



Función Pública

Sentencia 2009-00793 de 2019 Consejo de Estado

COTIZACIONES A SALUD- Naturaleza / PAGO DE COTIZACIONES A SALUD-Obligatoriedad / BENEFICIOS CONVENCIONALES DE SALUD- No exime del pago de aportes al Sistema de General de Seguridad Social en Salud / REVOCATORIA DIRECTA – Inoperancia

Dado el carácter parafiscal de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud y la naturaleza de la obligación de los pensionados de afiliarse y efectuar los aportes, se tiene que este gravamen no puede ser objeto de transacción o negociación entre las partes de la relación laboral, de modo que cualquier estipulación en este sentido no tiene validez, ya que las cotizaciones no le pertenecen al pensionado. Como corolario de lo expuesto, se precisa entonces que los pensionados son sujetos obligados a la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por ello, tienen el deber cubrir el monto de la cotización.(...) en razón del carácter parafiscal de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en salud, este gravamen no puede ser objeto de transacción o negociación entre las partes de la relación laboral, por ello, se itera que el beneficio otorgado al accionante en el Artículo 4 de la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991, es diferente de la obligación legal de pagar los aportes a salud, acorde con lo previsto en la Ley 100 de 1993. Y en este orden de ideas, el debate en el *sub lite* no se circunscribe a los beneficios convencionales percibidos por el actor quien fue empleado público. Por consiguiente, el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia no debía agotar el trámite de la Revocatoria Directa ni obtener el consentimiento del titular derecho subjetivo para expedir la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, como quiera este acto administrativo no conlleva a que el pensionado deje de beneficiarse del servicio de salud previsto en la resolución de reconocimiento pensional. Lo anterior significa que el señor (...) sin que medie cotización, podrá utilizar los servicios médicos que le brinda directamente su antiguo empleador, y de la misma forma al cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con cargo a su mesada pensional, para recibir los servicios del plan obligatorio de salud del régimen contributivo.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993- ARTÍCULO 202 /

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 08001-23-31-000-2009-00793-01(1173-12)

Actor: LUIS RAFAEL ABUCHAIBE ABUCHAIBE

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - GRUPO INTERNO DE TRABAJO PARA LA GESTIÓN DEL PASIVO SOCIAL DE PUERTOS DE COLOMBIA

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho- Decreto 01 de 1984

Tema: Cotización al Sistema General de Seguridad en Salud.

Confirma fallo que accedió a las pretensiones de la demanda.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada contra la sentencia del 28 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Pretensiones

El señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe, mediante apoderado judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, dictada por la coordinadora del Área de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia del Ministerio de la Protección Social, por medio de la cual se ordenó al actor pagar el valor de la cotización para servicios médicos.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la entidad demandada a que le proporcione al actor el beneficio de los servicios médicos asistenciales reconocido en la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991.

Igualmente reclamó que el Ministerio de Protección Social le reintegre al demandante las sumas de dinero correspondientes a los descuentos efectuados a su mesada pensional por concepto de cotización para el servicio de salud.

La parte actora requirió que se declare la *“prescripción de la acción para revocar el derecho al servicio médico”* y que la sentencia se cumpla en los términos de los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones son los siguientes:

Narró el apoderado del accionante que éste laboró en la Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla-, durante 21 años, y fue beneficiario del plan de retiro que se implementó dada la liquidación de la citada entidad.

Indicó que la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991 le reconoció al demandante una pensión de jubilación, con fundamento en la Resolución N° 805 del 9 de octubre de 1991 que contenía el plan de retiro para los empleados públicos de Puertos de Colombia.

Relató que el acto administrativo de reconocimiento pensional preceptúa en el Artículo 4 que *“[d]urante el tiempo que el Sr. LUIS ABUCHAIBE ABUCHAIBE reciba pensión mensual de jubilación, disfrutará de los servicios médicos de la empresa de conformidad con el Artículo 4º de la Resolución 015 del 9 de octubre de 1990, así como sus familiares”*.

Explicó que después de 17 años de gozar de forma gratuita del servicio médico prestado por la entidad empleadora, el señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe recibió la notificación de la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, en la cual se dispone que está obligado a cotizar para la prestación de los servicios médicos y a devolver al Estado las sumas que éste pagó por el servicio de salud.

Adujo que en la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009 se invocó el Artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. Sin embargo, alegó que en la empresa Puertos de Colombia no existió un sindicato de empleados públicos y que los beneficios recibidos fueron otorgados libre y espontáneamente por la empresa, en razón de su liquidación.

Destacó que la pensión de jubilación del demandante no fue reconocida a partir de acuerdos convencionales, sino con fundamento en el Acuerdo N° 022 del 11 de septiembre de 1991 y la Resolución N° 805 del 9 de octubre de 1991.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

De la Constitución Política, los Artículos 29, 48, 53, 58, 83, 89, 228 y 243.

Del Código Contencioso Administrativo, los Artículos 66, 73, 74 y 136 numeral 2,

Indicó el apoderado del demandante que, acorde con lo previsto en el Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, la entidad accionada debió solicitar el consentimiento expreso y escrito del accionante para poder revocar parcialmente el acto administrativo de reconocimiento pensional y obligarlo a pagar la cotización para la prestación de los servicios médicos asistenciales.

Expresó que solo en el evento de mediar una conducta delictiva, el Ministerio de la Protección Social estaba eximido de obtener el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho.

Anotó que al no haberse obtenido el consentimiento del pensionado se debió interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, regulada en el Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en la modalidad de lesividad, para que la jurisdicción se pronunciara sobre la legalidad del beneficio de salud concedido en la Resolución N° 044585 del 2 de febrero de 1991.

Mencionó que, según el Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, por este motivo, el Ministerio de la Protección Social no podía ordenar al accionante que devolviera al Tesoro Nacional los dineros por los servicios médicos, sino que estaba obligado a demandar ante la jurisdicción.

Señaló que el acto demandado desconoció la sentencia C-835 de 2003 de la Corte Constitucional, la que consideró que si el litigio versa sobre la interpretación del derecho, la controversia debe ser definida por los jueces competentes y no procede la revocatoria directa sin el consentimiento del particular.

Argumentó que si la administración decide revocar el acto administrativo prescindiendo de la intervención del juez competente, estaría

desconociendo los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Dijo que la Corte Constitucional en la sentencia T-344 de 2004 consideró que la facultad de depurar la nómina de pensionados, no autoriza a la entidad para desconocer el debido proceso ni para suspender el pago de una pensión.

Comentó que la Corte Constitucional en la providencia T-214 de 2004 aseveró que existen dos eventos en las cuales la administración no requiere solicitar el consentimiento del titular del derecho para revocarlo directamente, a saber, cuando la situación se consolidó como resultado del silencio administrativo positivo y cuando el derecho subjetivo nace por maniobras fraudulentas

Aseguró que la Resolución N° 000134 de 2009 está viciada por falsa motivación pues indicó que fue expedido para cumplir la sentencia del Consejo de Estado del 29 de julio de 1991, M.P. Reynaldo Arciniegas Baedecker; no obstante, la citada providencia anuló unos acuerdos que no constituyeron el fundamento normativo del reconocimiento pensional del demandante, el cual se basó en la Ley 1 de 1991, el Acuerdo 022 de 1991 y la Resolución 805 de 1991, disposiciones que se encuentran vigentes.

Alegó que la entidad demandada al expedir la Resolución N° 000134 de 2009 violó las normas sobre descuentos e inembargabilidad de salarios previstas en los Artículos 59, 149 y 344 del Código Sustantivo del Trabajo y el Artículo 134 de la Ley 100 de 1993.

2. Contestación de la demanda

El Ministerio de la Protección Social se opuso a las pretensiones de la demanda, así¹:

Afirmó que el régimen prestacional de los empleados públicos es regulado por el legislador, por lo tanto, al realizar la revisión de la pensión de jubilación reconocida al accionante se constató que percibía beneficios derivados de una Convención Colectiva de Trabajo, a pesar de haber sido empleado público.

Consideró que en vigencia de la Ley 100 de 1993 los pensionados hacen parte del régimen contributivo, por consiguiente, el actor debía asumir los costos de la cotización para la prestación de los servicios de salud.

Anotó que la Ley 1 de 1991 ordenó la liquidación de la empresa Puertos de Colombia y señaló de forma expresa que la Nación asumiría el pago de las pensiones de jubilación.

Narró que mediante la Resolución N° 03137 de 1998 se creó el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, dependiente del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, y través de la Resolución N° 00219 de 2000 se le asignó la función de depurar la nómina de pensionados.

Aseguró que la Junta Directiva de Puertos de Colombia no podía extender los beneficios convencionales a los empleados públicos, por este motivo el demandante debe asumir los costos de la cotización para la prestación de los servicios de salud.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Atlántico, mediante fallo del 28 de septiembre de 2011, declaró la nulidad de la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, proferida por el asesor del Ministerio de la Protección social, Coordinador del Área de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia y le ordenó a la entidad accionada continuar pagando al actor los servicios médicos asistenciales reconocidos en la Resolución N°044585 del 18 de diciembre de 1991, hasta que se dicte el fallo que la anule. La decisión se fundó en los siguientes argumentos²:

Destacó que mediante la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, acto administrativo demandado, se ordenó al señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe que con cargo a su mesada pensional realizara las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y dispuso que debía reintegrar al Tesoro Nacional los dineros girados indebidamente para cubrir los costos de sus servicios médicos.

Resaltó que el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo prevé que la revocatoria directa de los actos administrativos procede sin el consentimiento del titular, solo cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo o sea evidente que el acto se configuró por medios ilegales.

Adujo que los medios ilegales a que se refiere el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo consisten en *“actuaciones ilegales o medios fraudulentos para obtener de la administración el pronunciamiento correspondiente, caso en el cual la administración tiene la facultad de revocarlo”*.

Indicó que la administración debe adelantar una actuación administrativa si busca revocar directamente un acto administrativo, y en caso de no probar la existencia de los medios fraudulentos no puede revocar la decisión, sino acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Aseguró que en el *sub judice* la entidad accionada no cumplió con lo previsto en el Artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, pues en lugar de iniciar la actuación administrativa de revocatoria directa, ordenó al accionante que realizara las cotizaciones directamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y declaró que debía reintegrar los dineros gastados en sus costos médicos.

Aclaró que en el proceso no existe prueba de si el actor acudió a medios ilegales para obtener el beneficio de los servicios médicos asistenciales. Por estos motivos, consideró el Tribunal Administrativo del Atlántico que la entidad demandada desconoció el Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, que exige obtener el consentimiento del titular del derecho para revocar el acto administrativo.

Explicó que la entidad accionada al proferir el acto acusado revocó implícitamente una decisión anterior, sin haber agotado el procedimiento establecido para la revocatoria directa; resaltando que las autoridades públicas no pueden modificar sus actos creadores de derecho sin obtener el consentimiento expreso y escrito del titular.

Entonces, expuso que la entidad accionada puede demandar en sede de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) el acto que le otorgó al señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe los servicios médicos.

A título de restablecimiento del derecho ordenó a la entidad accionada seguir pagando al actor *“los servicios médicos asistenciales reconocidos mediante la Resolución N° 044585 de 18 de diciembre de 1991, emitida por la Empresa Puertos de Colombia, desde la fecha que se abstuvo de continuar pagando el mencionado beneficio con ocasión de la expedición del acto acusado, hasta tanto se produzca fallo judicial que declare la nulidad de la Resolución No. 044585 del 18 de diciembre de 1991, proferida por el Gerente de la Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, que le otorgó al señor Abuchaibe Abuchaibe el beneficio de disfrutar los servicios médicos de la citada empresa”*.

4. El recurso de apelación

El apoderado del Ministerio de la Protección Social solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes razonamientos³:

Anotó que el señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe era empleado público, por ende, no podía ser beneficiario de las disposiciones de la Convención Colectiva de Trabajo.

Mencionó que la Junta Directiva de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Puertos de Colombia expidió el Acuerdo 963 del 10 de noviembre de 1983, en el que extendió a los empleados públicos los beneficios convencionales, empero este Acuerdo fue declarado nulo por el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de julio de 1991, M.P. Reynaldo Arciniegas Baedecker, porque la competencia para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos corresponde al legislador.

Afirmó que el Artículo 10 de la Ley 4 de 1992 dispone que todo régimen salarial y prestacional que contravenga dicha ley carece de efectos y no genera derechos adquiridos; en consecuencia, las autoridades administrativas están habilitadas para inaplicar los acuerdos que extendieron beneficios por fuera de la ley.

Narró que la Empresa Puertos de Colombia le reconoció al señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe una pensión de jubilación, a través de la Resolución N° 044585 de 1991, y dispuso que disfrutaría de los servicios médicos en atención a lo señalado en el Artículo 4 de la Resolución 015 del 9 de octubre de 1990.

Expresó que la Empresa Puertos de Colombia fue liquidada, por tanto su pasivo pensional fue asumido por la Nación; y, a la par se instauró Foncolpuertos, que también se liquidó, por ello, la atención de los procesos judiciales quedó a cargo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (que después se denominó Ministerio de la Protección Social), el que creó al Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia.

Indicó que el acto administrativo demandado en este proceso se expidió con fundamento en las Resoluciones N° 03137 de 1998 que creó el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia y la Resolución 00219 del 8 de febrero de 2000, que lo facultó para depurar la nómina de pensionados.

Precisó que el accionante era beneficiario del servicio de salud sin realizar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, prerrogativa de la cual no podía gozar pues había sido empleado público.

Advirtió que el acto administrativo demandando en este proceso no es nulo porque fue dictado en cumplimiento de las labores que le fueron asignadas al Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 13 de febrero de 2013 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto⁴, sin embargo solo se pronunció la parte actora.

Parte actora

Sostuvo que la entidad accionada no cumplió con los requisitos contenidos en el Artículo 19 de la Ley 797 de 2003 (declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-835 de 2003) para expedir el acto administrativo demandado, Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009⁵.

Consideró que la administración se atribuyó las facultades del juez competente al reducir el monto de la pensión del actor, ordenando que se descontara de su mesada la cotización por el servicio de salud, cuando lo debido era demandar su propio acto administrativo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto que se rige por el Decreto 01 de 1984 es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el Artículo 129 *ídem*, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, corresponde a la Sala establecer si revoca la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, la Sala estudiará si el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia al depurar la nómina de pensionados estaba facultado para disponer que el actor pagara la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pese a que en el acto administrativo de reconocimiento pensional la Empresa Puertos de Colombia señaló que mientras disfrutara de la pensión disfrutaría de los servicios médicos de dicha Empresa.

Con el propósito de desatar el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos: 2.1.) La cotización obligatoria al Sistema General de Seguridad Social en Salud; 2.2) De lo probado en el proceso; y 2.3) Caso concreto.

2.1.) La cotización obligatoria al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los pensionados

La Ley 100 de 1993 en el Artículo 202 define el régimen contributivo como *“un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso”*.

A su turno, el Artículo 157 *ídem* señala que todo colombiano debe participar en el servicio esencial de salud, como afiliados en el régimen contributivo o subsidiado. Encontrándose en el régimen contributivo *“las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley”* (subrayado fuera de texto).

Ahora bien, el legislador es claro al indicar en el parágrafo del Artículo 210 *ídem* que no existen excepciones a la obligación del empleador del sector público o privado de pagar el aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y remite al Artículo 23 *ídem*, en relación con las sanciones derivadas del retraso en el pago de los aportes. Estas normas disponen:

“ARTÍCULO 210. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. Se establecerán las mismas sanciones contempladas en los Artículos 23 y 271 de la presente Ley para los empleadores que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a escoger libre y voluntariamente la Entidad Promotora de Salud a la cual desee afiliarse. También le son aplicables las sanciones establecidas para quien retrase el pago de los aportes.

PARÁGRAFO. Ningún empleador de sector público o privado está exento de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

“ARTÍCULO 23. SANCIÓN MORATORIA. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente”.

En punto de la naturaleza de la cotización por aportes obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Corte Constitucional en la sentencia C-800 de 2003 indicó que son *“recursos parafiscales, de destinación específica en virtud de la Constitución”*⁶. Este concepto está más claramente explicado en la providencia C-1707 de 2000 donde se adujo que constituyen un gravamen producto de la soberanía fiscal del Estado que se destina a la financiación global del SGSSS, así:

“(…) es de interés señalar que, siguiendo el criterio hermenéutico sentado por esta Corporación a lo largo de su extensa jurisprudencia, los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no

comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en particular, a la cuenta del denominado régimen subsidiado”⁷.

El carácter parafiscal de las cotizaciones a salud encuentra su fundamento en que el sistema de salud se rige por los principios de universalidad previsto en el Artículo 49 de la Carta Política⁸, de solidaridad⁹ y el de sostenibilidad fiscal, los cuales edifican la garantía de la prestación del servicio para quienes tienen capacidad económica para efectuar la cotización, como para las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad beneficiarias del régimen subsidiado. En efecto, el Artículo 2 de la Ley 100 de 1993 precisa que el servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, y los define así:

“a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c. 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.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f. PARTICIPACIÓN. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto”.

Dado el carácter parafiscal de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud y la naturaleza de la obligación de los pensionados de afiliarse y efectuar los aportes, se tiene que este gravamen no puede ser objeto de transacción o negociación entre las partes de la relación laboral, de modo que cualquier estipulación en este sentido no tiene validez, ya que las cotizaciones no le pertenecen al pensionado.

Como corolario de lo expuesto, se precisa entonces que los pensionados son sujetos obligados a la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por ello, tienen el deber cubrir el monto de la cotización.

2.2.) Lo probado en el proceso

Reconocimiento pensional y prestación del servicio de salud

Mediante la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991, el gerente de la Empresa Puertos de Colombia – Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla – reconoció una pensión mensual de jubilación al señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe a partir del 1 de noviembre de 1991 y dispuso que durante el tiempo que recibiera la pensión disfrutaría de los servicios médicos de la Empresa en los términos del “Artículo 4º de la Resolución 015 del 9 de octubre de 1990”¹⁰.

A su vez, el Acuerdo N° 0015 del 9 de octubre de 1990 “Por el cual se fija el Régimen de Prestaciones Sociales de los Empleados Públicos de la Empresa Puertos de Colombia”, expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, en el Artículo 4 señalaba: “La empresa prestará servicio médico integral a los familiares que dependan económicamente del empleado público y de quien siéndolo se pensione o se retire con derecho a anticipo de pensión y que se encuentren inscritos para tal efecto, de conformidad con los reglamentos de la empresa”¹¹.

Acto administrativo demandado

A través de la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, dictada por la asesora del Despacho del Ministro de la Protección Social, coordinadora del Área de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, se resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR al señor LUIS RAFAEL ABUCHAIBE ABUCHAIBE, nacido el 31 de agosto de 1933 e identificado con cédula de ciudadanía No. 162.042 de Bogotá, en su condición de pensionado de Puertos de Colombia, que con cargo a su mesada pensional, realice las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad en Salud (resaltado fuera de texto).

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que los dineros que se giraron indebidamente al señor LUIS RAFAEL ABUCHAIBE ABUCHAIBE, para cubrir los costos de los servicios médicos, deberán ser reintegrados al Tesoro Nacional, para cuyo efecto se le informará lo pertinente al momento en que se resuelva de fondo la actuación administrativa de revisión integral de pensión iniciada con Auto No. 499 de 2006.

ARTÍCULO TERCERO: SOLICITAR de inmediato al Consorcio Fopep que realice los descuentos sobre la mesada pensional del señor LUIS RAFAEL ABUCHAIBE ABUCHAIBE, por concepto de aportes para el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

2.3. Caso concreto

En el asunto bajo estudio, el accionante solicita que se declare la nulidad del acto administrativo, dictado por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia del Ministerio de la Protección Social, que le ordenó pagar la cotización por los servicios médicos ante al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pese a que en su acto de reconocimiento pensional la Empresa Puertos de Colombia había dispuesto que le prestaría el servicio de salud, dada su condición de pensionado.

El Tribunal Administrativo del Atlántico anuló el acto administrativo demandado y ordenó a la entidad accionada que continuara pagando los servicios médicos del actor, en los términos de la resolución de reconocimiento pensional.

Inconforme con esta decisión, el Ministerio de la Protección Social interpone recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia, alegando que el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia estaba facultado para depurar la nómina de pensionados.

Sentado el objeto del recurso de apelación, se destaca que en el *sub lite* está acreditado que la Empresa Puertos de Colombia le reconoció al señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe una pensión de jubilación, mediante la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991, y a su vez le otorgó el derecho de gozar de los servicios médicos directamente por parte de la entidad empleadora.

En el acto de reconocimiento pensional se dispuso que la Empresa Puertos de Colombia le garantizaría al pensionado el servicio de salud, con fundamento en el Artículo 4 del Acuerdo N° 15 del 9 de octubre de 1990 de la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, acto administrativo que regulaba el régimen de prestaciones de los empleados públicos de la empresa en comento.

En punto del derecho del pensionado a gozar de los servicios de salud se tiene que el Acuerdo N° 22 del 11 de septiembre de 1991, expedido por Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, en el Artículo 1° autorizó al gerente de la empresa para “extender a los Empleados Públicos de la Empresa las condiciones de retiro actualmente vigentes para los empleados públicos de la Oficina Principal – Bogotá, en un solo acto administrativo”¹². Con fundamento en este Acuerdo, el gerente general de Puertos de Colombia dispuso en la Resolución N° 085 del 9 de octubre de 1991 que “los empleados públicos que se pensionen acogándose a lo dispuesto en este Artículo tendrán derecho al reconocimiento de los servicios médicos asistenciales establecidos para los demás Empleados Oficiales pensionados de la empresa” (parágrafo 3 del Artículo 3)¹³.

Ahora bien, en el *sub lite* mediante el acto administrativo demandado, Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, la coordinadora del Área de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia dispuso que el pensionado debía asumir el costo de las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para la Sala con esta decisión se conminó al accionante al cumplimiento del deber legal previsto en el Artículo 157 de la Ley 100 de 1993, precepto que estipula su obligación del pensionado de afiliarse al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este sentido dispone la norma en cita:

“ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

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

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

(...)”.

Visto lo anterior, la Sala analizará si el beneficio del servicio de salud otorgado por la Empresa Puertos de Colombia en el Artículo 4 de la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991, al señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe, lo exonera del deber legal del pensionado de realizar los aportes a salud en el régimen contributivo.

Con este propósito se anota que el Artículo 4 de la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991 preceptuaba que “Durante el tiempo que el Doctor LUIS RAFAEL ABUCHAIBE ABUCHAIBE reciba pensión mensual de jubilación, disfrutará de los servicios médicos de la Empresa de conformidad con el Artículo 4° de la Resolución [Acuerdo] 0015 del 9 de octubre de 1990, así como sus familiares”¹⁴.

A su turno, en el acto acusado, Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, se consideró que el señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe debía asumir el costo de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que por tanto, el Consorcio FOPEP realizaría los

descuentos sobre su mesada pensional.

Entonces, cabe anotar que el acto administrativo demandado se enmarca en el ámbito de aplicación de la Ley 100 de 1993 que comprende a los pensionados como afiliados obligatorios al régimen contributivo de salud. De lo anterior se colige que el acto acusado no revocó ni modificó el beneficio convencional contenido en el Artículo 4 de la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991, sino que, se insiste, se circunscribió a cumplir la obligación impuesta por el legislador de velar porque el actor realizara los aportes a salud en el régimen contributivo con cargo a su mesada pensional.

Dicha obligación del demandante de efectuar la cotización obligatoria, como se explicó en el marco normativo y jurisprudencial, desarrolla los principios de universalidad, solidaridad y sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, previstos en la Constitución Política y desarrollados en la Ley 100 de 1993.

Además, en razón del carácter parafiscal de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en salud, este gravamen no puede ser objeto de transacción o negociación entre las partes de la relación laboral, por ello, se itera que el beneficio otorgado al accionante en el Artículo 4 de la Resolución N° 044585 del 18 de diciembre de 1991, es diferente de la obligación legal de pagar los aportes a salud, acorde con lo previsto en la Ley 100 de 1993. Y en este orden de ideas, el debate en el *sub lite* no se circunscribe a los beneficios convencionales percibidos por el actor quien fue empleado público.

Por consiguiente, el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia no debía agotar el trámite de la Revocatoria Directa ni obtener el consentimiento del titular derecho subjetivo para expedir la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, como quiera este acto administrativo no conlleva a que el pensionado deje de beneficiarse del servicio de salud previsto en la resolución de reconocimiento pensional. Lo anterior significa que el señor Luis Rafael Abuchaibe Abuchaibe sin que medie cotización, podrá utilizar los servicios médicos que le brinda directamente su antiguo empleador, y de la misma forma al cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con cargo a su mesada pensional, para recibir los servicios del plan obligatorio de salud del régimen contributivo.

Finalmente, en cuanto a la legalidad de lo previsto en el Artículo segundo¹⁵ de la Resolución N° 000134 del 2 de febrero de 2009, relativo a que el actor debería devolver al Tesoro Nacional los gastos médicos asumidos por la Empresa Puertos de Colombia, se tiene que el reintegro de los dineros por los costos de servicios médicos estaba sujeto a otra actuación administrativa, que se inició en Auto N° 499 de 2006, hecho que impide realizar un pronunciamiento de fondo, toda vez que el citado numeral no contiene una decisión definitiva de la administración sobre la devolución de los dineros, por ello, la Sala no puede enjuiciar su legalidad.

Así las cosas, para la Sala el acto administrativo demandado no está viciado de nulidad, por consiguiente, se revocará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

III. DECISIÓN

En atención a lo previamente expuesto, la Sala revocará la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico que declaró la nulidad del acto demandado. En su lugar, se negarán las pretensiones del actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 28 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que declaró la nulidad del acto acusado, en su lugar se dispone:

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 143 a 152 del cuaderno principal

2. Folios 184 a 197 del cuaderno principal

3. Folios 199 a 205 del cuaderno principal

4. Folio 257 del cuaderno principal

5. Folios 293 a 298 del cuaderno principal

6. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

7. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

8. "ARTICULO 49. <Artículo modificado por el Artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. (...)".

9. Constitución Política: ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 48. 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. (...)

10. Folios 24 a 27 del cuaderno principal

11. Folios 37 a 43 del cuaderno principal

12. Folios 81 a 82 del cuaderno principal

13. Folios 83 a 89 del cuaderno principal

14. Folio 26 del cuaderno principal

15. "ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que los dineros que se giraron indebidamente al señor LUIS RAFAEL ABUCHAIBE ABUCHAIBE, para cubrir los costos de los servicios médicos, deberán ser reintegrados al Tesoro Nacional, para cuyo efecto se le informará lo pertinente al momento en que se resuelva de fondo la actuación administrativa de revisión integral de pensión iniciada con Auto No. 499 de 2006".

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:13:26