

Bogotá D.C., 6 de Mayo de 2015

No. de radicación  
solicitud:



2015-EE-042190

Señora

**Secretaría De Educación Departamental De Boyaca**

Tunja

Boyaca

Asunto: solicitud de concepto sobre parametrización de sistema de salud docente

#### LA CONSULTA

Con la radicación de la referencia, la Secretaría de Educación de Boyacá pregunta si con ocasión del fallo del Consejo de Estado de fecha 22 de septiembre de 2010-donde se decretó la nulidad del artículo 71 del Decreto 806 de 1998-, se deben realizar los respectivos ajustes en razón a que los docentes y directivos pertenecen a un régimen especial.

#### EL CONCEPTO

En efecto, a través del Fallo del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, de fecha 22 de septiembre de 2010, se declaró la Nulidad del Inciso 2o del artículo 71 del Decreto 806 de 1998 en los siguientes términos:

*"DECLÁRASE la nulidad del inciso 2o del artículo 71 del Decreto 806 de 1998 "Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional."*

El artículo en mención establece:

*"Artículo 71. Cotizaciones durante el período de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo. En los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato. En el caso de suspensión disciplinada o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período." [subrayado declarado inexequible. [1]]*

Para dilucidar el presente asunto, esto es, si la Secretaría de Educación que consulta, debe o no cancelar los aportes a la Seguridad Social en los casos de suspensión disciplinaria o de licencia no remunerada de los servidores públicos en aplicación del fallo del Consejo de Estado, se considera necesario en línea de principio abordar el tema con los antecedentes respectivos.

## MARCO JURÍDICO Y ANTECEDENTES JURISPRUENCIALES

El numeral 1o del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, que establece los tipos de PARTICIPANTES en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a saber:

*"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. (...)"*

De la anterior norma se deduce que los servidores públicos deben afiliarse al régimen contributivo.

A su vez, el artículo 22 *ibídem* ordena:

*"ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.*

*El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.*

*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."*

Es así como los empleadores están en la obligación de descontar de los ingresos

laborales de sus trabajadores el porcentaje correspondiente para realizar la cotización y, por ende, en la de pagar cumplidamente los aportes a la seguridad social girándolos oportunamente.

Del fallo del 22 de septiembre de 2010 del Consejo de Estado se deduce que cuando ocurra la suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos habrá lugar al pago de los aportes a la seguridad social mientras dure la situación.

El H. Consejo de Estado, para llegar a esta conclusión, tuvo en cuenta lo siguiente:

*"Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema.*

*Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado. Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social. Consecuente con lo hasta aquí expuesto, encuentra la Sala que el gobierno al exonerar al Estado del pago de los aportes a la seguridad social cuando los servidores públicos se encuentren en licencia no remunerada o hayan sido suspendidos por falta disciplinaria de sus cargos, además de vulnerar el principio de igualdad frente al empleador privado, desbordó la potestad reglamentaria, en cuanto tal y como se consignó en los párrafos precedentes, la obligación de cotización al sistema es un deber legal que no contempla como causales de exoneración la licencia o la sanción disciplinaria de suspensión en las que a pesar de presentarse suspensión en el cumplimiento de las funciones del servidor, se mantiene vigente la relación laboral."*

## CONCLUSIÓN

En conclusión, si bien el servidor queda transitoriamente separado del ejercicio de su cargo, es decir, que se presenta una interrupción de la relación laboral entre el servidor y la Administración y no se percibe remuneración alguna ni se computa este tiempo para efectos prestacionales, el vínculo laboral continúa vigente, toda vez que la suspensión disciplinaria o la licencia no remunerada no significa retiro del servicio, motivo que, a juicio del Consejo de Estado, deja en vigor la obligación del empleador de efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, la administración, como empleadora, tiene la obligación de pagar la cotización del servidor público suspendido disciplinariamente o en licencia no remunerada.

Ahora bien, dado que se refiere en la consulta el carácter de régimen especial de los docentes y servidores públicos, es pertinente recordar que el sistema de salud para el Magisterio cubre a todos los docentes de establecimientos educativos oficiales de educación preescolar, básica y media del país, está exceptuado del Sistema de Seguridad Social establecido por la Ley 100 de 1993. El Régimen de Salud del Magisterio es un régimen excepcionado por la Ley 100 y como tal, funciona como régimen especial, de modo que cualquier modificación tiene que ser por ley.

Los recursos están determinados por lo establecido en el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los cuales estipulan el origen de los recursos y la conformación de los aportes. Dicho régimen especial ha sido ratificado en sendos fallos por el mismo Consejo de Estado, frente a los docentes y directivos docentes vinculados al servicio público educativo.

Sin embargo, para esta oficina asesora el Consejo de Estado en el fallo aludido, encontró sin fundamento la exoneración que tenía el Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, y como tal, aún en el evento de que les fuera aplicable a los docentes un régimen distinto, que no lo es -dado que frente al vacío jurídico del régimen especial se debe estar ante la ley supletoria- deben efectuarse al interior de la Secretaría de Educación los ajustes requeridos tras la declaratoria de nulidad del inciso 2o del artículo 71 del Decreto 806 de 1998.

Igualmente en relación con la aplicabilidad contenida en el fallo aludido incluso para docentes y directivos docentes tiene asiento en la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones", la cual prevé en el numeral 2o del artículo tercero

*"...Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:*

*...*

*- El que regula el personal docente...."*

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico, constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 del Código Civil.

Adicionalmente, el anterior concepto se extiende en los términos contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), y cuyo contenido señala que las respuestas a las consultas, "no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución", aplicable a la fecha por declaratoria de inexecutable de los artículos que regulaban dicho tema en la Ley 1437 de 2011.

Atentamente,

**INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ**

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 1

Anexos: 0

**Anexo:**