



Yopal, siete (7) de mayo de dos mil quince (2015).

Fallo¹. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Docentes. (2) Pensión gracia. (3) Descuentos SSS-Salud-. ASUNTO LITIGIOSO (palabras clave): PENSIÓN GRACIA: docentes. DEVOLUCIÓN DEL 12% DESCONTADO DE LAS MESADAS PENSIONALES POR CONCEPTO DE SALUD. CAMBIO DE LÍNEA. Reiteración. Desestima pretensiones.

Demandante:	ESPERANZA OLMOS DE HIGUERA
Demandado:	CAJANAL EN LIQUIDACIÓN - UGPP (SUCEOR PROCESAL)
Radicado:	850013333001-2014-00020-01 (2015-00044)
Juzgado de Origen:	Segundo Administrativo de Yopal
Fecha decisión:	29-VIII-2014

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de restablecimiento del derecho de la referencia, en el cual se controvierte la legalidad de descuentos a las mesadas pensionales, por concepto de salud. Promueve la alzada la parte demandada.

HECHOS RELEVANTES

Quien demanda es un docente en Casanare; obtuvo pensión de gracia a cargo de CAJANAL mediante Resolución 10593 del 2 de septiembre de 1996 por haber cumplido los requisitos de ley, efectiva a partir del 18 de octubre de 1994 (fol. 15 y 34 c. ppal.). Reliquidada a través de la Resolución 40829 del 4 de septiembre de 2007 (fol. 15), allí se ordenó efectuar descuentos del 12% para salud en cada una de las mesadas pensionales.

ASUNTO LITIGIOSO

Se discute la procedencia del descuento del 12% con destino al sistema de seguridad social en salud sobre la mesada de quien percibe una pensión gracia.

La parte actora estimó que se infringió el ordenamiento social que rige a la pensión de gracia, porque CAJANAL ordenó y aplicó los descuentos por salud a sus mesadas pensionales, pese a que las Leyes 114 de 1913 y 91 de 1989 (régimen especial docente) no establecen dichas deducciones por ese concepto y la Ley 100 de 1993 no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (art. 279).

La pasiva (CAJANAL – UGPP) enfatizó que los docentes están obligados a cotizar al sistema de seguridad social en salud por no existir disposición legal que los excluya, por el contrario, son claras las razones constitucionales y legales para que se efectúen los aportes en comento.

¹ Descuento 12% pensión gracia. Línea rectificadora. Matriz 1_2015

DECISIÓN RECURRIDA

El juez segundo administrativo de Yopal profirió sentencia el 29 de agosto de 2014 (fol. 91 c. ppal.), declaró la nulidad parcial de las Resoluciones 40829 de 2007 y PAP 028559 de 2010, ordenó a la UGPP cesar los descuentos efectuados por concepto de salud de la pensión gracia de la demandante y liquidar, pagar y/o devolver actualizados los descuentos efectuados que se hayan aplicado a partir del 21 de enero de 2011, en virtud de la prescripción trienal que declaró.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La **entidad accionada** (fol. 101) solicitó que se revoque el fallo apelado y en su lugar se nieguen las pretensiones. Argumentó que la pensión gracia no es una de las prestaciones pertenecientes al régimen propio del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y tampoco está excluida del Sistema de Seguridad Social (art. 270 de la Ley 100 de 1993), luego en virtud del principio constitucional de solidaridad se deben realizar aportes al SSS-S².

Agregó que: i) existe indebida conformación del litisconsorcio por pasiva por cuanto no maneja los recursos que se descuentan a los pensionados (art. 156 de la Ley 100 de 1993), luego la condena debe hacerse al Ministerio de Salud y de la Protección Social –FOSYGA, encargo fiduciario, ii) al no estar exenta la pensión gracia de los descuentos de salud, es obligación de los entes que la cancelan hacerlos y CAJANAL no es la que debe responder con su patrimonio por las pretensiones del demandante, y ii) existe ineptitud sustantiva de la demanda en lo que tiene que ver con las normas violadas y el concepto de violación.

Por último, transcribió aparte de sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander en las cuales en temas similares se han negado las pretensiones.

ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al despacho del sustanciador el 18 de febrero de 2015 y el recurso fue admitido el mismo día (fol.3 c. segunda instancia), sin novedades; el 26 de febrero de 2015 se abrió etapa de alegaciones (fol. 6 c. segunda instancia) a la cual concurrió únicamente la entidad demandada. El asunto entró en turno para fallo el 7 de abril siguiente (fl.24 c. 2ª instancia); puesto que media línea consolidada no se somete a espera.

Alegatos de las partes: La entidad demandada (fol. 5 c. 2ª instancia) reiteró los argumentos expuestos en la alzada sin ofrecer adicionales. La parte actora y el *agente del Ministerio Público* guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1ª Examen formal. Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con el art. 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal; no se vislumbra necesidad de saneamiento de oficio. Se proveerá decisión de mérito, puesto que el medio de control se instauró oportunamente por una persona

² Apoyó su tesis en la sentencia T-359 de 2009 en donde se indicó que los descuentos practicados a la pensión gracia por aportes en salud no vulneran derechos fundamentales y son ajustados a la ley.

natural capaz de hacer valer sus derechos y contra un centro presupuestal y de responsabilidad con personería jurídica, debidamente representado y legitimado por pasiva, tanto en la perspectiva formal como en la material, como luego se precisará.

1.1 La excepción de inepta demanda. La pasiva aflora ahora que el libelo no cumplió la carga de argumentación; esos reparos debió hacerlos al contestar el traslado para que se ventilaran en audiencia inicial. Bastaría ello para desestimarlos y se agrega que en la página 3 de la demanda se consignaron la florida reseña de normas violadas y el concepto de violación.

1.2 Litisconsorcio pasivo. Tampoco se hizo valer oportunamente y se trajo como argumento tardío en la apelación. Esa problemática procesal está decantada en la línea horizontal, pues el acto que ordenó los *descuentos* con destino a *salud* lo expidió CAJANAL a la que sucedió UGPP por ministerio de la ley, de manera que es la única destinataria de pretensiones, sin perjuicio de eventual llamamiento en garantía (que no se hizo) a otros entes estatales que reciben y administran los recursos descontados, o de futuras actuaciones administrativas para el recobro de lo que se tuviera que devolver a la parte actora.

2ª PROBLEMA JURÍDICO DE FONDO

Se trata de dilucidar si la pensión de gracia que devenga un docente puede ser afectada por descuentos con destino al sistema general de la seguridad social en salud, acorde con el modelo de sostenibilidad que introdujo la Ley 100 de 1993.

2.1 Tesis del Tribunal. Sí, así se reitera³ en acatamiento de las sentencias T-546⁴ y T-835⁵ de 2014. Esta Corporación cambió la tesis que venía sosteniendo para acoger la

³ Apertura de nueva línea TAC, sentencia 27 de noviembre de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 85001-3333-002-2013-00326-01 (con aclaración de voto de Néstor Trujillo González). Reiteración en sentencias del 10 de marzo de 2015, expediente 850013331001-2010-00092-01 y de revisión del 16 de abril de 2015, radicación 85001 2333000- 2014- 00127-00 y del 23 de abril de 2015, radicado 850012333000-2014-00111-00, ponente José Antonio Figueroa Burbano; además, sentencia del 30 de abril de 2015, radicado 850013331001-2013-00327-01, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel.

⁴ Sentencia T-546 de 21 de julio de 2014, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: expedientes T-4291638, T-4291650 y T-4291660, acumulados; acciones de tutela interpuestas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), contra los Juzgados 2º Administrativo del Circuito de Valledupar (T-

que el máximo órgano constitucional dispuso en las sentencias de revisión aludidas; en consecuencia, en virtud del principio de solidaridad consagrado en la Constitución proceden los descuentos que se hacen a la pensión gracia de los docentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud pues con ello se contribuye a su sostenibilidad, eficiencia y se presta asistencia médica a quienes hacen parte del régimen subsidiado.

2.1.1 Carga de transparencia. Tesis que se abandonó⁶. El Tribunal consideró que no existe norma expresa alguna que imponga esa carga a los beneficiarios de la gracia que por liberalidad la Nación les confirió desde el año 1913, progresivamente extendida, porque no es una pensión gobernada por el sistema de Ley 100 en torno a la cual se han producido diversas novedades legislativas, pero ninguna explícita que afiance el aludido descuento; ni siquiera la Ley 812 del 2003, porque esta niveló el monto (porcentaje) de los aportes que deben hacerse por los destinatarios del régimen especial de la Ley 91 de 1989 (era del 5% en el FPSM) con los que deben hacer todos los del régimen contributivo de la Ley 100 (12 o 12,5%).

En esa línea se analizaron extensamente el supuesto precedente de la sentencia T-359 de 2009, que se ocupó de la perspectiva de derechos fundamentales del docente, y un *obiter* en fallo ordinario del Consejo de Estado⁷; se dijo por qué *ningún precepto legal* ha consagrado esa carga para los docentes que devengan pensión gracia, por no estar el servicio de salud que se les presta al cuidado de CAJANAL desde la expedición de la Ley 91 de 1989, ni regulada su seguridad social por el sistema general de la Ley 100 y por qué no cabe imponerla jurisprudencialmente en virtud de laxa invocación del principio de solidaridad. No obstante, mandatos constitucionales explícitos y posteriores han obligado a variar la lectura que en virtud de autonomía judicial hacía el Tribunal.

2.1.2 En efecto: la Corte Constitucional en las sentencias T-546 y T-835 de 2014, después de hacer un recuento sobre la procedencia de la acción de tutela contra

4291638), 14 Administrativo del Circuito de Bucaramanga (T-4291650) y 8º Administrativo del Circuito de Bucaramanga (T-4291660). Asunto: Descuentos de salud sobre pensión gracia, reembolso de los descuentos efectuados por este concepto.

⁵ Sentencia proferida el 11 de noviembre de 2014, Sala Quinta de Revisión, ponente Jorge Iván Palacio Palacio, expedientes acumulados T-4.374.697 y T-4.422.174; acciones de tutela interpuestas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales en contra del Tribunal Administrativo de Casanare (T-4.374.697) y el Tribunal Administrativo de Santander (T-4.422.174).

⁶ Entre otras, TAC sentencias del 6 de febrero de 2014, expedientes 8500133330012013-00068-01, 8500133330012013-00072-01 y 8500133330012013-00073-01, sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente 850013331701-2012-00039-01 (2013-594), y sentencia de esta misma fecha, radicado 2012-00045-01, ponente: Néstor Trujillo González. Reiteraciones del 5 de marzo de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicados 85001- 3331-701- 2012 – 00040- 01y 85001- 3331-002- 2012 – 00041- 01 y del 13 de marzo de 2014, expediente 850013333001-2012-00151-01 (2013-621), ponente Néstor Trujillo González.

⁷ Sentencia del 5 de septiembre de 2013, expediente 250002325000201100805-0, ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

sentencias judiciales y la naturaleza jurídica de la pensión gracia, entre otros temas, señaló que se ha desconocido un precedente aplicable al caso en estudio, como lo es la sentencia T-359 de 2009; además, ya que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, creado en la Ley 91 de 1989, que perciban a su vez una pensión gracia que se reconozca por CAJANAL, hoy UGPP, deben aportar al Sistema General de Salud en virtud del artículo 52 del Decreto 806 de 1998, que prevé que cuando se reciba más de una pensión se cotizará sobre la totalidad de los ingresos y del artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, que establece que cuando una persona sea afiliada al régimen de excepción (magisterio) y perciba ingresos adicionales (pensión gracia), se deberá efectuar la cotización al FOSYGA, por cuanto debe aportar solidariamente al Sistema y estará recibiendo el servicio de salud del Régimen de Salud.

De esos fallos constitucionales se retoma breve extracto así:

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, como:

"(...) 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. Es deber del estado (sic) garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante la participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el sistema de Seguridad se aplicaran siempre a los grupos de población más vulnerables."

Sobre el principio de solidaridad frente al Sistema de Seguridad Social en salud, la Corte en Sentencia C- 548 de 1998,⁸ señaló:

8 MP. Hernando Herrera Vergara

"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". - Subrayas fuera de texto-

En sentencia C-1000 de 2007, la Corte reitera la posición de la obligación de cotizar al Sistema y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

(...) finalmente frente 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 beneficiarios, 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."

26. De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.

2.1.3 Desde la fundación de nueva línea⁹ y en las sucesivas reiteraciones la Sala se ha limitado a obedecer la orden impartida por la Corte Constitucional; nada queda por agregar, pues los diversos argumentos que se ofrecieron en el pasado no fueron acogidos por ese órgano límite y aún no se conoce posición diferente del superior funcional.

3ª Caso concreto. Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos dogmáticos deberá revocarse la sentencia apelada, la cual partió de la línea consolidada que abandonó este Tribunal y en su lugar procede negar las pretensiones de la demanda, pues el conflicto se reduce a puro derecho, interpretación y aplicación de fuentes: la actora es titular de pensión gracia; la pasiva ordenó descontarle 12% a título de aportes para salud con destino al FOSYGA y la Corte Constitucional ha dicho que tales docentes deben pagarlos. A ello ha de estarse.

4ª Costas. Prospera el recurso de la entidad accionada; no hay lugar a imponerlas pues no se vislumbra conducta procesal impropia que las amerite¹⁰.

⁹ TAC, sentencia 27 de noviembre de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 85001-3333-002-2013-00326-01.

¹⁰ Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: apertura de línea en sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; entre las últimas reiteraciones, sentencia del 8 de mayo de 2014, radicación 850012333002-2013-00041-00, ambas con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213-00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

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

RESUELVE:

1º REVOCAR la sentencia del 29 de agosto de 2014 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal, por medio de la cual definió el litigio de ESPERANZA OLMOS DE HIGUERA contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – “UGPP”; en su lugar se **DENIEGAN** las pretensiones.

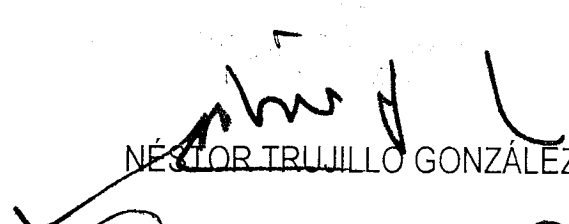
2º Sin costas en esta instancia.

3º En firme lo resuelto, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas copias y constancias en los registros de Secretaría.

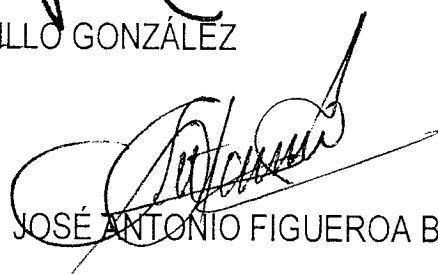
NOTIFÍQUESE

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta. NRD Olmos de Higuera Vs. Cajanal en liquidación- UGPP sucesor procesal. Descuento 12% pensión gracia. Hoja de firmas, fallo revoca estimatorio, 7 de 7).

Los magistrados,


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

NTG/Lida