

CONCEPTO DE VIOLACION - Requisito. No es modelo estricto de técnica jurídica / CONCEPTO DE VIOLACION – Su ausencia es defecto formal de la demanda por carencia de uno de sus requisitos el cual es subsanable

Sea la oportunidad para manifestar, que a juicio de la Sala, la exigencia procesal contemplada en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., se satisface cuando en el libelo demandatorio se consigne la invocación normativa y la sustentación de los cargos. Naturalmente, la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que se evidencie de forma manifiesta la ilegalidad del acto acusado, requiere empeñarse en su elaboración, sin que los resultados del proceso dependan de un modelo estricto de técnica jurídica. Solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, a contrario sensu, se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación en el lapso contemplado en el artículo 143 del C.C.A., aserto que ratifica el carácter formal de la exigencia plasmada en el artículo 137 numeral 4º ibídem. Por lo expuesto, se concluye que los demandantes cumplieron con la carga procesal que les asistía en precisar las razones por las cuales debía accederse a la pretensión invocada; cosa distinta es que el aludido concepto de violación sea pertinente y suficiente para declarar la nulidad deprecada, situación que atañe a las consideraciones de la decisión final que deba tomarse dentro de la acción, ámbito en el cual se retomarán los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y de la contestación con el objetivo de verificar la legalidad o ilegalidad del inciso acusado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 143

NORMA DEMANDADA: INCISO No 4 DE LA CIRCULAR CONJUNTA No 000002 DE 8 DE ENERO DE 2009

CIRCULAR - Naturaleza jurídica / CIRCULAR - Es un acto administrativo por contener una manifestación unilateral de la voluntad de la administración

La circular anteriormente transcrita, tiene a juicio de la Sala un verdadero carácter de acto administrativo, por el hecho de contener una manifestación unilateral de la voluntad de la administración llamada a producir efectos jurídicos, siendo en consecuencia susceptible de ser sometida al escrutinio de su legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, resulta pertinente mencionar el criterio adoptado por la Sala en sentencia de 21 de septiembre de 2001, Expediente No. 6371, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete, en donde al referirse a la naturaleza jurídica de las circulares, se dijo textualmente lo siguiente: *“La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda.*

NORMA DEMANDADA: INCISO No 4 DE LA CIRCULAR CONJUNTA No 000002 DE 8 DE ENERO DE 2009

**COTIZACION EN SALUD – Evolución / COTIZACION EN SALUD –
Porcentaje establecido**

Visto lo anterior, se puede concluir que el aparte fue declarado inexecutable por cuanto el descuento se realiza de manera instantánea al cancelarse la mesada pensional, quiere ello decir, que al realizarse el pago, se genera de manera automática un crédito a favor del beneficiario del gravamen, el cual desde el punto de vista fiscal lo hace titular de una situación jurídica consolidada al amparo de una norma impositiva revestida de legalidad. Ahora bien, del inciso acusado se derivan dos situaciones en particular, la primera, tiene que ver con la orden que los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social realizaron a las Entidades reconocedoras y pagadoras de pensiones de aplicar el 12.5% como cotización en salud para las mesadas, y la segunda, la derivada de la retroactividad de la cotización pensional entre los meses de enero y noviembre de 2008. Es claro, de conformidad con lo expuesto, que al haber sido declarado inexecutable el siguiente aparte *“la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008”*; esto es, la retroactividad de una contribución parafiscal, es evidente que la circular demandada carece de soporte legal ante la prohibición de efectuar descuentos de manera retroactiva; ahora bien, el porcentaje establecido por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008 del 12%, quedó incólume; por lo que procede la Sala a verificar si la circular demandada respecto de este ítem, se ajusta a la norma que le sirvió de soporte. Al momento en que se profirió el acto acusado suscrito por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, era evidente la infracción que se estaba cometiendo al confrontarla con la Ley 1250 de 2008, ya que se imponía al pensionado un gravamen más alto, esto es, el 12.5%, en el periodo comprendido entre los meses de enero y noviembre de 2008, sin tener en cuenta que dentro de este periodo, la citada Ley dispuso que era solamente del 12%.

FUENTE FORMAL: LEY 1250 DE 2008 – ARTICULO 1 / LEY 100 DE 1993 –
ARTICULO 204

NORMA DEMANDADA: INCISO No 4 DE LA CIRCULAR CONJUNTA No
000002 DE 8 DE ENERO DE 2009

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00050-00(0999-09)

Actor: OSCAR ALFONSO GARCÍA VILLA Y OTROS-

Demandado: MINISTERIOS DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad**, formulada por Oscar Alfonso García Villa y Otros, contra la Circular Conjunta 000002 de 8 de enero de 2009 expedida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

LA DEMANDA

OSCAR ALFONSO GARCÍA VILLA Y OTROS, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitaron que se declare la nulidad del siguiente acto:

- Inciso No. 4 de la Circular Conjunta No. 0000012 (sic, debió decir 000002) de 8 de enero de 2009, proferida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

Sustentaron su pretensión con apoyo de los siguientes argumentos:

La Ley 1122 de 2007, en su artículo 10 que modificó la Ley 100 de 1993 estableció que el ingreso base de cotización al régimen contributivo de salud, sería a partir del 1º de enero de 2007 del 12.5%.

Por su parte, el Congreso de la República expidió la Ley 1250 de 2008, la cual adicionó en su artículo 1º un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y modificó la Ley 1122 de 2007, en el siguiente sentido *“que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del 1º de enero de 2008”*. Quiere decir lo anterior, que la Ley 1250 de 2008, derogó la Ley 1122 de 2007.

Por su parte, el 8 de enero de 2009, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, emitieron en conjunto la circular 000002 de 2009, la cual señaló que *“en los casos de inclusiones de nómina de pensionados con mesadas pensionales retroactivas, se aplicará el 12.5% como cotización en salud para las mesadas comprendidas entre el mes de enero y noviembre de 2008”*, menoscabando de esta manera, la calidad de los pensionados, pues se está reduciendo de manera significativa la mesada pensional por concepto de la cotización a la salud.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 4, 11, 13 y 46.

De la Ley 1250 de 2008, el artículo 1º.

Los actores consideraron que el acto acusado está viciado de nulidad, por las siguientes razones:

Es clara la manera como el aparte de la Circular conjunta No. 000002 de 8 de enero de 2009, expedida por los Ministerios demandados, contraría de manera directa la Ley 1250 de 2008, ya que dicho marco normativo, dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12%,

efectivo a partir del 1º de enero de 2008; mientras que el acto acusado estableció que sería del 12.5%.

En ese orden de ideas, la disposición demandada vulnera el principio de igualdad, dignidad humana y el mínimo vital, así como la supremacía de la Constitución y la protección a las personas de la tercera edad, ya que el Estado no puede menoscabar los derechos de estas personas, más aun, cuando realiza deducciones que contrarían la Ley.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (folios 93 a 104):

i. Inepta demanda por deficiencia del concepto de violación.

Adujo, que el demandante se limitó a señalar las normas Constitucionales y Legales sin desarrollar o exponer de manera al menos sucinta, el concepto de violación de las normas que estima violadas.

En sustento de lo anterior, manifestó, que esta Corporación ha señalado que si bien la acción de nulidad está instituida para que cualquier ciudadano la ejerza, no es menos cierto que, a pesar de estar eximida de ciertas formalidades que se requieren para el ejercicio de otras acciones contencioso administrativas, no puede obviarse la exigencia de un mínimo de argumentación que permita

al juez discernir el sentido en que las normas o actos acusados vulneran el ordenamiento jurídico superior.

ii. Desaparición del fundamento de la *causa petendi*.

Sostuvo, que el aparte a que hace referencia a “... *la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008*” ha sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por haberlo hallado contrario a la Constitución Política, pues le agrega un efecto retroactivo que es contrario al artículo 363; en efecto, ya que además de vulnerar situaciones jurídicas consolidadas, también resulta incongruente con la voluntad del legislador.

iii. Circular demandada cumplió con su finalidad constitucional y legal.

Aseguró, que la Circular acusada no modificó ninguno de los elementos o características del tributo parafiscal, denominado como cotización obligatoria en salud de los pensionados, señalados en el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, sino que se limita a aclarar los efectos de la norma, es así como la base gravable, el ingreso base de liquidación y la tarifa que fue reducida por la Ley 1250 de 2008 son elementos que permanecen inalterados por el acto acusado, pues como se indicó anteriormente, “*la causa petendi*” fue expulsada del ordenamiento jurídico por incompatibilidad con la Constitución.

iv. Inexistencia de menoscabo por afectación de la mesada pensional con cotización obligatoria de salud.

Debido a que la cotización obligatoria en salud es un tributo de naturaleza parafiscal establecido por la Ley, frente al cual la Circular acusada no modifica sus elementos o características, por lo mismo, no puede alegarse que se está menoscabando la mesada pensional.

v. Efectos de la Ley 1250 de 2008 no son retroactivos ni pueden afectar situaciones jurídicas consolidadas al amparo del principio constitucional de solidaridad consagrado en artículo 48 superior.

Consideró, una vez que ha tenido en cuenta la sentencia C-430 de 2008, que el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 no tiene efectos retroactivos, pues se vulnera el artículo 363 de la Constitución.

Además, lo que se buscó con la Circular, fue encauzar el efecto de la minoración de la tarifa de la cotización obligatoria en salud señalada en la Ley 1250 de 2008, para hacerla compatible con los artículos 48 y 363 de la Carta Superior.

- A su vez, el Ministerio de la Protección Social, en respuesta a las pretensiones de la demanda incoada, en su oposición, planteó las siguientes razones en su defensa (folios 100 a 104):

Consideró, que la presente acción resulta improcedente, dado que el Ministerio presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, con el argumento de que las normas tributarias no tienen aplicación retroactiva y el hecho de que los efectos de las exenciones o beneficios tienen hacia el futuro y no de forma retroactiva.

Ahora bien, los efectos del artículo 1 de la Ley 1250 *“a partir del 1 de enero de 2008, a pesar de que la fecha de expedición y entrada en vigencia de la misma ley tiene lugar con más de diez (10) meses de posterioridad, esto es el 27 de noviembre del mismo año, se explica no por la decisión expresa del legislador de atribuir un efecto retroactivo a la disposición, sino porque el trámite de la normatividad requirió de un tiempo mayor debido a las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno Nacional, dentro del término constitucional, una vez que recibió el proyecto para sanción el 27 de diciembre de 2007, las cuales fueron resueltas mediante sentencia C-838 de 27 de agosto de 2008 de la Corte Constitucional”*.

Quiere decir lo anterior, que la norma antes mencionada, vulnera en forma manifiesta el mandato constitucional del artículo 36, que consiste en que las leyes tributarias no se aplicarán retrospectivamente.

Sobre el particular, sostuvo, que la solicitud de nulidad, resulta improcedente, toda vez que ya con anterioridad existe el pronunciamiento de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el contenido del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, que fue precisamente lo que pretendieron precisar mediante la expedición de la Circular los Ministerios.

En otras palabras, se desdibuja completamente el objeto de la acción instaurada por los actores al ser declarado inexecutable el citado artículo, pues resultaba abiertamente inconstitucional y contrario al ordenamiento jurídico.

ALEGATOS

En la oportunidad señalada por la ley para la presentación de las consideraciones finales, concurren tanto el Ministerio de

Hacienda y Crédito Público, como el de la Protección Social, para plantear, en síntesis, los mismos argumentos que sirvieron de soporte para la réplica hecha a las pretensiones de la demanda (folios 108 y 109 y 110 a 115).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, intervino en el presente asunto, dentro del término legal establecido, con el objeto de solicitar que se declare la nulidad del penúltimo inciso de la Circular 000002 del 8 de enero de 2009, apoyado en los siguientes argumentos (128 a 131):

Consideró, que a los demandantes les asiste razón en sus argumentos, pues ni la Ley 1250 de 2008, ni la Ley 100 de 1993 dispuso un monto de cotización del 12.5% para los pensionados, por ende, no podían las entidades demandadas establecer un 0.5% adicional como lo advierten los accionantes, pues ésta es una competencia exclusiva del legislador. Es decir, no puede modificar la Ley.

Agotado el trámite que corresponde a la acción de simple nulidad, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Previo a establecer el problema jurídico que debe ocupar la atención de la Sala, se analizará la excepción propuesta por la

parte accionada, pues se relaciona directamente con la procedencia de la acción de nulidad, es decir que en caso de prosperar, impedirá efectuar un pronunciamiento de mérito en esta instancia.

Inepta demanda:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro de sus argumentos de defensa propuso como excepción la inepta demanda por deficiencia del concepto de violación aduciendo, en síntesis, que el demandante solo se limitó a señalar las normas Constitucionales y Legales sin desarrollar o exponer de manera al menos sucinta, el concepto de violación de las citadas normas.

Sin embargo, se evidencia en el caso concreto, que la parte actora se amparó en la Constitución Política y en la Ley 1250 de 2008, en aras de obtener la declaratoria de nulidad del inciso No. 4 del acto acusado, e indicó, los motivos por los cuales consideraba que el mismo contrariaba el ordenamiento jurídico vigente.

Sea la oportunidad para manifestar, que a juicio de la Sala, la exigencia procesal contemplada en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., se satisface cuando en el libelo demandatorio se consigne la invocación normativa y la sustentación de los cargos. Naturalmente, la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que se evidencie de forma manifiesta la ilegalidad del acto acusado, requiere empeñarse en su elaboración, sin que los resultados del proceso dependan de un modelo estricto de técnica jurídica.

Solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, a contrario sensu, se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación en el lapso contemplado en el artículo 143 del C.C.A., aserto que ratifica el carácter formal de la exigencia plasmada en el artículo 137 numeral 4º ibídem.

Dicho requisito fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-197 de 1999, con base en los siguientes argumentos:

"Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aun cuando dicha búsqueda no solo dispendiosa sino en extrema difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación. Podría agregarse, que con el establecimiento de dichos requisitos el legislador desarrollo el deber previsto en el art. 95-7 de la Constitución para que quienes demandan actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contribuyan al buen funcionamiento de la administración de justicia."

A su turno, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de desarrollar la materia, sosteniendo que¹:

"(...) en la demanda, entre otros requisitos, deben indicarse los hechos u omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones y señalarse las normas pretendidamente violadas y expresar el concepto de la

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Mario Alario Méndez, Sentencia de 7 de noviembre de 1995. Radicación No. 1415, Actor: Jorge E. Gutierrez Mora.

violación, lo que indica, como reiteradamente ha explicado el Consejo de Estado, que en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de legalidad, sino limitado a los hechos u omisiones alegados y a las normas que fueron citadas como violadas y al motivo de la violación.”.

Por lo expuesto, se concluye que los demandantes cumplieron con la carga procesal que les asistía en precisar las razones por las cuales debía accederse a la pretensión invocada; cosa distinta es que el aludido concepto de violación sea pertinente y suficiente para declarar la nulidad deprecada, situación que atañe a las consideraciones de la decisión final que deba tomarse dentro de la acción, ámbito en el cual se retomarán los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y de la contestación con el objetivo de verificar la legalidad o ilegalidad del inciso acusado.

En este orden de ideas, la inepta demanda propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no está llamada a prosperar en la medida en que dicho libelo no adolece del defecto endilgado, el cual hace relación al desarrollo del concepto de violación.

Así las cosas, el problema jurídico que ahora ocupa a la Sala se contrae en determinar si el inciso No. 4 de la Circular Conjunta No. 000002 de 8 de enero de 2009, proferida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, infringe normas de orden superior, en cuanto dispuso que *“en los casos de inclusiones en nómina de pensionados con mesadas pensionales retroactivas, se les aplicará el 12.5% como cotización en salud para aquellas mesadas comprendidas entre los meses de enero y noviembre de 2008”.*

Para tal fin, se abordaran los siguientes aspectos: i) Del aparte de la Circular acusada y su naturaleza jurídica; y, ii) Acerca de si el mismo viola la Ley 1250 de 2008.

i. Del aparte de la Circular acusada y su naturaleza jurídica.

La Circular Conjunta No. 000002, proferida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, estableció lo siguiente:

“CIRCULAR CONJUNTA

000002

PARA: ENTIDADES RECONOCEDORAS Y PAGADORAS DE PENSIONES

DE: MINISTROS DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

ASUNTO: COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS PENSIONADOS

Los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, en ejercicio de las facultades establecidas en los Decretos 246 de 2004 y 205 de 2003 como entes rectores de la Seguridad Social y con ocasión de la expedición de la Ley 1250 de 2008 “Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un párrafo al artículo 19 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6 de la ley 6 (sic) de la Ley 797 de 2003”, proceden a efectuar las siguientes precisiones respecto de la aplicación del artículo primero, que estableció la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados en un 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

La cotización del 12% en salud de los pensionado, rige a partir del 27 de noviembre de 2008 fecha de publicación de la ley 1250 de 2008; por lo tanto, las entidades reconocedoras y pagadoras de pensiones deberán aplicar este porcentaje a partir de la mesada pensional del mes de diciembre de 2008.

En el evento de que para el mes de diciembre de 2008, no se hubiere aplicado el 12% a las mesadas pensionales de este mes, las entidades reconocedoras y pagadoras de pensiones para dar cumplimiento a la Ley 1250 de 2008 procederán a efectuar los ajustes pertinentes ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA.

En los casos de inclusiones en nómina de pensionados con mesadas pensionales retroactivas, se aplicará el 12.5% como cotización en salud para aquellas mesadas anteriores comprendidas entre los meses de enero y noviembre de 2008.

La cotización del 12% de la mesada pensional, se efectúa sobre la misma, que en ningún caso puede ser inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)” (Lo subrayado y en negrilla es el aparte que los actores solicitaron declarar su nulidad).

La circular anteriormente transcrita, tiene a juicio de la Sala un verdadero carácter de acto administrativo, por el hecho de contener una manifestación unilateral de la voluntad de la administración llamada a producir efectos jurídicos, siendo en consecuencia susceptible de ser sometida al escrutinio de su legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al respecto, resulta pertinente mencionar el criterio adoptado por la Sala en sentencia de 21 de septiembre de 2001, Expediente No. 6371, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete, en donde al referirse a la naturaleza jurídica de las circulares, se dijo textualmente lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de

instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda.

“Así se dejó consignado en fallo de esta Corporación, del 3 de febrero de 2000:

“ ‘El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados’ (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación 5236 del 3 de febrero de 2000. C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta).

“En el caso presente, la Circular demandada constituye un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica y que, por lo mismo, es susceptible del presente control jurisdiccional ya que imparte instrucciones sobre aspectos ligados al ejercicio del cargo de Revisor Fiscal, dirigida a los Contadores Públicos, revisores fiscales, representantes legales de personas jurídicas prestadoras de servicios contables, usuarios de servicios profesionales de Contaduría Pública y establece restricciones para el ejercicio de la revisoría fiscal por parte de las personas jurídicas. La Sala es competente para aprehender el estudio de la presente demanda de nulidad”.

En este caso, el aparte de la circular impugnada, contiene una disposición de obligatorio cumplimiento por parte de los administrados, es decir, que producen efectos vinculantes para

ellos, siendo por consiguiente verdaderos actos administrativos de carácter general, susceptibles de control por esta jurisdicción.

ii. Acerca de si el aparte acusado viola la Ley 1250 de 2008.

Los actores consideran, que es clara la manera como el aparte de la Circular Conjunta No. 000002 de 8 de enero de 2009, expedida por los Ministerios demandados, no solamente contrarían de manera directa la Ley 1250 de 2008, sino que también, vulnera ciertos principios de la Constitución al menoscabar las pensiones de las personas que se encuentran en la tercera edad.

No obstante, previo a lanzar cualquier juicio de ilegalidad, es pertinente realizar un estudio de la evolución que ha tenido la cotización en salud, para luego dictaminar si en realidad se contraría el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008.

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993, dispuso inicialmente que:

“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”.

Dicho articulado fue modificado por la Ley 1122 de 2007, en el siguiente sentido:

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

Nótese como el legislador dispuso, con esta modificación, que el monto de cotización el cual se haría efectivo a partir del 1º de enero de 2007, al Régimen Contributivo de Salud, sería el equivalente al 12.5%, sin excepción alguna; sin embargo, por medio de la Ley 1250 de 2008, se adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, veamos:

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

(...)

“<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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~~”.

ARTÍCULO 2º. Al artículo 19 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 6º de la Ley 797 de 2003, adiciónese un párrafo del siguiente tenor:

“Párrafo. Las personas a las que se refiere el presente artículo, cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual, que registren dicho ingreso conforme al procedimiento que para el efecto determine el Gobierno Nacional, no estarán obligadas a cotizar para el Sistema General de Pensiones durante los próximos 3 años a partir de la vigencia de la presente ley, no obstante de lo dispuesto en este párrafo, quienes voluntariamente decidan cotizar al sistema general de pensiones podrán hacerlo.

Durante este lapso, el Gobierno Nacional evaluará los resultados de la aplicación del presente párrafo y presentará a consideración del Congreso las iniciativas que considere viables para facilitar el acceso a esquemas de protección 'Económica' para la vejez de esta franja poblacional”.

ARTÍCULO 3º. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga de manera expresa toda disposición anterior que le sea contraria”.

El citado artículo, adicionó un inciso del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 respecto de la cotización no de los afiliados sino de los pensionados, para lo cual fijó como cotización un monto equivalente al 12% de la respectiva mesada pensional; no obstante, y tal y como lo señala la norma en cuestión, el último aparte del adicionado artículo, fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 1º de julio de 2009, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez, por considerar que:

“Como se señaló en párrafos anteriores de esta providencia, las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentran

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

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

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

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

preservación es el fin último del artículo 363 de la Constitución Política.

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

Visto lo anterior, se puede concluir que el aparte fue declarado inexecutable por cuanto el descuento se realiza de manera instantánea al cancelarse la mesada pensional, quiere ello decir, que al realizarse el pago, se genera de manera automática un crédito a favor del beneficiario del gravamen, el cual desde el punto de vista fiscal lo hace titular de una situación jurídica consolidada al amparo de una norma impositiva revestida de legalidad.

Ahora bien, del inciso acusado se derivan dos situaciones en particular, la primera, tiene que ver con la orden que los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social realizaron a las Entidades reconocedoras y pagadoras de pensiones de aplicar el 12.5% como cotización en salud para las mesadas, y la segunda, la derivada de la retroactividad de la cotización pensional entre los meses de enero y noviembre de 2008.

Es claro, de conformidad con lo expuesto, que al haber sido declarado inexecutable el siguiente aparte *“la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008”*; esto es, la retroactividad de una contribución parafiscal, es evidente que la circular demandada carece de soporte legal ante la prohibición de efectuar descuentos de manera retroactiva; ahora bien, el porcentaje establecido por el

artículo 1º de la Ley 1250 de 2008 del 12%, quedó incólume; por lo que procede la Sala a verificar si la circular demandada respecto de este ítem, se ajusta a la norma que le sirvió de soporte.

Al momento en que se profirió el acto acusado suscrito por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, era evidente la infracción que se estaba cometiendo al confrontarla con la Ley 1250 de 2008, ya que se imponía al pensionado un gravamen más alto, esto es, el 12.5%, en el periodo comprendido entre los meses de enero y noviembre de 2008, sin tener en cuenta que dentro de este periodo, la citada Ley dispuso que era solamente del 12%.

En virtud de lo anterior, entonces, debe concluirse que es nulo el inciso 4º de la Circular Conjunta No. 000002 de 8 de enero de 2009, en cuanto estableció un porcentaje superior al indicado por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, por el periodo comprendido entre enero y noviembre del mismo año.

Finalmente advierte la Sala, que el estudio de legalidad que se realizó, estuvo limitado, única y exclusivamente, a los argumentos expuestos tanto en la demanda como en la contestación de la misma, los cuales hacen relación al porcentaje de cotización al régimen contributivo en salud y a la retroactividad de dicha contribución.

DECISIÓN

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

DECLÁRASE la nulidad del inciso 4º de la Circular Conjunta No. 000002 de 8 de enero de 2009², proferida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

² *“En los casos de inclusiones en nómina de pensionados con mesadas pensionales retroactivas, se aplicará el 12.5% como cotización en salud para aquellas mesadas anteriores comprendidas entre los meses de enero y noviembre de 2008”.*