

COTIZACION AL REGIMEN CONTRIBUTIVO POR PENSIONADO – Porcentaje / SUSPENSION PROVISIONAL – Declaratoria de inexecutable de la norma que sirve de sustento a la decisión. Efecto

Esta sección, mediante auto del 16 de julio de 2009, decreto la suspensión de la Circular Conjunta N 00002 de 2009. Se evidencia en ese momento procesal, la manifiesta infracción de que trata el artículo 152 del C.C.A., al imponerle al pensionado en el período comprendido entre los meses de enero y noviembre de 2008, la cotización del 12.5% al régimen contributivo de salud, a su vez, el inciso 2° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 1250 de 2008, contemplaba la cotización del 12% al régimen contributivo de salud a partir de enero de 2008, por tanto, era pertinente la suspensión provisional. Mediante sentencia C-430 de 1 de julio de 2009, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró: *“INEXEQUIBLE la expresión “la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008”, contenida en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, por la cual se adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993”*. (Subrayado y cursiva fuera de texto). En ese orden de ideas al ser declarado inexecutable al aparte del artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 que adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la medida cautelar decretada se revocará, ya que no es necesario mantenerla por carecer de sustento jurídico su decreto

NORMA DEMANDADA: Circular conjunta 002 de 2004 (8 de enero) MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO. MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL (NO SUSPENDIDO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil diez (2010)

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

Actor: OSCAR ALFONSO GARCIA VILLA Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y OTRO

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por la apoderada judicial del Ministerio de la Protección Social, contra el auto de 16 de julio de 2009, en virtud del cual esta Sala, decretó la suspensión provisional parcial de la Circular Conjunta No. 00002 de 8 de enero de 2009, expedida por los demandados.

Sostuvo la demandada que la circular acusada no puede ser suspendida ni declarada nula, como quiera que la misma no contraviene el ordenamiento

jurídico, toda vez que comporta una decisión ajustada a la legalidad de la aplicación de una norma.

Argumenta que *“con la Circular demandada se inaplicó por inconstitucional el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, por la cual se adicionó 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 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003, al advertir que resultaba abiertamente inconstitucional una norma que establecía con efectos retroactivos la disminución de la tarifa de cotización de los pensionados al Sistema de Seguridad Social en Salud, la cual ES UNA NORMA DE CARÁCTER TRIBUTARIO que la convierte de manera perentoria y por disposición constitucional, en (sic) no retroactiva”*.

Hizo referencia a la decisión administrativa contenida en el acto acusado al considerar que mas que controvertir el ordenamiento jurídico se encuentra revestida de legalidad, lo cual se reafirma con la posición adoptada por la Corte Constitucional al resolver la demanda D-7645 en la cual se estudió si la aplicación a partir del 1 de enero de 2008 de la tarifa del 12% de cotización al régimen contributivo de salud de los pensionados, vulnera el principio de irretroactividad de la ley tributaria y la destinación específica de los recursos de la seguridad social.

Manifestó que la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2009 declaró inexecutable la expresión *“la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008”*, contenida en el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008.

Finalmente la recurrente declaró que la Circular demandada esta revestida de legalidad, pues a través de ella se acató el ordenamiento jurídico acogiéndose al principio de irretroactividad de la ley, pues de esta manera la Ley 1250 de 2008 no podía aplicarse sobre hechos que se consolidaron en vigencia de la Ley 1122 de 2007, por tanto, se transgrede el artículo 363 de la Constitución Política.

Para resolver se, **CONSIDERA**

En ejercicio de la acción de nulidad el señor Oscar Alfonso García Villa y otros, solicitaron la suspensión provisional y la declaratoria de nulidad del inciso 4 de la Circular Conjunta 00002 de 8 de enero de 2009, proferida por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

Esta Sección, mediante auto de 16 de julio de 2009, decretó la suspensión provisional de la “Circular Conjunta No. 00002 de 8 de enero de 2009”, proferida por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

La Sala, mediante el auto recurrido, consideró en ese momento que el aparte de la circular acusada de conformidad con el artículo 152 del C.C.A., vulneraba de manera flagrante la Ley 1250 de 2008, ahí se dijo:

“La norma transcrita¹ establece en un 12% la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados de conformidad con el ingreso de la respectiva mesada pensional. El acto acusado, en su inciso 4 determina que, en caso de inclusiones en nómina de pensionados con mesadas pensionales retroactivas, se aplicará el 12.5% como cotización en salud para las mesadas comprendidas entre enero y noviembre del año 2008. Así las cosas, resulta evidente que el acto acusado, expedido por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social va en contra de lo determinado por la Ley 1250 de 2008, que estipula el 12% como cotización al régimen contributivo de salud de los pensionados”.

La parte recurrente alega que la circular acusada no puede ser suspendida ni declarada nula, como quiera que la misma no contraviene el ordenamiento jurídico.

Además sostuvo que la Circular demandada está revestida de legalidad, pues a través de ella se acató el ordenamiento jurídico acogiéndose al principio de irretroactividad de la ley, pues de esta manera la Ley 1250 de 2008 no podía aplicarse sobre hechos que se consolidaron en vigencia de la Ley 1122 de 2007, por tanto se transgrede el artículo 363 de la Constitución Política.

Sobre el particular, es necesario aclarar que mediante sentencia C-430 de 1 de julio de 2009, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró: *“INEXEQUIBLE la expresión “la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008”, contenida en el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, por la cual se adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993”.* (Subrayado y cursiva fuera de texto)

Dicha sentencia no había sido publicada al momento de proferirse la providencia recurrida en esta oportunidad, por lo que, para la Sala no podía ser otra la decisión en ese momento.

¹ Inciso 2º del Artículo 204 de la Ley 100 de 1993

El artículo 10° de la Ley 1122 de 2007, modifico el inciso 1° del artículo [204](#) de la Ley 100 de 1993, el cual dispuso que:

“Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo”.[...]

Dicha cotización al régimen contributivo de salud le era aplicada a las personas que adquirieran el status de pensionados.

La Ley 1250 de 2008 en el artículo 1°, adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, que estableció:

"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 2008²".

La Circular acusada en su inciso 4° dispuso que:

“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”.

Por lo anterior, se evidencia que en ese momento procesal, la manifiesta infracción de que trata el artículo 152 del C.C.A., al imponerle al pensionado en el período comprendido entre los meses de enero y noviembre de 2008, mediante la Circular 00002 de 8 de enero de 2009 demandada, la cotización del 12.5% al régimen contributivo de salud, a su vez, el inciso 2° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 1250 de 2008, contemplaba la cotización del 12% al régimen contributivo de salud a partir de enero de 2008, por tanto, era pertinente la suspensión provisional.

En ese orden de ideas al ser declarado inexecutable al aparte del artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 que adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la medida cautelar decretada se revocará, ya que no es necesario mantenerla por carecer de sustento jurídico su decreto.

En razón de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

² Aparte declarado inexecutable mediante sentencia C-430 de 2009

REVOCAR el numeral 5° del auto de 16 de julio de 2009, en virtud del cual esta Sección, decretó la suspensión provisional de la Circular Conjunta No. 000002 de 8 de enero de 2009.

Reconócese a la abogada Mónica Andrea Núñez Buitrago, identificada con C.C. No. 52.898.801 de Bogotá y T.P. No. 144.604 del C.S. de la J., como apoderada del Ministerio de la Protección Social, en los términos y para los efectos, conferidos en el poder obrante a folio 71 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

**GERARDO ARENAS MONSALVE
EN COMISIÓN**

**GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN
EN COMISIÓN**

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

