarrollan una actividad, en efecto, mientras en la relación laboral se encuentran presentes los elementos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio<sup>38</sup>, sometida a la legislación laboral; en el contrato de prestación de servicios no se impone la existencia de dichos elementos, y de acuerdo con la actividad, puede estar sometida a la legislación civil<sup>39</sup>, comercial<sup>40</sup> o administrativa<sup>41</sup>.

Asimismo, los derechos y las obligaciones que se desprenden para cada una de las partes difieren en uno y otro tipo de vinculación, para señalar una de

---

<sup>38</sup> Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>39</sup> Artículo 1495 del Código Civil.

<sup>40</sup> Cuando exista un acto mercantil para una de las partes en los términos del artículo 21 del Código de Comercio.

<sup>41</sup> Artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

ellas, en la relación laboral el trabajador tiene derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de su empleador, lo cual no sucede en el contrato de prestación de servicios.

En materia de riesgos profesionales, el Decreto 1772 de 1994<sup>42</sup> dispone que desde el momento en el que nace el vínculo laboral, el empleador tiene el deber de afiliar a sus trabajadores (art. 2.º) a la entidad administradora de riesgos profesionales que él seleccione de manera libre y voluntaria (art. 3.º).

A su vez, el Decreto 2800 de 2003 señala que cuando el trabajador independiente contratista manifieste su voluntad de vincularse al sistema de riesgos profesionales, el contratante debe afiliarlo a la ARP a la cual se encuentra inscrito. Para los efectos de esta norma, el trabajador independiente está definido como *«toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral»* (art. 2.º).

Además, para que le sea aplicable el decreto en mención debe cumplir los siguientes requisitos<sup>43</sup>:

- a) Que realice de manera personal y por su cuenta y riesgo la actividad contratada;
- b) Si el contrato es escrito, que se establezca específicamente la actividad y el lugar de la empresa o centro de trabajo donde va a desarrollar sus funciones. Si el contrato es verbal, dicha información se hará constar en el respectivo formulario de afiliación;
- c) Que en el contrato se determine la remuneración a que haya lugar por los servicios prestados, así como el tiempo o período de la labor ejecutada<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> *Por el cual se reglamenta la afiliación y las cotizaciones al Sistema General de Riesgos Profesionales.*

<sup>43</sup> Artículo 1.º del Decreto 2800 de 2003.

<sup>44</sup> En este punto, la misma norma prevé: *«[...]El plazo antes señalado, para efecto de la afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales, deberá ser como mínimo igual al indicado en el artículo 23 del*

En esas condiciones, los trabajadores dependientes y los independientes que cumplan los requisitos del Decreto 2800 de 2003, se asemejan en que son personas naturales que prestan su servicio de manera personal, a cambio de una remuneración, aunque en el plano jurídico estén sometidas a normas distintas.

Ahora bien, los apoderados de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el de Protección Social, expusieron que la finalidad del Decreto 2800 de 2003 es la de garantizar la vinculación de los trabajadores independientes al Sistema de Riesgos Profesionales por intermedio de las empresas contratantes, a través de una reglamentación que les genera beneficios, dado que les reduce la carga de asuntos administrativos para atender, pues su afiliación y el pago de aportes le corresponde a las empresas contratantes, así como el reporte de los accidentes de trabajo, entre otros aspectos, mediante la adopción de medidas que permitieran:

1. Evitar la evasión de las cotizaciones, buscando proteger la sostenibilidad financiera del sistema. Dentro de esas medidas está la de hacer que las cotizaciones las efectúe el contratante a la misma ARP que tiene para sus propios trabajadores.
2. Evitar que se cometan fraudes contra el sistema o se presenten situaciones que vayan en detrimento de su estabilidad financiera.
3. Velar porque la clasificación del riesgo obedezca a la actividad que desarrolla como lo dispone el artículo 25 del Decreto Ley 1295 de 1994<sup>45</sup>.

---

*Decreto 1703 de 2002 y demás disposiciones que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, para la afiliación de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social en Salud. [...]*

<sup>45</sup> «**Artículo 25.** Clasificación de empresa. Se entiende por clasificación de empresa el acto por medio del cual el empleador clasifica a la empresa de acuerdo con la actividad principal dentro de la clase de riesgo que corresponda y aceptada por la entidad administradora en el término que determine el reglamento. Cuando una misma empresa tuviese más de un centro de trabajo, podrá tener diferentes clases de riesgo, para cada uno de ellos por separado, bajo una misma identificación, que será el número de identificación tributaria, siempre que exista diferenciación clara en la actividad que desarrollan, en las instalaciones locativas y en la exposición a factores de riesgo ocupacional».

Las razones expuestas por las entidades que suscribieron el Decreto 2800 de 2003, en criterio de la Sala, resultan proporcionales a las medidas contenidas en los artículos 3.º y 4.º parcialmente demandados, pues están dirigidas a garantizar la sostenibilidad del sistema de riesgos profesionales y a facilitar la clasificación del riesgo.

Adicionalmente, se observa que los actos demandados tienen una finalidad constitucionalmente válida cual es la de asegurar la posibilidad para los trabajadores independientes de acceder al Sistema de Seguridad Social Integral en su componente de riesgos profesionales; además que es proporcional a los principios consagrados por el artículo 2.º de la Ley 100 de 1993, a saber: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación y progresividad.

De manera que se infiere que la similitud que existe entre los trabajadores dependientes respecto de quién elige la ARP que cubrirá sus riesgos laborales, no vulnera el derecho a la igualdad.

**Conclusión:** No se vulnera el derecho a la igualdad de los trabajadores independientes frente a los dependientes al brindarles un trato similar en cuanto a la elección de la entidad administradora de riesgos profesionales, puesto que la norma parcialmente demandada tiene la finalidad constitucionalmente válida, cual es la de asegurar la posibilidad de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral en su componente de riesgos profesionales, que además es proporcional a los principios consagrados por el artículo 2.º de la Ley 100 de 1993, y que están dirigidas a garantizar la sostenibilidad del sistema de riesgos profesionales y a facilitar la clasificación del riesgo.

### **Segundo problema jurídico**

¿Las disposiciones demandadas restringen el acceso de los trabajadores independientes al Sistema General de Riesgos Profesionales y a la seguridad social?

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, vale precisar que 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 conformado<sup>46</sup> por los regímenes generales vigentes para pensiones, salud, riesgos profesionales<sup>47</sup>, 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 destinatarios, con el objeto de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

En el artículo 2.º de la mencionada ley se consagraron la eficiencia, 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 3.º *ibidem*, 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.º y 8.º 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.

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

---

<sup>46</sup> Artículo 8.º de la Ley 100 de 1993.

<sup>47</sup> Hoy riesgos laborales en virtud de la Ley 1562 de 2012.

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 en todo caso 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 desarrollo parcial del literal b) del artículo 13, se expidió el Decreto 2800 de 2003<sup>48</sup>, 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 desarrollarían las funciones, la determinación del valor de la remuneración por los servicios prestados y el tiempo o período de la labor ejecutada.

De lo anterior, se infiere que la reglamentación contenida en el acto que en esta oportunidad se demanda tenía el objetivo de garantizar que los trabajadores independientes contratistas tuvieran acceso al Sistema General de Seguridad Social en su componente de Riesgos Profesionales, de manera progresiva, de acuerdo con los objetivos del Sistema de Seguridad Social Integral, especialmente el contenido en el numeral 3.º del artículo 6.º de la Ley 100 de 1993<sup>49</sup>, en cuanto tiende a garantizar la ampliación de la cobertura a sectores tales como el de los trabajadores independientes.

En ese orden, se concluye que no le asiste razón al demandante cuando asegura que se genera para los contratantes el *incentivo* de preferir a los contratistas que no deseen afiliarse a dicho sistema, dado que el trámite demanda gastos administrativos, y el incumplimiento en la obligación de afiliar puede conllevar responsabilidad del contratante en el suministro de las prestaciones que ofrecen las entidades de riesgos profesionales; pues

---

<sup>48</sup> Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994.

<sup>49</sup> «[...]3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral. [...]»

contrario a lo afirmado por la parte actora, lo que busca la norma es extender la cobertura del Sistema General de Riesgos Profesionales a los trabajadores independientes, pues se recuerda que, en este caso, la consecuencia de la falta de reglamentación es la imposibilidad de aplicación del Decreto Ley 1295 de 1994 para dicho sector de la población.

El argumento expuesto por el actor, implica admitir que el hecho de tramitar la afiliación, que es la única obligación que se desprende de los apartes demandados, es una carga desproporcionada e irracional a cargo del contratante, cuando en realidad no es así, puesto que no se trata de una actividad distinta a la que tiene que adelantar respecto de sus empleados.

**Conclusión:** Las disposiciones demandadas no restringen el acceso de los trabajadores independientes al Sistema General de Riesgos Profesionales y a la seguridad social, contrario a ello, lo que busca la norma es extender la cobertura de aquél a los trabajadores independientes contratistas.

### **Tercer problema jurídico**

¿El aparte demandado contenido en el artículo 4.º restringe la autonomía privada y la libertad económica de los trabajadores independientes al impedirles elegir la ARP con la cual contratarán el cubrimiento de sus riesgos profesionales derivados de la ejecución de sus contratos?

### **La iniciativa privada, la libertad económica y sus límites**

El artículo 333 de la Constitución Política dispone: «[...] *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. [...] La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación [...]»*

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>50</sup> expuso que la libertad de empresa no es absoluta y se encuentra sujeta a los límites que le

---

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2015, radicación: 05001-23-31-000-2010-01408-01, actor: Liliana Patricia Leal Lugo, CP: Roberto Augusto Serrato Valdés.

impone el bien común, así como a las restricciones de orden legal consagradas por el legislador, con base en los derechos fundamentales y la prevalencia del interés general, como lo dispone la Constitución Política.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional definió la libertad económica como *la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, con la finalidad de crear, mantener o incrementar un patrimonio*<sup>51</sup> precisando que comprende, a su vez, la libertad de empresa y libertad de competencia. La libertad de empresa implica la libertad de creación, organización, dirección y contratación de empresas y de acceso al mercado<sup>52</sup> y la libertad de competencia, por su parte, *supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita*<sup>53</sup>

Igualmente, se ha referido que la libertad de empresa no es absoluta, y que se encuentra sujeta a las limitaciones que la propia Carta Política le impone en su ejercicio; ellas son: en sentido material, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social; y en sentido adjetivo, dada por la intervención del Estado en la economía y por el establecimiento de monopolios o la calificación de determinadas actividades tales como servicios públicos, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales<sup>54</sup>.

Dentro de los límites derivados de su función social, se ha señalado que aquella garantía, no puede interferir irrazonablemente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>55</sup>; el orden o el interés público<sup>56</sup>; y el ambiente o el patrimonio cultural de la nación<sup>57</sup>.

## **La libertad de empresa y la elección de ARP**

---

<sup>51</sup> Corte Constitucional sentencias T-425 de 1992, T-475 de 1992, SU-157 de 1999, C – 269 de 2000, C-365 de 2012.

<sup>52</sup> Sentencia T-375 de 1997.

<sup>53</sup> Sentencia C-616 de 2001.

<sup>54</sup> Sentencias C-269 de 2000 y C-365 de 2012.

<sup>55</sup> Sentencias T-394 de 1999; T-434 de 2011; T-073 de 2002; T-1118 de 2002; T-592 de 2003; T-763 de 2005.

<sup>56</sup> C-492 de 2002.

<sup>57</sup> T-046 de 1999.

De acuerdo con la parte demandante, el hecho de que el trabajador independiente no sea quien elija la ARP con la cual contratarán el cubrimiento de sus riesgos profesionales derivados de la ejecución de sus contratos, limita su libertad de empresa porque no le permite elegir con quién contratar la cobertura del riesgo, tesis que no comparte la Sala, puesto que la antes mencionada facultad de realizar actividades económicas, con la finalidad de crear, mantener o incrementar el patrimonio, no se ve menguada por el hecho de no ser quien seleccione la entidad a la que se afiliará.

Ahora bien, como ya se ha advertido, la libertad de empresa está condicionada por el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y comoquiera que lo que buscan los apartes normativos *sub examine* es garantizar el acceso al Sistema General de Riesgos Profesionales a través de la imposición de condiciones en favor del trabajador independiente que suscriba el contrato civil, comercial o administrativo, entonces lo que se infiere es que la alegada limitación se presenta en sentido opuesto al planteado en la demanda, toda vez que en el ejercicio de la libertad de empresa en lo relativo a la contratación, el contratante está sujeto al goce efectivo del derecho fundamental al acceso a la seguridad social integral del contratista que le prestará sus servicios de manera personal y desee afiliarse al sistema.

En todo caso, debe tenerse presente que el contratista conserva la facultad de definir si desea afiliarse al sistema, tal y como lo contempla el artículo 3.º del Decreto 2800 de 2003 al disponer «[...] El trabajador independiente deberá manifestar por escrito en el texto del contrato y en las prórrogas del mismo, la intención de afiliarse o no al Sistema General de Riesgos Profesionales. [...]» y solo en tal caso deberá someterse a las reglas contenidas en aquel.

**Conclusión:** El aparte demandado contenido en el artículo 4.º no restringe la autonomía privada y la libertad económica de los trabajadores independientes al impedirles elegir la ARP con la cual contratarán el cubrimiento de sus riesgos profesionales derivados de la ejecución de sus contratos, habida cuenta de que tal disposición no interfiere con la facultad de realizar actividades económicas, con la finalidad de crear, mantener o incrementar el patrimonio.

**Decisión:** Al concluirse que los apartes acusados no incurren en los vicios alegados, la Sección Segunda del Consejo de Estado negará su nulidad.

### **Reconocimiento de personería**

Se reconocerá personería a la doctora Marcela Ramírez Sepúlveda como apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 231 del expediente.

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:** Niéguese la nulidad de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2800 del 2 de octubre de 2003, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual reglamentó parcialmente el Decreto - Ley 1295 de 22 de junio de 1994.

**Segundo:** Reconózcase personería a la doctora Marcela Ramírez Sepúlveda como apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 231 del expediente.

**Tercero:** 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**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**