



Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-012-2013-00376-01
Demandante:	Ciro Antonio Melo Sepúlveda
Demandado:	Ministerio de Educación – Fonpremag.
Asunto	Devolución de aportes a salud
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 12 de marzo de 2015, por medio de la cual el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda

a) Pretensiones

El señor **Ciro Antonio Melo Sepúlveda**, mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra el Ministerio de Educación Nacional - FONPREMAG, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO: Se declare la NULIDAD por violación de la Ley de los oficios numerados 1010403 ambos de fecha 18 de enero de 2013 (sic), dentro de los RADICADOS Nos. 2013EE00003593 Y 2013EE00003653, por medio de los cuales SE NEGÓ al señor CIRO ANTONIO MELO SEPULVEDA, el REINTEGRO DE LOS DESCUENTOS DEL 12% y 12.5% o cualquier otro valor REALIZADOS EN SALUD sobre las Mesadas adicionales de junio y diciembre, descontados de su Pensión de Jubilación Reconocida mediante Resoluciones Nos. 741 del 26 de Noviembre de 2001 y 000070 del 31 de Enero de 2002, oficios proferido por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (Fiduprevisora), obrando en calidad de administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior Nulidad declarada por ilegalidad y a título de restablecimiento del derecho lesionado por el acto administrativo precitado, se ordene a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES





13001-33-33-012-2013-00376-01

DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, esta última obrando en calidad de administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reintegre todos los descuentos del 12% y 12.5% o cualquier otro valor realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados de la pensión de jubilación del demandante CIRO ANTONIO MELO SEPULVEDA.

TERCERO: Que se condene a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a reintegrar todos los descuentos 12% y 12.5% o cualquier otro valor realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados de la pensión de jubilación del señor CIRO ANTONIO MELO SEPULVEDA, efectuados desde la adquisición de su status jurídico de pensionado a la fecha, por tanto ordénese el retroactivo respectivo.

CUARTO Se condene a LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, esta última obrando en calidad de administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar al demandante CIRO ANTONIO MELO SEPULVEDA, la totalidad de los descuentos del 12% y 12.5% o cualquier otro valor realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados de su pensión de jubilación, desde el ingreso a nómina de pensionados hasta la fecha y los descuentos causados desde la presentación de la demanda, transcurso del proceso y hasta la sentencia ejecutoriada

Quinta: Se ordene a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., que a partir de la ejecutoria de la sentencia no debe continuar efectuándose el descuento del 12% o cualquier otro valor en salud sobre las mesadas adicionales de Junio y Diciembre descontados de la Pensión de Jubilación del señor CIRO ANTONIO MELO SEPULVEDA.

Sexta: Condenar a la demandada para que sobre las diferencias adeudadas y solicitadas, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el Artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

Séptima: Se ordene a (...) dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189, 192 de la ley 1437 de 2011.

Octava: Se condene (...), pagar los intereses moratorios, conforme lo ordena el artículo 192 del CPACA, y conforme a la sentencia C-188 del 29 de Marzo de 1999, de la Honorable Corte Constitucional.

Novena: Se condene en costas en las que se incluyan las Agencia en derecho (...)"

b) Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda, la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente: (fs. 33-40):



13001-33-33-012-2013-00376-01

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Regional Bolívar, por Resolución No. 741 del 26 de Noviembre de 2001, le reconoció una pensión de jubilación.

Mediante Resolución No. 000070 del 31 de enero de 2002, se le reconoció y ordenó el pago una pensión de jubilación post-mortem, en calidad de cónyuge de la señora ARMENIA VILLA DE MELO, en cuantía del 50%, disfrutándola a la fecha en el 100%.

La FIDUPREVISORA, en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumió el pago de mesadas y descuentos de ley entre los que se encuentra los de salud, descuento que en la actualidad corresponde al 12% sobre las mesadas adicionales y en algunos momentos llegó a descontar hasta el 12.5% sobre lo recibido de manera suplementaria.

Esta entidad ha venido descontado de manera adicional para salud sobre las mesadas de junio y diciembre (pagada en noviembre), las cuales son denominadas mesadas adicionales, sobre las pensiones reconocidas mediante Resolución No. 741 del 26 de Noviembre de 2001 y Resolución No. 000070 del 31 de Enero de 2002, así:

Año	Porcentaje de Descuento Adicional	Mesadas Adicional
2002	5%	Junio y Diciembre
2003	5% Junio y Diciembre 12%	Junio y Diciembre
2004	12%	Junio y Diciembre
2005	12%	Junio y Diciembre
2006	12%	Junio y Diciembre
2007	12.5%	Junio y Diciembre
2008	12.5%	Junio y Diciembre
2009	12%	Junio y Diciembre
2010	12%	Junio y Diciembre
2011	12%	Junio y Diciembre
2012	12%	Junio y Diciembre
2013	12%	Junio

La FIDUPREVISORA, efectúa un descuento del 24%; es decir, 12% sobre la mesada normal u ordinaria y otro 12% de la mesada adicional por concepto salud, sobre ambas pensiones, realizando 14 descuentos en salud, por 12 meses de servicios al año, sobre cada una de las pensiones recibidas.

Por lo anterior, el día 17 de diciembre de 2012, solicitó a la entidad se reintegrara los descuentos ilegales realizados a las mesadas de junio y



13001-33-33-012-2013-00376-01

diciembre sobre cada una de las pensiones recibidas con radicados 2012ER00284669 y 2012ER00284665.

La entidad demandada dio respuesta a las peticiones anteriores, el día 18 de Enero de 2013, mediante oficios 1010403 con radicados Nos. 2013EE00003593 y 2013EE00003653, negando el reintegro de dichos descuentos.

c) Concepto de la violación.

La demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2,4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política; 10 del Código Civil; Ley 4/66 y su Decreto reglamentario 1743/66, Ley Decreto 3135 de 1968, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, concepto de la Sala de Consulta y servicio Civil radicado No. 1064 de 16 de diciembre de 1997, Ley 1285 de 2009 y Ley 1437 de 2011.

Manifestó que los oficios demandados vulneran dichos preceptos, que regulan la pensión de los docentes públicos.

En el caso que nos ocupa, la FIDUPREVISORA, en calidad de administradora de los recursos del FOMAG, abusó de su competencia al efectuar descuentos del 12% y 12.5% desde que se le reconoció la pensión al demandante, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, de las pensiones reconocidas mediante Resoluciones No. 741 del 26 de noviembre de 2001 y la No. 000070 del 31 de enero de 2002.

La actividad pública debe acatar rigurosamente la Constitución Política y la Ley, por lo que ante la incompatibilidad entre una disposición constitucional y una ley se prefiere la Constitución.

En el presente caso no se aplicó un debido proceso en la actuación demandada y ejecutada por la FIDUPREVISORA, vulnerando los derechos de las personas de la tercera edad.

Citó en su apoyo el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que, a su juicio definió claramente la situación y dejó establecido, que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud.



13001-33-33-012-2013-00376-01

3.2. Contestación (fs. 91-101).

EL Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -, se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo, en primer lugar, que los oficios demandados no poseen el carácter de acto administrativo, por cuanto la FIDUPREVISORA S.A., no tiene competencia para expedirlos, solamente obra en calidad de administradora de los recursos del FOMAG.

Agregó que, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 91 de 1989, el Fondo debía deducir el 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, como aportes que ayudan a financiar el Sistema Integral de salud del régimen excepcional a que pertenece el FOMAG.

La Ley 812 de 2003, modificó la norma anterior señalando que el valor de cotización sería el que establezca la Ley 100/93 y la ley 797 de 2013, las cuales establecen un aporte del 12% de 2003, criterio que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 369 de 2004.

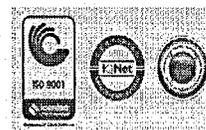
A su turno la Ley 1122 de 9 de enero de 2007, modificó el inciso 1º del artículo 204 de la ley 100 de 1993, en lo referente al monto de las cotizaciones, el cual cambiaría a partir de enero de 2007 del 12% al 12,5% del ingreso o salario base de liquidación.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 107-119).

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante providencia de 12 de marzo de 2015, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida al pago del 5% del valor de la cuantía estimada en la demanda.

Para sustentar su decisión sostuvo que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, al demandante lo cobijaba el régimen especial de los docentes, que se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, el cual dispone en su artículo 8º que se deben realizar dichos descuentos.

Citó en su apoyo apartes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda el 7 de junio de 2012, dentro del radicado No. 2010448, que negó el reintegro de dineros descontados por concepto de salud en razón a que los pensionados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por pertenecer a un régimen especial se rigen por normas especiales y no pueden





13001-33-33-012-2013-00376-01

ser beneficiados del régimen general de cuya cobertura están excluidos expresamente. Y aunque existe una diferencia de trato de los docentes pensionados frente a los demás pensionados a quienes no se les hace descuento, el mismo está fundado en una justificación objetiva y razonable, toda vez que persigue un fin constitucionalmente válido, cual es el de imprimir solidez y solvencia financiera al régimen especial de pensiones de docentes.

3.4. Recurso de apelación (fs. 140-161)

El apoderado de la demandante realizó un recuento normativo y jurisprudencial en relación con los descuentos realizados por aportes de salud. Agregó que el Concepto No. 1064 del 16 de Diciembre de 1997, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, fue claro en señalar que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud.

De otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.

Por lo anterior, el reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y de diciembre, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, en ese caso, sería el valor de la mesada.

Cuando a los Docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se les hizo extensiva la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos para salud, quedaron incluidos dentro del Régimen General de Seguridad Social en Salud, en cuanto a monto de cotización se refiere, pero obsérvese que las normas que regulan este ítem, no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales para este aporte; por tanto, mal podría aplicarse la norma solo al porcentaje del pago para salud y dejar de lado la interpretación o lo que se desprende con las mesadas adicionales, esto

13001-33-33-012-2013-00376-01

independientemente de las normas que rigen el servicio de salud para el Magisterio.

Finalmente, reiteró que de la revisión de la legislación que regula los aportes, se puede concluir, sin lugar a equivocaciones, que no existe ninguna norma en la actualidad que faculte a la Fiduciaria La Previsora S. A, a realizar descuentos a salud sobre las mesadas adicionales de Junio y Diciembre.

3.5. Actuación procesal de la instancia.

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 6 de agosto de 2015 se admitió el recurso de apelación (f. 3 cuaderno N° 2), y por providencia de 18 de agosto de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 36 íbidem).

Las partes no presentaron alegatos y el Ministerio Público tampoco emitió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si de acuerdo a la normativa vigente, el demandante tenía la obligación de realizar aportes del 12% y 12,5%, sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre, o si tal y como lo afirma el actor, se deben realizar la devolución de dichos aportes.



5.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará el fallo de primera instancia, toda vez que los descuentos realizados por aportes de salud, están debidamente autorizados en aplicación de los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, por la tanto no es posible ordenar la devolución de los aportes en salud realizados por el demandante.

5.4. Marco normativo y jurisprudencial

5.4.1. Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud se consideran como contribuciones parafiscales, tal y como lo sostuvo la Sección Cuarta del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, proferida el 3 de diciembre de 2009, en el proceso con Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04897-01 (17122), así:

Ha sido criterio reiterado de la Corte Constitucional que del artículo 48 de la Carta Política se deriva que los recursos de la seguridad social son recursos parafiscales de destinación específica. Esa doctrina judicial la viene planteado desde el año 1997, no surge a partir de la sentencia C-1040 de 2003.

En efecto, frente al carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y su destinación específica, en la sentencia C-1040 del 2003, la Corte reiteró la doctrina de las C-577 de 1997, SU-480 de 1997, T-569 de 1999 y C-821 de 2001. Al respecto consideró:

*“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. **Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados.** Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. **La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.**”*

“Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos i) privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.”



13001-33-33-012-2013-00376-01

"Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud".

Luego, el régimen pensional regula el pago de la cotización en salud como parte del mismo, como una contribución parafiscal definida como gravamen 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.

De las pensiones y el aporte parafiscal para salud.

La Ley 4ª de 1966 "por el 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" señaló lo siguiente:

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

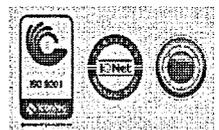
Parágrafo: Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."

Disposición que fue reiterada en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

La Ley 4 de 1976, "por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones" dispuso en su artículo 7º lo siguiente:

"Las pensionadas del sector público, oficial semioficial y privado, así como los familiares (que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinen los reglamentos de las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médico, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre los aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios." (Negritas fuera de texto).

Luego, es claro que la norma mencionada no hizo distinción alguna, simplemente, estableció el derecho a la seguridad social en salud para todos los pensionados, siempre que cumplieran con el pago de aportes para tales servicios.





13001-33-33-012-2013-00376-01

Por lo expuesto, es claro que la contribución parafiscal en salud está contemplada a cargo de todos los pensionados, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993. Por ello, teniendo la parte actora la calidad de pensionado está obligada a efectuar la cotización en iguales condiciones que todos los demás pensionados.

Descuentos en salud en las mesadas adicionales de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el cual estableció en su artículo 8º lo siguiente:

Artículo 8º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...) El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

"ARTICULO. 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 aquél 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. Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995. (...)"

En la Sentencia C- 461 de 1995, la Corte al examinar el alcance del inciso antes transcrito precisó:

"...El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, al nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta"



13001-33-33-012-2013-00376-01

No obstante, el Libro II de la Ley 100/93 reguló "EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD" y en su artículo 204 inciso 1º estableció:

"La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados di Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado"

El inciso mencionado fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 con el texto siguiente:

ARTICULO. 204.- Monto y distribución de las cotizaciones. : La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) 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%. (...)**

Dicha norma fue objeto de control por la Corte Constitucional que en Sentencia C- 1000 de 2007, concluyó:

"...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...

(...) 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:

"...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 presupuestó para financiar la seguridad social, o aumentar la cotización de los trabajadores activos. La ley hubiera podido eventualmente optar por esas



13001-33-33-012-2013-00376-01

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." Resaltado fuera de texto.

De otra parte, el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario" previo:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES

(...) 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..."

Tal inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C - 369 de 2004 señalando que:

"6 - La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes 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 Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. **Sin embargo, una casa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo**, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - **sin que la norma establezca ninguna excepción** - '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'. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003."

La corte Constitucional en sentencia SU-819 de 1999 señaló:

"...Para cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados del régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía contará con los siguientes recursos, los cuales por su origen y naturaleza son limitados:



13001-33-33-012-2013-00376-01

"a) **un punto de la colización de solidaridad del régimen contributivo**, que será girada por cada EPS directamente a la subcuenta de solidaridad del Fondo; h) el monto que las Cajas de Compensación Familiar destinen a los subsidios de salud; c) un aporte del presupuesto nacional (...)" (art. 221 de la ley 100 de 1993).

Además, los recursos de la solidaridad se destinarán **a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables**, los cuales se transferirán a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud. Por lo tanto, el Fondo de Solidaridad y Garantía tiene por objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, así como asegurar la eficacia del Sistema, atendiendo el expreso mandato legal -artículo 218 de la Ley 100 de 1993-, las obligaciones a cargo del Fosyga son limitadas, ya que sus recursos lo son igualmente Resaltado fuera de texto.

La solidaridad, desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber - impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social-, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.

Vistas así las cosas no podría considerarse válidamente que, como lo afirmó la recurrente, la Ley 100 de 1993 excluyó a los beneficiarios de la pensión jubilación del principio de solidaridad y los eximió de la contribución parafiscal en salud cuando se percibe mesadas adicionales, toda vez que el artículo 82 del Decreto Reglamentario 2353 de 2015 dispuso:

"Artículo 82. Regímenes exceptuados o especiales y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Las condiciones de pertenencia a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre las de pertenencia al régimen contributivo y deberá afiliarse a los primeros. En consecuencia, no podrán estar afiliados simultáneamente a un régimen exceptuado o especial y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar los servicios de salud en ambos regímenes.

Los miembros del núcleo familiar de las personas cotizantes que pertenecen a alguno de los regímenes exceptuados o especiales deberán pertenecer al respectivo régimen exceptuado o especial, salvo que las disposiciones legales que los regulan dispongan lo contrario.

Los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente tendrán la obligación de reportar al Sistema de Afiliación Transaccional la información de identificación y estado de afiliación de su población afiliada.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen exceptuado o especial o su cónyuge, compañero o compañera permanente tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud deberá efectuar la



13001-33-33-012-2013-00376-01

respectiva cotización al Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA o quien haga sus veces. Los servicios de salud serán prestados, exclusivamente a través del régimen exceptuado o especial y podrá recibir las prestaciones económicas que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud en proporción al ingreso base de cotización por el que efectuó los aportes al Sistema. Para tal efecto, el aportante tramitará su pago ante el FOSYGA o quien haga sus veces.

5.5. Caso concreto

a). Hechos probados.

Está probado que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Regional Bolívar, mediante Resolución No. 741 del 26 de Noviembre de 2001, le reconoció una pensión de jubilación al actor (fs. 3-5).

Igualmente está probado que mediante Resolución No. 000070 del 31 de enero de 2002, la demandada le reconoció y ordenó el pago una pensión de jubilación post-mortem, en calidad de cónyuge de la señora Armenia Villa De Melo, en cuantía del 50%, disfrutándola a la fecha en el 100% de la misma (fs. 6-9)

Así mismo quedó demostrado que al demandante le hicieron los descuentos de salud alegados en los hechos de la demanda (fs. 20-25)

b) Conclusiones

A juicio de la Sala, las normas transcritas en acápite anterior precisan que, aunque se trate de personas excluidas del régimen pensional general, ellas están obligadas a cotizar para el sistema de salud sobre sus ingresos laborales y todos los adicionales, como es el caso de los docentes para que contribuyan con ellos a los fines del FOSYGA.

Luego, en el contexto del principio de solidaridad las normas transcritas lo que pretendió, conforme a su texto, fue evitar un doble uso del servicio que presta el sistema y, por el contrario, precisó que aunque se trate de personas excluidas del régimen pensional general ellas están obligadas a cotizar para el sistema de salud sobre sus ingresos laborales y todos los adicionales, como es el caso de los docentes para que contribuyan con ellos a los fines del FOSYGA.

En conclusión entonces, aunque la demandante goce de un régimen de excepción contemplado para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe cotizar para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.



13001-33-33-012-2013-00376-01

Si bien es cierto, que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No. 1064 del 16 de Diciembre de 1997, señaló que las mesadas adicionales de junio y diciembre no eran susceptibles del descuento del doce por ciento (12%), lo cierto es que de acuerdo con el artículo 112 del CPACA, los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil no son vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.

Por lo anterior, como el actor recibe una pensión y, tiene el deber de contribuir con el Sistema de Seguridad Social en Salud en cumplimiento del principio de solidaridad que permite la sostenibilidad del sistema.

5.6.4. Condena en costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, la parte vencida es la demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de 12 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

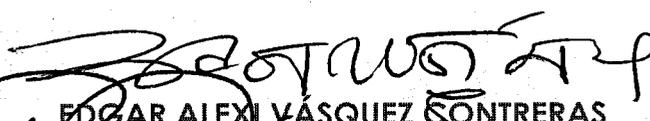
SEGUNDO: Condenar en segunda instancia a la parte demandante al pago de costas procesales a favor de la parte demandada, las cuales serán liquidadas por Juzgado de primera instancia, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

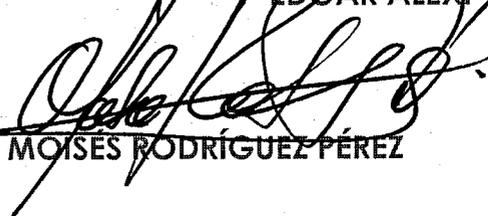


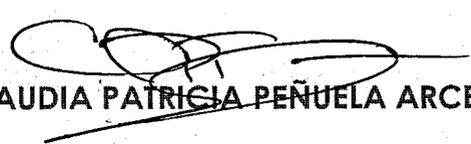
13001-33-33-012-2013-00376-01

TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al despacho de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-012-2013-00376-01
Demandante:	Ciro Antonio Melo Sepúlveda
Demandado:	Ministerio de Educación – Fonpremag.
Asunto	Devolución de aportes a salud
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras