



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
SECCIÓN "C"**

Barranquilla, Trece (13) de Marzo de dos mil veinte (2020)

Radicado	08-001-33-31-008-2008-00161-01
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (DECRETO 01 DE 1984)
Demandante	ZAIDA BEATRIZ CASTRO CORRO
Demandado	CAJANAL (UGPP)
Magistrado Ponente	CÉSAR AUGUSTO TORRES ORMAZA
Asunto	CONSULTA

I.- PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Barranquilla, en calenda cuatro (4) de marzo de 2010, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. Pretensiones¹.

La parte demandante, solicita que se declare:

"... A.- DECLARATIVAS.

Que son nulos el Acto Administrativo contenido en el Oficio No GN-23939 del 10 de diciembre de 2007 y el acto ficto que se produjo como consecuencia del Silencio Administrativo Negativo guardado la Entidad demandada, al no haber resuelto el recurso de reposición interpuesto contra el Acto Administrativo contenido en el oficio primeramente indicado, formulado el 21 de diciembre de 2007, emanados de la Caja Nacional de Previsión Social, con los cuales se niega la supresión del descuento que se le viene haciendo a la parte actora de la pensión gracia con destino a salud, y, el reintegro de los valores ya descontados por el mismo concepto y para el mismo fin.

B.- CONDENAS.

1ª.- Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene el restablecimiento del derecho vulnerado, SUPRIMIENDO el descuento que para SALUD dispuso la Entidad demandada en la Resolución No 000822 del 20 de enero de 2000, y, el reintegro de los valores descontados por el mismo concepto, hasta cuando se elimine en su totalidad el mismo, junto con los intereses corrientes y moratorios de Ley.

¹ Folios 38-46.

2ª.- Que la Entidad demandada está obligada a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por el Art. 176 del C.C.A.

3ª.- Condenar a la demandada que si no da cumplimiento al fallo dentro del término legal, deberá reconocer y pagar al (a) demandante, los intereses comerciales y moratorios de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 177 del C.C.A.

4ª.- Condenar a la demandada, de acuerdo con lo previsto en el Art. 171 del C.C.A., modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, así como la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre este tema.”

2.1.2. Hechos.

Los hechos de la demanda son los siguientes²:

“... 1º.- La Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la Resolución No 000822 del 20 de enero de 2004, reconoció y ordenó pagar a mi mandante la pensión denominada, PENSIÓN GRACIA con efectividad a partir del 30 de octubre de 2002.

2º.- En el Artículo QUINTO de la indicada Resolución, la Caja dispuso; Deducir de cada mesada pensional el valor correspondiente para los servicios médico-asistenciales, Ley 100/93. Para tal fin el peticionario debe allegar fotocopia del formulario único de inscripción o certificación de la EPS respectiva. De no aportarse lo anterior al momento de la notificación, la Caja Nacional de Previsión Social EICE, salva cualquier responsabilidad por el destino del citado descuento.

Valores que efectivamente se le han venido descontando de cada mesada pensional, un porcentaje del 5% antes de la vigencia de la Ley 100/93 y de ahí en adelante el 12 y el 12.5%, dinero que como se observa en los desprendibles de pago entregados por Fopep, se efectúan periódicamente los mencionados descuentos con anotaciones tales como para EPS SANITAS, otras veces EPS FOSYGA, otras EPS CAJANAL, o simplemente FOSYGA, pero siempre se está encasillando el descuento con destino a una E.P.S. por concepto de salud lo cual es ilegal pues sería obligar al pensionado a tener una segunda E.P.S., y de la cual en reciprocidad nunca recibe asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, etc, que conlleva a un desequilibrio legal, precisamente por cuanto el magisterio está exceptuado del régimen de seguridad social de la Ley 100 de 1993.

3º.- El Actor(a), el día 02 de noviembre de 2007 pidió a la Entidad demandada la supresión del indicado descuento y la devolución de los valores retenidos con destino a salud, solicitud que la demandada resolvió por medio del Oficio No GN-23939 del 10 de diciembre de 2007, negando todo.

4º.- Contra el aludido acto, dentro del término legal, interpuesto el recurso de reposición el día 21 de diciembre de 2007, el cual hasta el momento no ha sido decidido por la demandada por lo que se produjo el Silencio Administrativo Negativo consagrado en el Art. 60 del C.C.

5º.- Se agotaron en legal forma los trámites por la vía Gubernativa y ante la negativa, es procedente continuar la reclamación por la vía contenciosa.”

2.1.3. Fundamentos de derecho.

La parte actora apoya sus pretensiones en las siguientes disposiciones: Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 del 1933, 91 de 1989, 100 de 1993 art. 279 y Decreto 806 de 1998.

² Folios 39-40.

Considera que con la expedición de los actos administrativos enjuiciados se violas las siguientes normas: artículos 2, 5, 11, 13, 16, 23, 29, 53 de la Constitución Política; artículos 1º al 11 de la Ley 114 de 1913; Ley 116 de 1928, Ley 37 de 1933, artículo 5º Ley 91 de 1989, artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y artículo 48 del Decreto 806 de 1998.

2.2. CONTESTACIÓN.

La parte demandada a pesar de haber sido notificada del auto admisorio y de la demanda el veintiocho (28) de agosto de 2008³, no contestó la demanda.

2.3. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INTANCIA.

La demanda fue presentada el siete (7) de julio de 2008⁴ y fue repartida al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Barranquilla⁵.

Mediante providencia del nueve (9) de julio de 2008 se admitió la demanda⁶, la cual fue notificada por estado el quince (15) del mismo mes y año. Dicha providencia fue notificada personalmente al Ministerio Público el veintitrés (23) de julio de 2008⁷ y la parte demandada el veinte (20) de agosto de 2008⁸.

El proceso fue fijado en lista del veintiuno (21) de octubre al seis (6) de noviembre de 2008.

Mediante auto del diez (10) de febrero de 2009⁹, el A quo resolvió prescindir del periodo probatorio y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad procesal de la que solo hizo uso la parte demandante¹⁰.

El Juzgado Octavo Administrativo de Barranquilla profirió sentencia dentro del presente proceso el cuatro (4) de marzo de 2010, la cual fue notificada por edicto

³ Folio 91.

⁴ Reverso folio 46.

⁵ Folio 83.

⁶ Folio 84.

⁷ Reverso folio 84.

⁸ Folio 91.

⁹ Folio 93.

¹⁰ Folio 94.

fijado el dieciséis (16) de marzo de 2010¹¹ y posteriormente mediante providencia del veinticuatro (24) de marzo de 2010 se adiciono la misma¹².

Mediante memorial presentado el veinticuatro (24) de enero de 2018 el apoderado de la UGPP¹³ propone incidente de nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por considerar que no se integró el litisconsorcio necesario en el proceso, al no vincular al mismo al FOSYGA – MINISTERIO DE SALUD y FOPEP – MINISTERIO DEL TRABAJO.

Por auto del dos (2) de febrero del 2018¹⁴ el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Barranquilla, ordena remitir el expediente al Juzgado Quince Administrativo de esta ciudad, en razón a su incorporación al sistema oral por parte del Consejo Seccional de la Judicatura mediante Acuerdo Nro CSJATA17-363 del veinte (20) de enero de 2017.

El Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla avocó el conocimiento del proceso mediante auto del veinticinco (25) de julio de 2018¹⁵ y acto seguido en providencia del dieciocho (18) de octubre de 2018¹⁶, resolvió negar la solicitud de nulidad presentada por la UGPP.

El veintitrés (23) de octubre de 2018 el apoderado judicial de la UGPP interpone recurso de apelación¹⁷ en contra del auto del dieciocho (18) de octubre de 2018, alzada que fue rechazada por improcedente mediante proveído del veintitrés (23) de noviembre de 2018¹⁸ y en su lugar se ordenó tramitar el recurso como reposición.

Finalmente mediante auto del once (11) de julio de 2019 el Juzgado Quince Administrativo de esta ciudad decidió no reponer el auto del dieciocho (18) de octubre de 2018 y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que se tramitará el grado jurisdiccional de consulta.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

¹¹ Reverso folio 107.

¹² Folios 95-96.

¹³ Folios 116-

¹⁴ Folio 166.

¹⁵ Folio 214.

¹⁶ Folios 217-218.

¹⁷ Folios 219-231.

¹⁸ Folios 233-234

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla, mediante sentencia del cuatro (4) de marzo de 2010, accedió a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los siguientes argumentos¹⁹:

“... en lo tocante a la Seguridad Social en Salud de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le es aplicable la Ley 100 de 1993 y normas complementarias, no existiendo norma en contrario.

Por otro lado, es menester insistir en la especialidad de la Pensión Gracia, la cual es concebida como una reivindicación a los docentes de la época, que se encontraban en una situación desventajosa en relación con el salario que percibían, esta es una pensión de pobreza, que aún hoy vigente, conserva su régimen exclusivo, al punto que no requiere cotizaciones para obtener el derecho, su base de cotización son todos los factores salariales percibidos por el Docente, es decir no se rige por lo prescrito el inciso 1º del Artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que rige en materia pensional para los servidores públicos, consecuente con lo anteriormente expuesto se afirma, que la excepcionalidad consagrada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se extiende a lo referente a las cotizaciones en salud de la Pensión Gracia, la cual considera en su génesis, se encuentra eximida de deducciones, contribuciones o cotizaciones, dado que, los ingresos por salario o pensión ordinaria de estos docentes, cobijan este llamado legal.

Con respecto al carácter especialísimo de la Pensión Gracia, a modo ilustrativo, el Honorable CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B – Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE en fecha Veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009), se ha pronunciado en los siguientes términos:

(...)

De la Sentencia transcrita, se puede extraer, que la pensión gracia es compatible tanto con la pensión de invalidez como con la pensión de jubilación por cuanto existen diferencias sustanciales entre unas y otras, y es a esta última, que encuentra su sustento en una relación laboral a la que se refiere el precitado artículo 65 del Decreto Reglamentario No 806 de 1998.

En consecuencia las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, por lo que tanto se declarará la nulidad Oficio GN-23939 del 10 de Diciembre de 2007, y se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E., a que reintegre los valores descontados por concepto de salud a la Pensión Gracia de la Docente ZAIDA BEATRIZ CORRO CASTRO, reintegro que debe actualizarse en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Por otro lado se tiene que a la demandante se le concedió la Pensión Gracia a través de la expedición de la Resolución No 0000822, del 20 de Enero de 2004, resolución que tiene efectos fiscales a partir del día 30 de octubre de 2002, fecha en la que la docente adquirió su derecho, sin embargo la demandante elevó la petición, solicitando la devolución de los descuentos en salud aplicados a la Pensión Gracia el día 2 de Noviembre de 2007, por lo tanto para la presente prestación opera la prescripción trienal, es decir que los descuentos en salud realizados desde el 2 de Noviembre de 2004 hacia atrás se encuentran prescritos.

(...)

FALLA

PRIMERO: Declárese la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No GN-23939 del 10 de Diciembre de 2007 y del acto ficto, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E., conforma (sic) a lo expuesto en la parte de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E., a título de restablecimiento del derecho. Que reintegre los valores descontados de salud que afectan la Pensión Gracia de la señora ZAIDA BEATRIZ CORRO CASTRO.

¹⁹ Folios 97 a 107.

El reintegro antes mencionado, debe hacerse al demandante desde el día 2 de Noviembre de 2004.

TERCERO. Declárense prescritos los descuentos en salud con anterioridad al 2 de Noviembre de 2004.

(...)

SEXTO: En evento de no presentarse recurso de apelación, CONSULTESE ante el superior de conformidad con lo previsto en el artículo 184 del C.C.A. (modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998)."

La anterior sentencia fue adicionada mediante providencia del veinticuatro (24) de marzo de 2010, en el siguiente sentido:

"... Primero: Adicionar la sentencia proferida el Cuatro (4) de Marzo de Dos Mil Diez (2010) incluyendo en el numeral Segundo, "suprímase los descuentos en salud que afectan la Pensión Gracia de la señora ZAIDA BEATRIZ CORRO CASTRO".

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL DE LA INSTANCIA.

El expediente fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el veintidós (22) de agosto de 2019²⁰ y mediante auto del once (11) de septiembre de 2019²¹ se admite la consulta de la sentencia proferida en primera instancia y se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 184 del C.C.A.

2.6. ALEGACIONES.

La partes no presentaron alegatos de conclusión.

2.7. CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo sobre la presente *Litis*.

III. CONTROL DE LEGALIDAD.

Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que no se evidencian vicios acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. COMPETENCIA.

²⁰ Folio 239.

²¹ Folios 241-243.

En virtud de lo dispuesto el artículo 184 del C.C.A., serán consultadas ante el superior “... *En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses. (...)*”

De manera que conforme lo dispuesto, para el asunto, en razón de haberse proferido la sentencia de primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla, en la cual se condenó a CAJANAL –UGPP-, sin que esta ejerciera defensa alguna dentro del proceso —no contestó la demanda—, es esta Corporación la competente para conocer del grado jurisdiccional de consulta.

Por otra parte, dado que la Sala conoce del presente asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta, el análisis a cargo del Ad quem en relación con la sentencia de primera instancia, deberá realizarse para determinar la procedencia o improcedencia de la condena allí impuesta en contra de la entidad demandada, sin que se procedente efectuar nuevamente el estudio de las pretensiones de la demanda, toda vez que la parte demandante se conformó con el fallo del *a-quo* y no lo apeló y bajo la consideración de que, tal y como lo dice estipula el artículo 184 del C.C.A-, la consulta “...*se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem*”.

4.2. PROBLEMA JURIDICO.

Corresponde a la Sala establecer si en el presente caso resultaba procedente las declaraciones y condenas que se profirieron en primera instancia en contra de CAJANAL –UGPP-, en cuanto se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y se ordenó a la accionada a reintegrar debidamente actualizados los valores descontados por concepto de salud de la mesada de pensión gracia que disfruta la señora Zaida Corro Castro, a partir del dos (2) de noviembre de 2004 por prescripción trienal.

Para resolver el problema jurídico planteado se deberá determinar si a la luz del régimen especial que rige la labor docente, son procedentes o no los descuentos que por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en salud se realizan

sobre las mesadas de la pensión gracia de que es beneficiaria la demandante, a fin de establecer si es factible en derecho, el reembolso de dichas sumas.

4.3. TESIS.

La Sala se anticipa en señalar que la decisión proferida en primera instancia será revocada y en su lugar se negaran las pretensiones de la demanda, pues si bien la pensión gracia se obtiene sin realizar aportes distintos a aquellos que van a financiar la pensión ordinaria, y por ello se constituye en una verdadera dádiva del Estado; no se puede perder de vista que la Ley 100 de 1993, no dispone exención alguna para aportes en salud.

4.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.4.1. Del desarrollo normativo y jurisprudencial de las deducciones por salud aplicables a la pensión gracia.

En éste punto, el Tribunal considera pertinente previo a resolver el caso concreto, examinar la normatividad y la línea jurisprudencial que regula los aportes a salud de los pensionados, ya sea que se encuentren o no en un régimen especial o exceptuado.

El artículo 2 de la Ley 4ª de 1966 “por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones” señala:

“Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

- a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*
- b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*

Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional.” (Negrilla fuera del texto)

La anterior norma, fue derogada expresamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 “que creó el régimen de seguridad social”, y al respecto expresó:

“ARTICULO. 289. -Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.”

La ley 91 de 1989 en su artículo 15, dispuso:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. *Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. *Pensiones:*

A. *Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.*

La Ley 100 de 1993, en su artículo 143 también estableció:

“... ARTÍCULO 143. REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS. *A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.*

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.*

ARTICULO. 204.- Monto y distribución de las cotizaciones²². *La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para*

²² Este artículo fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1222 de 2007 que dispuso: Artículo 12. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional (Negrillas del Tribunal).

El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

(...)

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)

PARÁGRAFO 1o. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARÁGRAFO 2o. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO 3o. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO 4o. <Adicionado por el artículo 1o. de la Ley 238 de 1995, el nuevo texto es el siguiente:> Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

ARTÍCULO 280. APORTES A LOS FONDOS DE SOLIDARIDAD. Los aportes para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones consagrados en los artículos 27 y 204 de esta Ley serán obligatorios en todos los casos y sin excepciones. Su obligatoriedad rige a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley (Negrillas del Tribunal).

Ahora bien, el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, señala:

“... ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y

797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo...".

La Ley 1250 de 2008 adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

"... ARTÍCULO 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

*"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones
(...)*

"La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008".

Conforme a lo anterior, es indudable que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, a partir del 26 de junio de 2004, contribuir con el 12% para el servicio de salud, de acuerdo con lo previsto por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C- 430 de 2009, declaró inexecutable lo resaltado del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, señalando:

"...3.2.1 La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de "contribuciones parafiscales" [15], definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio, tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley 225 de 1995. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional, en donde su afectación a un propósito específico es su característica fundamental [16]

Así, las contribuciones parafiscales en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo [17]. Al respecto, la sentencia C-643 de 2002 señaló:

"Los primeros están consagrados en el artículo 338 de la Carta. De acuerdo con el principio de legalidad, todo tributo requiere de una ley previa que lo establezca y la competencia para imponerlo radica en el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales como órganos de representación popular. En virtud del principio de certeza, la norma que establece el impuesto debe fijar el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa. Y en razón del principio de irretroactividad, la ley que impone un impuesto no puede aplicarse a hechos generadores ocurridos antes de su vigencia." [18].

(...)

"...Como se señaló en párrafos anteriores de esta providencia, las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentran atadas a una destinación específica, en cuanto contribuciones parafiscales, según lo autoriza el artículo 359 Constitucional. Es decir, el monto de las cotizaciones percibidas de la población económicamente activa – trabajadores, pensionados y jubilados-, **son recursos de seguridad social en salud**, de los cuales el Sistema reconoce a cada Entidad Promotora de Salud –EPS-, un valor por cada afiliado con el cual garantiza la prestación de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud –POS-, lo que se conoce con el nombre de "Unidad de Pago por Capitación" –UPC- (Artículo 177 y 205 de la Ley 100 de 1993).

A su turno, las Empresas Prestadoras de Salud tienen la obligación de girar al Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA-, "a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones", la diferencia entre los ingresos por concepto de cotizaciones y el valor de las Unidades de Pago por Capitación –UPC- (Artículos 182 y 205 de la Ley 100 de 1993). De igual manera, el Régimen Subsidiado de Salud se encuentra financiado por recursos de solidaridad, a cuyo fondo los afiliados al régimen contributivo también aportan un punto de su cotización a la denominada Unidad de Pago por Capitación Subsidiada UPS-S. (Artículos 218 y siguientes de la Ley 100 de 1993).

Lo anterior permite advertir y confirmar cómo la cotización al Sistema de Salud efectuada mes a mes por los ciudadanos laboralmente activos, pensionados y jubilados, se causa y extingue una vez se paga al Sistema, de manera que el mismo Sistema lo aplica mes a mes de la forma señalada en los párrafos precedentes. **En ese orden, no es cierto como lo afirma el actor que se esté frente a un impuesto de período, porque no es necesario registrar un conjunto de hechos económicos que deban sumarse en el tiempo para consolidar la base gravable, sino que se está frente a un hecho económico, denominado mesada pensional, que se agota con su pago, de manera que por sustracción de materia no encuentra esta Sala que la expresión demandada del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, vulnere el contenido del inciso tercero del artículo 338 Superior que hace relación directa y expresa con la aplicación en el tiempo de tributos de período, razón suficiente para concluir que el cargo frente a esta norma no está llamado a prosperar.**

En esos términos, si la contribución parafiscal al Sistema de Seguridad Social en Salud es calificada como de causación inmediata, esto significa que el porcentaje de 12.5% de cotización sobre la mesada pensional pagado por los pensionados entre los meses de enero y noviembre de 2008, bajo la vigencia de la Ley 1122 de 2007, fue aplicado mes a mes al Sistema de Seguridad Social en Salud. Es decir, fue usado para financiar la "Unidad de Pago por Capitación –UPC-" y parte de la "Unidad de Pago por Capitación UPS-S" de un número determinable de beneficiarios del Sistema en aplicación del principio de solidaridad previsto en el artículo 48 Superior, lo cual revela la existencia de una incuestionable situación jurídica consolidada en los términos del artículo 58 Constitucional, cuya preservación es el fin último del artículo 363 de la Constitución Política.

Adicionalmente, tal como se dejó consignado en el numeral 3.1 de esta providencia, el legislador como único facultado para establecer los efectos de la ley, nunca tuvo como propósito otorgar efectos retroactivos a esta modificación tarifaria, como se deduce del trámite legislativo, circunstancia que respalda la decisión de la Corte de declarar inexecutable la expresión demandada por violación al artículo 363 Constitucional, en la medida en que el defecto legislativo no puede aplicarse en beneficio del contribuyente, por encima de la prohibición perentoria de irretroactividad de la ley tributaria que según lo analizado en esta providencia se mantiene incólume como límite de configuración tributaria sin excepción distinta de la retrospectividad en cuanto a impuestos de período.

En atención a lo expuesto la Sala encuentra probado el cargo de inconstitucionalidad de la expresión demandada del artículo 1 de la ley 1250 de 2008, relativo a los efectos en el

tiempo que se otorga a la disminución en la tarifa de contribución de los pensionados al Sistema de Seguridad Social en Salud, por violación al artículo 363 Superior.

Cabe recordar que de acuerdo con el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las sentencias de esta Corporación sobre actos sujetos a su control, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. En consecuencia, la Sala estima que desde el momento en que se promulgó la Ley 1250 de 2008, el aparte demandado era inaplicable, razón por la cual la inexecutable que por esta vía se declara tendrá efectos desde el 27 de noviembre de 2008, fecha de promulgación de la Ley”.

De otra parte, el Decreto 806 de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional, dispuso:

“Artículo 1º. Objeto y ámbito de aplicación. El presente decreto tiene por objeto reglamentar la Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional, tanto como servicio público esencial como servicio de interés público a cargo de particulares o del propio Estado, el tipo de participantes del Sistema, la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y los derechos de los afiliados.

En consecuencia, obliga a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizadas para participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizando la prestación o prestando uno o varios de los beneficios de que trata el presente decreto, así como a la población afiliada y vinculada al Sistema.

Artículo 2º. Definición. En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el Estado garantiza el acceso a los servicios de salud y regula el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad.

Al Estado le corresponde garantizar este conjunto de beneficios en forma directa o a través de terceros con el objeto de proteger de manera efectiva el derecho a la salud. Estos se agrupan en cinco tipos de planes diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como afiliado cotizante, como afiliado beneficiario, como afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Artículo 52. Concurrencia de empleadores o de administradoras de pensiones. *Cuando una persona sea dependiente de más de un empleador o reciba pensión de más de una administradora de pensiones, cotizará sobre la totalidad de los ingresos con un tope máximo de veinte salarios mínimos mensuales legales vigentes, en una misma Entidad Promotora de Salud, informando tal situación a los empleadores o administradoras de pensiones correspondientes.*

En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, la persona responderá por el pago de las sumas que en exceso deba cancelar el Fondo de Solidaridad y Garantía a diferentes EPS por concepto de UPC. Cuando las EPS hayan reportado oportunamente la información de sus afiliados en los términos establecidos en el presente decreto, no estarán obligadas a efectuar reembolso alguno.

Parágrafo. En el formulario de afiliación deberá quedar constancia de la concurrencia de empleadores y administradoras de pensiones.

Con posterioridad, el Decreto 1703 de 2002 prescribió:

“Artículo 14. Régimen de excepción. *Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente*

los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos.

(...)

Parágrafo. Cuando la persona afiliada a un régimen de excepción, sin tener derecho a ello, reciba servicios de salud de una Entidad Promotora de Salud o de una Institución Prestadora de Servicios que no haga parte de la red de servicios del régimen de excepción, existirá obligación de estas entidades de solicitar el reembolso al régimen de excepción al cual pertenece el usuario, debiendo sufragar este último régimen todos los gastos en que se haya incurrido. El plazo máximo para el reembolso será de treinta (30) días contados a partir de la fecha de presentación de la cuenta respectiva, so pena de que deban ser reconocidos los intereses moratorios a que alude el artículo cuarto del Decreto-ley 1281 de 2002.”
(Negrillas fuera del texto)

Adicionalmente a lo anterior, la H. Corte Constitucional²³ refiriéndose al personal pensionado manifestó:

“... Así mismo, en relación con la aplicación del **principio de solidaridad** en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que (i) éste permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes (...) el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familia; (ii) **implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto**”; (iii) **la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad**; (iv) **los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores**; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional ; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) **implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con mayores recursos económico de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y**

²³ Sentencia C-1000-07.Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Actor: Carlos Ballesteros y Otro. M.P.:Humberto Sierra Porto.

(x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna (Negrilla del Tribunal).

Por otra parte, en cuanto a la **naturaleza jurídica de las cotizaciones en salud**, la Corte ha sido constante en afirmar que (i) se trata de rentas parafiscales que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social o económico, y que debe utilizarse en beneficio del propio grupo gravado; (ii) es un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad; (iii) se caracteriza, a su vez, "por su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su determinación o singularidad, ya que sólo grava a un grupo, sector o gremio económico o social; **su destinación específica, toda vez que redunde en beneficio exclusivo del grupo, sector o gremio que los tributa**; su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, su naturaleza pública, en la medida en que pertenecen al Estado a un cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional; su regulación excepcional, en cuanto a sí lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta; y su sometimiento al control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la República, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean. su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado (negrillas agregadas).

Finalmente, en cuanto al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiados, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la Constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud (Negrilla del Tribunal).

En suma, si bien el legislador cuenta con un margen de configuración normativa al momento de estructurar un sistema de seguridad social en salud, estableciendo reglas para determinar las fuentes de financiación que lo sostienen, debe asimismo respetar los principios de universalidad, sostenibilidad económica del sistema, razonabilidad, proporcionalidad y solidaridad, así como con los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana y mínimo vital. De igual manera, al configurar un sistema de seguridad social en salud, le está vedado al legislador desconocer los derechos constitucionales de los cuales son titulares los pensionados, tales como el derecho a la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad (art. 46 de la C.P.); la prohibición de destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella (art. 48 de la C.P.); el derecho a que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante (art. 48 de la C.P.); el respeto por los derechos adquiridos con arreglo a la ley y a que el Estado asuma el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo (Acto Legislativo 01 de 2005); el derecho a que, sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, se deje de pagar, no se congele o reduzca el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho (Acto Legislativo 01 de 2005); el derecho a que ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente (Acto Legislativo 01 de 2005); y el derecho a que el Estado garantice el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales (artículo 53 de la C.P.).

(...)

Ahora bien, en el caso concreto la norma acusada fijó, a partir del 1º de enero de 2007, el aporte al Régimen Contributivo de Salud en un 12.5% del ingreso o salario base, aclarando que "La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%"; en otras palabras, el incremento del 0.5% será asumido por los pensionados y por quienes se encuentran laborando, mediante sus empleadores. Quiere ello decir que al aumento en el monto de las cotizaciones en salud no será asumido en su totalidad y en solitario por los jubilados, como lo sostienen por los demandantes, sino que lo será en su conjunto por los actores del sistema de seguridad social en Colombia (Negrilla del Tribunal).

Así las cosas, el incremento en 0.5% de la cotización en materia de salud, a cargo de empleadores y pensionados, lejos de configurar una vulneración al derecho a la igualdad de estos últimos, constituye un desarrollo del principio de solidaridad, principio fundante del sistema de seguridad social en Colombia.

En el mismo sentido se había pronunciado la Corte en sentencia C- 126 de 2000, cuando estimó lo siguiente (Negrilla del Tribunal).

“el Legislador goza de una considerable libertad para optar por distintos desarrollos de este sistema, una consecuencia se sigue: la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad en este campo. Por consiguiente, en tal contexto, bien puede la ley establecer que el pensionado debe cancelar en su integridad la cotización en salud. En efecto, en la medida en que la persona se pensiona, cesa la relación laboral y el patrono deja de sufragar las dos terceras partes de la cotización del trabajador. Es obvio que para asegurar la viabilidad financiera del sistema de salud, algún agente debe abonar esa suma, que era anteriormente cubierta por el empleador. Por ende, el Congreso decidió que ésta fuera asumida directamente por el pensionado, lo cual es un desarrollo legal posible. Es cierto que había otras alternativas, como recurrir a recursos presupuestales para financiar la seguridad social, o aumentar la cotización de los trabajadores activos. La ley hubiera podido eventualmente optar por esas regulaciones. Pero nada en la Carta se opone a que el Congreso establezca que es deber del pensionado cancelar ese monto de cotización, que no es desproporcionado, ya que es una contribución solidaria que evita mayores impuestos, o aumentos en el nivel de cotización de los trabajadores activos.” (Negrillas de la Sala)

4.5. CASO CONCRETO.

4.5.1. Hechos Probados.

Se desprenden de las pruebas allegadas al plenario los siguientes:

- Mediante Resolución 0000822 del veinte (20) de enero de 2004 CAJANAL reconoció una pensión de jubilación gracia a la señora Zaida Beatriz Castro Zorro, en cuantía de \$1.180.405,75, a partir del 30 de octubre de 2002²⁴.
- En calenda dos (2) de noviembre de 2007 la demandante por intermedio de apoderado judicial, presenta petición ante el Gerente General de CAJANAL solicitando la supresión del descuento destinado a salud y el reintegro de los dineros descontados desde el momento en que adquirió el status pensionada, con los respectivos intereses corrientes y moratorios²⁵.
- La anterior petición fue negada por parte de la Subdirección de Prestaciones Económicas – Grupo Nomina de CAJANAL, mediante oficio GN-23939 del diez (10) de diciembre de 2007²⁶.
- El veintiuno (21) de diciembre de 2007 el apoderado judicial de la demandante, interpone recurso de reposición en contra del oficio GN-23939 del diez (10) de

²⁴ Folios 25-28.

²⁵ Folios 2-5

²⁶ Folios 22-23

diciembre de 2007 y solicita que se revoque lo allí decidido²⁷, sin embargo el mismo no fue resuelto por la demandada.

4.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Tal cómo se señaló en líneas que anteceden, en el presente caso la Sala conoce de la sentencia proferida en primera instancia por Juzgado Octavo Administrativo de Barranquilla, en virtud del grado jurisdiccional de consulta y no de recurso alguno de apelación interpuesto por las partes. Al respecto, se observa que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución “...*toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley*”, es decir que la competencia del juez de segunda instancia, puede provenir — además del recurso apelación interpuesto por las partes— de la aplicación de una norma que de manera directa se la atribuye.

La consulta consiste en una revisión oficiosa de la sentencia de primera instancia en aquellos eventos en los que la misma no ha sido impugnada por las partes procesales, para lo cual, el ordenamiento jurídico consagra las causales de procedencia de este grado jurisdiccional, que corresponden a eventos en los que el legislador ha considerado que, por estar involucrados derechos e intereses superiores que ameritan una protección especial, debe surtirse en todo caso, la revisión oficiosa de los fallos, siempre que contra ellos no se hubiere interpuesto el recurso de apelación, que en condiciones normales es el que le otorga competencia al juez de segunda instancia para reexaminar la decisión del A-quo²⁸.

En los procesos contencioso administrativos, la consulta ha sido concebida como un mecanismo legal de protección de los derechos de las entidades estatales, por cuanto en los mismos se halla involucrado, de manera directa o indirecta, el interés general de la sociedad y por lo tanto, debe el juez de lo contencioso administrativo, cuando así resulte procedente, revisar las condenas que se hayan proferido en su contra, para establecer la legalidad de las mismas y que no resulten lesivas del debido proceso ni del interés general²⁹.

²⁷ Folios 6 y 24.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección B, Sentencia del treinta y uno (31) de mayo de 2013, Exp. 25000-23-26-000-1999-02072-01(23903) C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth

²⁹ Ibidem.

Para resolver el presente asunto el Tribunal observa que se encuentra demostrado que la parte demandante en la actualidad es beneficiaria de la pensión gracia la cual le fue reconocida mediante la Resolución 0000822 del veinte (20) enero de 2004³⁰ y en cuya parte resolutive se ordenó deducir de cada mesada pensional el valor correspondientes para los servicios medico asistenciales.

A su turno el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Barranquilla en la sentencia objeto de estudio, concedió las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que para acceder a la pensión gracia no se requiere efectuar cotizaciones, no se rige por los dispuesto en el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y por ende quienes acceden a dicha prestación se encuentran dentro de las exclusiones contempladas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, las cuales —a su juicio— se hacen extensivas a dicha pensión, por encontrarse desde su génesis eximida de deducción, contribución o cotización alguna.

Al respecto se señala que el artículo 279 de la Ley 100 consagró los regímenes que se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, disponiendo:

“... Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989³¹, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”
(Negrillas del Tribunal)

Del texto de la norma en comento se desprende la exclusión de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, por tanto, la excepción debe entenderse referida solo respecto de las prestaciones a cargo del FOMAG y no a la pensión gracia cuyo reconocimiento está en cabeza de la CAJANAL hoy UGPP —de

³⁰ Folios 25-28.

³¹ La expresión «Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989» se declaró condicionalmente exequible mediante sentencia C-461/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en el entendido que «su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar».

conformidad a lo dispuesto en el artículo 156, literal i) de la Ley 1151 de 2007³²— y a la cual se le aplica lo consagrado en el numeral 1º del literal a) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 en el cual se prevé la afiliación obligatoria al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

“... Artículo 157. Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. *Afiliados al Sistema de Seguridad Social.*

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley”. (Subraya y negrilla de la Sala)

En ese orden la Sala considera que los docentes a los que se les ha reconocido la pensión gracia, no están exentos de realizar las cotizaciones con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud y son considerados como afiliados al régimen contributivo de ese sistema, de acuerdo a lo consagrado en el numeral 1, del literal a) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, tesis que ha sido sostenida tanto la H. Corte Constitucional³³ como el H. Consejo de Estado³⁴.

Al respecto la Corte Constitucional en providencia T-359 de 2009, expuso:

“... Entonces, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, esta Ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema

³² «ARTÍCULO 156. GESTIÓN DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003...»

³³Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Corte Constitucional, Sentencia T-546/14, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 5 de septiembre de 2013, radicación 25000 23 25 000 2011 00805 01, número interno: 2090 -2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Tal posición se ha replicado tanto en sentencias posteriores, entre otras, en las siguientes: Subsección A, sentencia del 26 de enero de 2017, radicación 63001 23 33 000 2014 00239 01, número interno: 1932-2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez y Subsección B, sentencia del 15 de marzo de 2018, radicación: 11001 03 25 000 2013 00392 00, número interno: 0849-13, M.P. William Hernández Gómez.

General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate.

Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

Por tal razón, con el fin de mantener la capacidad adquisitiva de las mesadas pensionales, en el artículo 143 transcrito de la Ley 100 de 1993, se dispuso un incremento en su monto equivalente a la suma necesaria para cubrir la diferencia entre el 5% (porcentaje anterior) y el 12% ahora establecido.

Lo que significa que con el objeto de poner en igualdad de condiciones a los pensionados, la denominada pensión gracia también se incrementó, pues se les otorgó a las personas a quienes se les reconoció la pensión antes del 1° de enero de 1994, el beneficio del aumento mensual en el monto de la pensión equivalente a la cotización para salud a la que se veían sometidos por aplicación de las disposiciones que en dicha materia trae la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.”(Negrillas del Tribunal)

En esa misma línea la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del veintiséis (26) de enero de 2017³⁵, precisó:

“...los pensionados en gracia, tienen la obligación de efectuar los aportes a salud en cuantía del 12%, pues el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, unificó el aporte de las mesadas pensionales al servicio de salud, sin tener en cuenta la clase de pensión de que sean beneficiarios; por lo tanto, la pensión gracia no está exceptuada de cotizar a dicho sistema.”

En igual sentido se pronunció el Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo en providencia del veintiuno (21) de junio de 2018³⁶, al exponer:

En atención al marco normativo y jurisprudencial que se realizó en el acápite 2.3.2.2. que antecede, al estudiar sobre la configuración de la causal de revisión consagrada en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, la Sala concluye que sí procede realizar tales descuentos por concepto de aportes, en el entendido de que la Ley 100 de 1993 no excluye del Sistema de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia.

Como consecuencia de lo anterior, y al tenor de lo dispuesto en el literal a) del numeral 1) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y en el literal c) numeral 1) del artículo 26 del Decreto 806 de 199855, la demandante, en su condición de pensionada, hace parte de los afiliados del régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud y, por ende, respecto de su pensión gracia se deben realizar las cotizaciones que esa ley dispone por tal concepto equivalentes al 12% desde la fecha del reconocimiento pensional -el 1 de marzo de 2002-56, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de Ley 100 de 1993. e incrementarla al 12,5% con posterioridad al 1 de enero de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1122 de 200757.

Las razones anteriores son suficientes para concluir que no le asiste razón a la señora Mariela González Mejía en su pretensión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que tenía por objeto que se omitiera el descuento por concepto de las cotizaciones señaladas, razón por la cual se deberá revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se despacharán desfavorablemente.”

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 26 de enero de 2017 radicado 63001233300020140023901; expediente 1932-15. C.P. Sandra Ibarra Vélez

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 21 de junio de 2018 radicado 11001-03-25-000-2013-00901-00; expediente 1953-13. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

La anterior posición fue reafirmada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en reciente pronunciamiento del treinta (30) de enero de 2020³⁷, en los siguientes términos:

1. Por lo tanto, aquellas personas que cumplan con los requisitos de ley para pensionarse y adquieran una pensión vitalicia de jubilación, incluyendo la pensión gracia, se les seguirá descontando en cada mesada el porcentaje de ley, para la sostenibilidad del sistema de seguridad social. De esta manera, sobre la pensión que se reconoce y paga a través de la Caja Nacional de Previsión Social, hoy de la UGPP, se debe efectuar el descuento del 12,5% con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2. Ahora, el artículo 279 de la pluri citada ley 100 de 1993 consagró los regímenes que se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, así:

«Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Negrillas fuera de texto)

3. Como puede observarse, la norma en cita consagra la exclusión de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de manera que, la excepción debe entenderse referida solo respecto de las prestaciones a cargo del FOMAG y no a la pensión gracia cuyo reconocimiento está en cabeza de la Caja Nacional de Previsión Social hoy obligación asumida en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social por virtud de lo dispuesto en el artículo 156, literal i) de la Ley 1151 de 2007.

4. En consecuencia, la Sala considera que los docentes que han accedido a la pensión gracia, no están exceptuados de realizar las cotizaciones con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud y, por ende, son afiliados al régimen contributivo de ese sistema, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1, del literal a) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 postura en la cual, han coincidido tanto la Corte Constitucional como esta corporación. (Negrillas del texto)

Así las cosas, es claro que los beneficiarios de la pensión gracia se consideran afiliados al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, se encuentran obligados a realizar las cotizaciones para salud previstas en la Ley 100 de 1993.

Por otra parte estima la Sala que es de suma importancia aclarar que no se puede confundir los descuentos que se hacen por concepto de salud sobre la pensión de jubilación, con los descuentos que se hacen sobre la pensión gracia por concepto de solidaridad, pues tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 14 del

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de enero de 2020 radicado 11001-03-25-000-2018-00226-00; expediente 0932-18. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

Decreto 1703 de 2002; que el aporte o deducción por concepto de salud que se efectúa a la pensión gracia tiene como finalidad la financiación del sistema, lo que se realiza a través del FOSYGA:

“ARTÍCULO 14. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos. (Negrillas fuera del texto)

A la anterior conclusión llega el Tribunal, teniendo en cuenta que las contribuciones se generan atendiendo el principio de solidaridad que gobierna la Seguridad Social, pues, como se señaló, los aportes al Sistema de Seguridad Social no obedecen al régimen a que se encuentre afiliado el pensionado sino que obedecen al principio de solidaridad instituido constitucionalmente; por lo que se constituye en el deber de todos los ciudadanos con capacidad de pago, en la medida de sus posibilidades, de aportar al Sistema para garantizar su aplicación a todos los habitantes del territorio, máxime cuando para el caso no existe un argumento de fondo que amerite la exclusión de los beneficiarios de la pensión gracia, y como quiera que dicha contribución surge a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y no antes de su vigencia.

Además, una cosa es que los docentes cobijados por esta prestación no hayan estado obligados para la adquisición del derecho a efectuar aportes a la respectiva Caja —es una gracia o dádiva—, y, otra muy distinta es que luego de adquirido el derecho a partir de primero (1º) de abril de 1994, por disposición del Legislador, deban efectuar contribuciones por solidaridad al sistema de seguridad.

Así, se tiene que ninguna de las normas enunciadas ni la Jurisprudencia ha excluido a los beneficiarios de la pensión gracia de realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, motivo por el cual, los argumentos del A quo carecen de asidero jurídico y legal.

En ese orden encuentra la Sala que los actos enjuiciados, Oficio No. GN-23939 del diez (10) de diciembre de 2007 y el acto ficto negativo por medio del cual se niega un recurso de reposición interpuesto el veintiuno (21) de diciembre de 2007, mantienen su presunción de legalidad, significando ello que la señora Zaida Beatriz Corro Castro en calidad de beneficiaria de la pensión gracia, tenía y tiene la carga de asumir el descuento efectuado a su mesada con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, y que la devolución de dichos dineros no es procedente.

En razón a lo anterior, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia de acuerdo a las consideraciones expuestas en el presente proveído, por cuanto el A quo no ajustó sus consideraciones a los lineamientos jurisprudenciales y a la normatividad vigente, en la cual se plantea la obligación que tiene el beneficiario de la pensión gracia de cotizar por solidaridad.

V. CONCLUSIÓN.

En conclusión, según las normas y la jurisprudencia precitadas, la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, como quiera la pensión gracia no está exenta de los descuentos en salud dispuesto en la Ley 100 de 1993 al no existir disposición normativa que la excluya del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social.

VI. COSTAS.

No se condena en costas en esta instancia pues conforme con lo previsto por el Código Contencioso Administrativo, artículo 171, según la modificación hecha por la Ley 446 de 1998 y la sentencia C- 43 del 27 de enero de 2004, la parte demandante no actuó con mala fe como tampoco incurrió en conductas temerarias ni dilatorias.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sección “C” Mixta, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de calenda cuatro (4) de marzo de 2010, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Barranquilla, por lo motivos expuestos en la presente providencia, y en su lugar se dispone:

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Zaida Beatriz Corro Castro, de conformidad a los argumentos esbozados en el presente proveído.

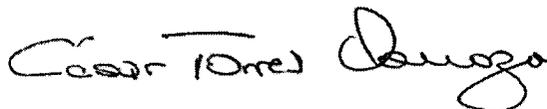
TERCERO.- Sin lugar a condena en costas.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



CESAR AUGUSTO TORRES ORMAZA
Magistrado Ponente



JAVIER EDUARDO BORNACELLY CAMPBELL



JORGE ELICER FANDIÑO GALLO