



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

JUEZA: DRA. LUZ ELENA PETRO ESPITIA

CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA INICIAL

Al Despacho del Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, hoy veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013), siendo las dos y treinta de la tarde (02:30 PM), fecha y hora señaladas para la celebración de la **Audiencia Inicial** de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, convocada mediante auto adiado veintinueve (29) de agosto del año en curso, dentro del proceso Rad.70001.33.33.005.2013.00049.00 promovido por el señor Dagoberto Buelvas Dunand contra la Caja Nacional De Previsión Social- Cajanal EICE “En Liquidación”, en ejercicio del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante el cual se pretende “la nulidad del oficio No. 0000306032 de fecha 10 de octubre del 2012, proferido por el Liquidador de la entidad demandada, por medio del cual decidió abstenerse de continuar realizando los descuento que con destino al FOSYGA, hacen sobre la pensión gracia que devenga el demandante”. La suscrita Jueza 5° Administrativo SE CONSTITUYÓ EN AUDIENCIA Y DECLARÓ ABIERTO EL ACTO presidido por ella y en compañía del secretario del despacho. Dando inicio a la presente audiencia se procede a agotar las siguientes subetapas:

1.- ASISTENCIA

PARTE DEMANDANTE:

Apoderado de la parte demandante: Dr. José Manuel González Villalba, identificado con la CC. No. 92.497.748 de Sincelejo - Sucre, con T.P No. 45.553 del C.S.J.

Demandante: Dagoberto Buelvas Dunand.

PARTE DEMANDADA:

Apoderado sustituto de la parte demandada: Jairo Alberto Pinto Buelvas como apoderado sustituto, identificado con la CC. No. 102.810.572, con T.P No. 199.725



del C.S.J. por poder otorgado el señor Orlando David Pacheco Chica, identificado con la CC. No. 79.941.567, con T.P No. 162.234 del C.S.J., quien figura como apoderado principal. Por lo anterior la titular del despacho una vez analizado el poder aportado procede a reconocerle personería al mismo. Decisión fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

MINISTERIO PÚBLICO:

Procuradora Judicial 103 Administrativo I: Dra. Evangelina Castillejo de Sales.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO:

No se presentó

TERCEROS INTERVINIENTES:

No hay intervinientes.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se le concedió el uso de la palabra a las partes, a fin de que manifestaran si observaban vicios o irregularidad en el trámite del proceso, frente a lo cual las partes indican que no observaban vicio alguno.

El despacho revisado con detalle la totalidad del proceso, consideró que tampoco existen vicios de tipo procedimental y sustancial que invaliden lo hasta ahora actuado, por lo cual no se hizo necesario la adopción de medidas de saneamiento. sin embargo advierte a las partes del memorial allegado por el apoderado principal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- obrante a folio 59, donde solicita se decrete la sucesión procesal de la extinta CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, en favor de la UGPP, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22 del Decreto 2196 del 2009, modificado por el artículo 2° del Decreto 2040 de 2011, el cual señaló que la función de la defensa judicial de CAJANAL EICE en liquidación estaría a cargo de la UGPP una vez verificado el cierre definitivo de la entidad en liquidación, esto es 11 de junio del 2013, según lo establecido por el Decreto 0877



de 2013, transfiriéndose tal función a partir del 12 de junio de la presente anualidad.

Respecto la sucesión procesal, el inciso 2° del artículo 60 del CPC, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, establece que: “Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.”

En ese orden de ideas, al estar demostrada en el proceso la inexistencia jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación, y radicarse sus obligaciones en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal de la Seguridad Social – UGPP de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 877 del 30 de abril del 2013, el despacho tendrá para los efectos de este proceso de ahora en adelante, en calidad de sucesora procesal, a esta última entidad, la cual además fue la que contestó la demanda.

Finalmente, se advirtió a las partes que las nulidades saneables que no se aleguen en esta oportunidad no podrán formularse en las etapas siguientes (Núm. 5°, artículo 180 y 207 del C.P.A.C.A). Decisión que fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

3.- DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

De conformidad a lo establecido en el numeral 6° del artículo 180 del C.P.A.C.A en esta oportunidad procesal solo es procedente resolver las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Así, el ente demandado propuso como excepciones de fondo las siguientes: **1)** Legalidad del acto administrativo objeto de la demanda; **2)** Prescripción; y **3)** Genérica del artículo 306 del CPC.



De las excepciones propuestas se considera que las referidas en los numerales 1° y 3° son de fondo, por tanto serán resueltas al momento de proferir decisión de mérito; la indicada en el numeral 2°, prescripción, se considera que es de naturaleza mixta, la cual por economía procesal es susceptible de ser tramitada y decidida como si fuera previa, es decir, en esta etapa procesa, sin embargo, una vez analizado el asunto objeto del litigio y los argumento que fundamenta la excepción en comento, se procederá a estudiarla una vez sea desatado el litigio, toda vez que, que con ella se ataca la existencia del derecho pretendido.

Finalmente, de oficio este despacho no halló excepción para declarar. Decisión que fue notificada en Estrados sin recursos interpuestos por las partes.

4.- FIJACIÓN DEL LITIGIO

El despacho procedió a indagar a las partes demandante y demandada a fin de que manifestaran los hechos en los cuales están de acuerdo, y los demás extremos de la litis, frente a lo cual indicó la parte demandante: ratifica los hechos de la demanda y manifiesta que se debe decidir si es legal los descuentos que con destino al fosyga le realizan a su demandante. Seguidamente el apoderado del ente demandado: mantiene lo manifestado en la contestación. (ver video).

Así, teniendo en cuenta los hechos narrados en la demanda y la posición del demandado frente a los mismos, el despacho encontró que existe acuerdo respecto a los hechos **1°, 4°, 5° y 7°**. Y Parcialmente ciertos el **2° y 3°** y no es cierto el 6°, por cuanto alega la parte demandada no le constan.

Así, habiendo precisado los hechos y en atención a las pretensiones de la demanda, el despacho consideró que el litigio se orientará a determinar si le asiste derecho al demandante que la entidad accionada no le efectúe descuentos de su pensión gracia, para salud con destino al FOSYGA, o si por el contrario el acto administrativo cuestionado que negó tal pedimento se encuentra ajustado a derecho. Decisión que se notifica en Estrados. Sin recurso interpuestos por las partes.



5. CONCILIACIÓN

La señora Jueza, haciendo uso del medio alternativo de solución de conflictos invitó a las partes a conciliar. La parte manifestaron que no desean conciliar. Por tanto, comoquiera que las partes no les asistió ánimo conciliatorio, el despacho declaró fracasada la presente etapa procesal. Decisión que fue notificada en Estrados, sin recurso interpuestos por las partes. (ver video).

6. MEDIDAS CAUTELARES

En el presente asunto atendiendo a que las partes no solicitaron el decreto de medidas cautelares, el despacho obvió dicha etapa. Decisión que fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

7. DECRETO DE PRUEBAS

El despacho dispuso tener como pruebas las aportadas con la demanda y su contestación; y dado que las partes no solicitaron la práctica de otras distintas, en aplicación del art.179 del CPACA el despacho prescindirá de la etapa probatoria y atendiendo además que el litigio en el presente asunto es de pleno derecho, teniendo en cuenta que la controversia gira en torno a si la entidad demandada está facultada por ley para efectuar descuentos de Seguridad Social por concepto de salud a los docentes beneficiarios de pensión de jubilación gracia; se procederá entonces a dictar sentencia dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión. Decisión que fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El despacho procedió a correr traslado a las partes a efectos de que presente sus alegatos de conclusión conclusión, respecto a lo cual la parte demandante, se pronunció sucintamente de la siguiente manera:



Parte demandante: Considera que son ilegales los descuentos que le hacen al demandante ya desconocen lo estipulado de la ley 100 del 93, pues como su nombre lo indica es por gracia, por lo que los aportes que van con destino al Fosyga ya se vienen haciendo, violando con esto sus derechos fundamentales.

Seguidamente la parte demandada: Si bien es cierto nos no encontramos en un estado donde impera el principio del interés general y de solidaridad, y esto no es ajeno a la Seguridad Social, por lo tanto la parte demandante esta en la disposición de soportar dicha carga. Y solicita no estimar las pretensiones de la demanda. (Ver video).

9. SENTENCIA:

Escuchados los anteriores alegatos, el despacho con fundamento en los artículos 179 y 187 del CPACA, procedió a proferir decisión de fondo así:

9.1 LA DEMANDA:

La parte actora depreca la nulidad absoluta del oficio No. 0000306032 de fecha 10 de octubre del 2012, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EIEC en liquidación, a través del liquidador decidió no abstenerse en continuar realizando los descuentos que con destino al FOSYGA, hacen sobre la pensión gracia que devenga el demandante, como también denegó la devolución de las cotizaciones, que por tales conceptos mensualmente le descuentan al señor Dagoberto Buelvas Dunand.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social “CAJANAL” a: 1. Abstenerse de continuar realizando los descuentos con destino al FOSYGA que vienen realizando sobre la pensión gracia del señor Dagoberto Buelvas Dunand, desde la fecha en que adquirió su status de pensionado; 2. Que pague al demandante la indexación sobre dichos valores que le han venido descontando sobre su mesada de su pensión gracia, calculada desde la fecha de su exigibilidad



y hasta cuando el pago se verifique; 3. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada; y 4. Que dé cumplimiento a la sentencia dentro de los términos del Artículo 190 y 192 de la ley 1437 de 2011.

Respecto a las normas violadas señaló como infringidos los artículos 2º, 6º, 29 y 53 de la Constitución Política, Ley 1437 de 2011, artículos 38º, 64º, 155 –157, 166, Ley 114 de 1913 en su art. 1º a 5º, Leyes 116 de 1928, 37 de 1933, 91 de 1989; Decreto 047 de 2000, y Ley 100 de 1993.

En su concepto de violación expresó que en ninguna parte de la resolución por medio del cual se le beneficio al demandante con el derecho a la pensión gracia, se le faculta a entidad alguna a hacer descuentos con destino al FOSYGA, por lo cual se concluye que en el presente asunto lo que está sucediendo es una desmejora salarial producto de una decisión unilateral, por tanto es de recordar que no existe texto legal, ni mucho menos normativo que le faculte a la entidad demandada para hacer los descuentos que viene siendo objeto la pensión gracia del demandante.

De igual forma, indicó que la norma en que se fundamenta la entidad demandada para denegar la petición de fecha 7 de abril de 2009, Art. 14 del Dcto. 1703 del 2002 es inaplicable a los docentes, primero porque se está refiriendo a afiliados a un régimen de pensión, siendo que los beneficiarios de la pensión gracia no requieren afiliación a la Caja Nacional de Previsión Social ni hacer aportes para tal efecto, y segundo que las sumas que por concepto de pensión reciben son propias e inherentes a la actividad que desempeñan. Aspecto este que lo corrobora la Ley 114 de 1913 en su Art. 1º.

Finalmente, el parágrafo 2º del Art. 279 ibídem, insiste en que la excepción planteada se refiere a la exoneración de las cotizaciones que deben hacerse al sistema de salud, la excepción radica en la calidad de servidor público, es decir el docente para la aplicación especial de normas propias que regulan esta materia. La categoría especial que ostenta La Pensión Gracia la exime de deducciones, contribuciones o cotizaciones vistas desde la arista del propósito de la Ley 100/93,



dado que, como ya se dijo, los ingresos por salario, pensión u otra clase de ingreso cubren este llamado legal.

9.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

En su contestación la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- manifiesta que las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso, por cuanto las mismas carecen de sustento jurídico y en especial probatorio que permita establecer que se ha desconocido los derechos del actor, además que con los descuentos realizados al demandante en ningún momento se ha vulnerado sus derechos fundamentales, pues estos están ordenados en la ley y la jurisprudencia constitucional.

9.3 CONSIDERACIONES DEL JUZGADO:

A.- PROBLEMA JURÍDICO: Se contrae a determinar si le asiste derecho al demandante señor Dagoberto Buelvas Dunand a que la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación le reintegre los dineros descontados por salud que con destino al FOSYGA se le vienen haciendo de su pensión gracia, o si por el contrario el acto administrativo cuestionado en el petitum que negó tal pedimento se encuentra ajustado a derecho.

Para resolver el anterior planteamiento, el despacho estudiará los siguientes aspectos: I) Marco normativo y jurisprudencial de la Pensión Gracia; II) Material Probatorio; y III) El caso concreto.

I) - MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL - La pensión gracia, fue creada por la Ley 114 de 1913, como un beneficio a favor de determinado grupo de docentes, con cargo a la Caja Nacional de Prestaciones Sociales - CAJANAL y del Fondo Nacional de Pensiones Públicas. Al respeto, dicha Ley dispuso:

“Artículo 1º. Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte



Rama Judicial del Poder Público

años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley.

(...)

Artículo 3°. Los veinte años de servicio a que se refiere el artículo 1°, podrán contarse computando servicios prestados en diversas épocas, y se tendrán en cuenta los prestados en cualquier tiempo anterior a la presente ley.”

Dicha prestación económica, surge como derecho para aquellos docentes que hayan prestado sus servicios en escuelas primarias oficiales, por un término no inferior a veinte (20) años y cincuenta (50) años de edad y que sería equivalente al 50% del sueldo de los dos últimos años de servicio.

Luego, ese beneficio se extendió en virtud del artículo 6° de la Ley 116 de 1928, a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de la instrucción pública en colegios departamentales o municipales; pudiendo así computar el servicio de la enseñanza primaria y la normalista en diversas épocas.

Con la expedición de la Ley 37 de 1933 se extendió nuevamente este beneficio a los maestros que completaran los años de servicio señalados por la Ley 114 de 1913 en establecimientos de enseñanza secundaria, de manera que permitió computar el tiempo de servicio de enseñanza primaria con el de secundaria, guardando los mismos requisitos.

Posteriormente, la Ley 24 de 1947, dispuso: “Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidaran de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año”.

Normatividad anterior que fue modificada por el artículo 4° de La Ley 4ª de 1966, indicando que “la pensión de gracia se liquidara con base en el 75% del promedio mensual obteniendo en el último año de servicio”. Y ratificada más adelante por el art. 5° del Decreto Reglamentario 1743 de 1966.

Mediante la Ley 43 de 1975 se desarrolló en Colombia, el proceso de nacionalización de la educación, comprendido desde el 1° de enero de 1976 hasta el 31 de diciembre de 1980.



Luego, con la expedición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, la cual dispuso que a partir de la vigencia de la presente ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad a enero 1° de 1990 sería regido por las siguientes disposiciones:

“...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, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

No obstante, la Corte Constitucional consideró en sentencia C-915 de noviembre 18 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, que si bien las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 se habían encargado de extender el marco de aplicación de la pensión gracia a todos los maestros del sector oficial sin importar la fuente de su vinculación, el hecho de que el reconocimiento de esa prestación quedara supeditado a la exigencia de no recibir otra retribución de la Nación encontraba claro fundamento, primero, en el principio de libre configuración legislativa, el cual le permite al Congreso de la República fijar los objetivos generales relacionados con el régimen prestacional de los servidores públicos; segundo, en la razón o causa que inicialmente inspiró la consagración legal de la gracia, cual es establecer un estímulo o retribución a favor de los maestros del nivel territorial cuyos salarios eran sustancialmente inferiores a los recibidos por los docentes nacionales.



Rama Judicial del Poder Público

Esta diferencia se originaba en el déficit presupuestal que permanentemente acompañaba a los departamentos y municipios, lo cual les dificultaba remunerar de mejor manera la labor desarrollada por los maestros de las escuelas primarias que, por mandato expreso de la Ley 39 de 1903, debían ser nombrados y pagados por las mencionadas entidades territoriales.

En conclusión, con la expedición de la ley 100 de 1993 artículo 279, la pensión gracia quedó ratificada como régimen especial, que tiene vida propia y autonomía frente al régimen pensional ordinario, por su condición de derecho adquirido concedido por el legislador y con el rango de protección constitucional. Por tanto, su reconocimiento es directo e independiente de cualquier otra situación ordinaria.

De otra parte, en lo que respecta al sistema de seguridad social aplicable a la pensión gracia, se tiene que éste tiene como objeto regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población y en todos los niveles de atención, por lo que se requiere un esfuerzo solidario para la financiación del mismo, pues la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal.

La Corte Constitucional a través de sentencia C-548 de 1998, señaló:

"Como se ha advertido, el fin social del Estado, además de asegurar la prestación del servicio de salud, supone una redistribución de los recursos, económicos administrativos, humanos, institucionales, etc., con que cuenta el sistema de seguridad social en salud, para que todos puedan tener acceso al mismo y obtener la atención en los distintos niveles referidos; esto, en un estado con limitaciones económicas como el nuestro, donde la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal, determina que la sociedad y los particulares participen, en la medida de su capacidad económica individual y con esfuerzo en la misma, para poder ofrecer a todos los servicios en condiciones que realcen su dignidad humana y permitan destinar una esencial atención y protección de las personas menos favorecidas. La vigencia de un esquema de participación de la sociedad en los cometidos estatales de orden social, así diseñado, facilita la realización material de un orden justo, basado en el respeto a la dignidad humana, mediante la efectividad del compromiso solidario por parte de todos"



Rama Judicial del Poder Público

Como fundamento constitucional a lo anterior, la Constitución Política en su artículo 48 regula los principios de la seguridad social, así:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

Principio de solidaridad que es definido también en el artículo 2° de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

De lo anterior, se vislumbra que la solidaridad es un principio inmerso en la seguridad social, consistente en que todas las personas deben ayudarse mutuamente y que en este caso es aplicado con el fin de financiar la salud de los menos favorecidos. De tal modo que no haciéndose distinción alguna, no podría exceptuarse de dicha obligación a los beneficiarios de la pensión gracia, máxime cuando estos aportes hacían parte de los recursos con los cuales la Caja financiaba su servicio médico asistencial, también regulado en ese mismo sentido por el artículo 7ª de la ley 4ª de 1976, condicionado al cumplimiento de las obligaciones sobre los aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios. En ese entendido el despacho comparte lo expuesto por el apoderado de la entidad demandada.

En lo relativo a los descuentos ordenados por ley a las mesadas pensionales, el parágrafo del artículo 2° de la Ley 4ª de 1966, “por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social- Cajanal, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”, señaló que los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional, norma que posteriormente fue derogada y modificada por la Ley 100 de 1993.



Rama Judicial del Poder Público

Al efectuar el reconocimiento de la pensión gracia de la Ley 114 de 1913, se generaba para estas personas la posibilidad de disfrutar de los servicios médicos asistenciales, prestados por Cajanal, en ese entonces, pero la Ley 100 de 1993, determinó la unificación del monto del aporte para financiar los servicios de salud, y en el artículo 143 dispuso:

“Artículo 143. *Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1° 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 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.

PARAGRAFO 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.”*

De acuerdo con esto se vislumbra que, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, la entidad encargada de prestarles los servicios de Salud a los pensionados, en los que se incluía los beneficiarios de la pensión gracia, era el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, establecía un descuento del 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, al expedirse la Ley 100 de 1993 se estableció de manera general en su artículo 204, que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate, es decir, no hizo distinción alguna sobre que pensiones estaban exentas de hacer los aportes en salud, lo que significa que la cotización a salud es obligatoria sobre la mesada pensional.

Así, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso:



“Artículo 280: 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 1o. 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.

En consecuencia, a partir del 1º de abril de 1994 el aporte en salud pasará del 7 al 8 % y cuando se preste la cobertura familiar, el punto de cotización para solidaridad estará incluido, en todo caso, en la cotización máxima del 12%.”

Como puede verse, también los aportes de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones consagrados en los artículos 27 y 204 ibídem, son obligatorios sin ninguna excepción, dado que la norma no hizo discriminación en tal sentido.

Entonces, 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 1º 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.

El artículo 204 de la ley en comento dispuso:

“ARTICULO 204. Monto y distribución de las Cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al 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 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 el artículo 222"

Así mismo, el artículo 26 del 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" señala que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustituta tanto del sector público como privado, son afiliados al Régimen contributivo y deben pagar obligatoriamente una cotización mensual o aporte económico con base en el ingreso base de cotización que se tiene en cuenta para aplicar el porcentaje del aporte.

Significa lo anterior que aquellas personas que cumplan con los requisitos de ley para pensionarse y adquieran dicha pensión vitalicia de jubilación, el sistema les seguirá descontando en cada mesada el porcentaje de ley, teniendo en cuenta que según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 (*"por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"*), la cotización al régimen contributivo de salud fue incrementada en un 0.5%, es decir que los docentes pensionados pasaron del 12% al 12.5%. La citada ley consagró:

Artículo 10. *Modificase el inciso 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:*

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. *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*



Rama Judicial del Poder Público

cero punto cinco por ciento (0,5%). Ver la Circular del Min. Protección 15 y 101 de 2007.

El anterior artículo fue adicionado por la Ley 1250 de 2008 de la siguiente manera:

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”

II)- MATERIAL PROBATORIO - Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

1. Derecho de Petición de fecha siete (7) de abril de 2009, (fls. 18 a 20).

2. Oficio No. 0000306032 de fecha 10 de octubre del 2012, proferido por el Liquidador de Cajanal E.I.C.E. en liquidación, por medio del cual se negó lo solicitado por el demandante, referente a que la entidad demandada se abstuviera en continuar realizando los descuentos que con destino al FOSYGA. (fls. 9 al 13, 22).

3. Resolución No. 6440 de fecha 19 de marzo de 1993, por medio de la cual se le reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Dagoberto Buelvas Dunand, (fls. 13 al 15).

III)- EL CASO CONCRETO. - De conformidad con el material probatorio arrimado al proceso, se encuentra demostrado que la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL EN LIQUIDACIÓN a través de la Resolución No. 6440 de fecha 19 de marzo de 1993, le reconoció al señor Dagoberto Buelvas Dunand, identificado con la C.C. No. 6.856.186, pensión gracia.



Así mismo, que el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional por parte de CAJANAL E.I.C.E, le vienen efectuando los descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud; y que mediante oficio No. 0000306032 de fecha 10 de octubre del 2012, expedido por el liquidador de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACION, se le negó al actor la petición de devolución de las cotizaciones por concepto de salud.

Ahora bien, a fin de resolver el problema jurídico planteado por el despacho, consistente en determinar si el demandante tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones parafiscales de la protección Social – UGPP, sucesor procesal de la extinta Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL E.I.C.E en Liquidación, le reintegre los dineros descontados por salud que con destino al FOSYGA se le vienen haciendo a su pensión gracia. Para ello se tuvo en cuenta todo el fundamento normativo y jurisprudencial en cita, el cual permitió determinar que no existe violación alguna en la realización de dicho descuento, toda vez que el mismo es una contribución realizada a todos los pensionados sin distinción alguna bajo el principio de solidaridad, encaminado al sostenimiento del Sistema General de Seguridad Social, el cual resulta apenas razonable y necesario según la naturaleza de dicho sistema.

En consecuencia de las normas en comento, queda claro que los beneficiarios de la pensión gracia no están exentos o excluidos de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, contrario a lo expuesto por la parte actora el cual catalogaba dicho descuento como ilegal y siendo estos realizado conforme a derecho. Al respecto es pertinente traer a colación apartes de la sentencia T-359/09 de 21 de mayo de 2009, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, donde la H. Corte Constitucional se pronunció sobre este aspecto- descuentos en salud efectuados a la pensión gracia, así:

“(…) En efecto, los actores reclaman por esta vía, el reembolso de unos descuentos que por concepto de salud les hacen de su pensión, aspecto sobre el cual es importante recordar que sobre este tipo de descuentos ordenados por ley a las mesadas



pensionales, el parágrafo del artículo 2° de la Ley 4ª de 1966, “por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social- Cajanal, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”, señaló que los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional, norma que posteriormente fue derogada y modificada por la Ley 100 de 1993.

Al efectuar el reconocimiento de la pensión gracia de la Ley 114 de 1913, se generaba para estas personas la posibilidad de disfrutar de los servicios médico asistenciales, prestados por Cajanal, en ese entonces, pero la Ley 100 de 1993, determinó la unificación del monto del aporte para financiar los servicios de salud, y en el artículo 143 dispuso:

“Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1° 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 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.

PARAGRAFO 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.” 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 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 (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Bajo ese referente jurisprudencial, se concluye entonces que no existe vulneración de las normas citadas como quebrantadas, debido que la cotización al sistema es obligatoria para todos los pensionados; en razón a ello, el despacho encuentra que el acto administrativo enjuiciado, oficio No. 0000306032 de fecha 10 de octubre del 2012, se encuentra ajustado a derecho, por lo cual se declarará probada la excepción de legalidad del acto administrativo objeto de la demanda, propuesta por el apoderado de la entidad accionada, fundada en que en la legislación Colombiana todo aquel que hace parte del Sistema de Seguridad Social en cualquiera calidad que ostente tiene la obligación constitucional y legal de efectuar los respectivos aportes a la salud y consecuentemente al FOSYGA. Pues, goza de autorización legal la entidad accionada para hacer los descuentos en salud del demandante de su pensión gracia con destino al FOSYGA, claro está, con sujeción a la norma y sin sobrepasar el límite fijado por el legislador.

Así que al encontrarse probada la excepción precedente el despacho por remisión del art. 306 del CPACA dando aplicación al inc. 2º del art. 306 del C.P.C. se releva de la obligación de estudiar y analizar las demás excepciones propuestas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declárese probada la excepción de legalidad del acto administrativo objeto de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: Niéganse las súplicas de la demanda.

TERCERO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Decisión esta que se notificó en Estrados, La parte demandante hace ejercicio del recurso de apelación, parte demandada sin recurso.

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia siendo las 3:35 PM y se deja constancia de la grabación del audio y video. Se firma por los que en ella intervinieron.

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ VILLALBA

Apoderado de la parte demandante.

JAIRO ALBERTO PINTO BUELVAS

Apoderado Sust. del ente demandado

DAGOBERTO BUELVAS DUNAND

Demandante

CAMILO JOSÉ MAHECHA NARANJO

Secretario