



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 30 de enero de 2020.

Acción:	Acción de revisión.
Radicación:	11001032500020180022600
No. Interno:	0932-2018
Actor:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.
Demandado:	Luz Marina Quintero de León.
Asunto:	El docente que disfruta de pensión gracia está obligado a cotizar en el régimen de seguridad social en salud.
Decisión:	Se declara fundada la acción de revisión.

I. Asunto.

La Sala procede a dictar sentencia¹ dentro de la acción de revisión² interpuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que confirmó el fallo del 13 de diciembre de 2010 emanado del juzgado noveno administrativo de Bucaramanga que ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social « abstenerse de continuar descontando de la pensión gracia que devenga la docente Luz Marina Quintero Díaz, un porcentaje mayor al cinco (5%) como cotización por concepto de salud³». Así como también, reintegrar a la mencionada docente « las sumas que han sido descontadas de la pensión gracia como cotización por concepto de salud que exceda el porcentaje del cinco (5%) sobre la mesada, desde el 01 de agosto de 2003 hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia...⁴»

¹ El proceso ingresó al despacho con nota secretarial de fecha 8 de noviembre de 2019.

² La Corte Constitucional en sentencia C-835 de 2003 señaló que: «El artículo 20 de la Ley 797 de 2003 consagra una acción especial o sui génesis de revisión y ordena que se tramite por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código, esto es el procedimiento contencioso administrativo o laboral, o normas que los modifiquen...».

³ Ver folio 61 y vlt. Del expediente contentivo del proceso ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁴ Ibídem.

que establece que son afiliados a dicho sistema los pensionados, razón por la que le es exigible el deber de pagar las cotizaciones a salud en un porcentaje del 12.5%, de manera que, los docentes beneficiarios de la pensión gracia no se encuentran excluidos de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, pues no hacen parte de la excepción contemplada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicha prestación no es pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sino a cargo de la Caja Nacional de Previsión, por lo que resulta desacertado que la sentencia controvertida haya ordenado la devolución de las cotizaciones descontadas a la aquí demandada.

Contestación de la acción extraordinaria de revisión.

4. La señora Luz Marina Quintero de León fue notificada personalmente del auto admisorio¹⁰ de la presente acción de revisión tal como se observa a folio 305 del expediente, y se opuso a las pretensiones de la demanda, pues arguye que la sentencia que se cuestiona se profirió en cumplimiento de la normatividad vigente y en plenas garantías para las partes que acudieron a la Litis.

5. Alega la existencia de una ineptitud de la demanda, pues a su juicio, la demanda carece de una explicación del error en la sentencia cuya revocatoria se solicita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

De la competencia.

6. La demanda en ejercicio de la acción de revisión que ocupa la atención de la Sala fue interpuesta en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, motivo por el cual, esta Corporación es competente para conocer de ella en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 249 *ibídem*¹¹.

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.»

⁸ ARTÍCULO 203. AFILIADOS Y BENEFICIARIOS. Serán afiliados obligatorios al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157.

⁹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

¹⁰La diligencia de notificación se llevó a cabo el día 20 de junio de 2018.

¹¹ «Artículo 249. *Competencia.*

(...)

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.

objeto de revisión se produjo con vulneración al debido proceso, en tanto existía falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la entidad demandada CAJANAL, pues no era esta la autoridad llamada a satisfacer las pretensiones de la demanda al no ser la destinataria ni depositaria de los fondos o recursos que se recaudaban para la seguridad social en salud.

10. Al respecto, encuentra la Sala que de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo en los procesos contenciosos administrativos la representación de la Nación está a cargo del «Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho».

11. En esa medida, como el acto administrativo que se acusó en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la docente Quintero de León fue expedido por el gerente general de la Caja Nacional de Previsión Social, era ésta la autoridad administrativa llamada a fungir como demandada en el aludido proceso. Adicionalmente, la competencia para realizar las deducciones de la mesada pensional por concepto de las cotizaciones obligatorias¹³, entre ellas, el aporte destinado al Sistema de Seguridad Social en Salud, fue encomendado en su momento, a la Caja Nacional de Previsión Social, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2, numeral 5¹⁴, del Decreto 65 de 2004¹⁵.

12. Así las cosas, la Sala no vislumbra la vulneración del derecho al debido proceso que se invoca, pues la Caja Nacional de Previsión Social era la persona jurídica legitimada en la causa para actuar como parte demandada en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que se ha hecho alusión, razón por la cual, se negará la presente acción de revisión respecto de la causal prevista en el literal a) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

¹³ El aporte en salud, constituye una cotización obligatoria para los pensionados y jubilados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 157, 202 y 204 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de las exclusiones a que se refiere el artículo 279 *ibidem*.

¹⁴ «5. Efectuar el recaudo de las cotizaciones obligatorias de sus afiliados, en los términos establecidos por la ley...»

¹⁵ «Por el cual se modifica la estructura de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, Empresa Industrial y Comercial del Estado».

16. Con la expedición de la Ley 43 de 1975¹⁸ se nacionalizó la educación primaria y secundaria que se venía prestando en los entes territoriales y, con ello, dejarían de presentarse las diferencias salariales entre los docentes nacionales y territoriales.

17. Ahora bien, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en su artículo 1º, clasificó el personal docente, así: nacional, nacionalizado y territorial; además, en el artículo 15, numeral 2º, fijó un límite temporal para el reconocimiento de la pensión gracia.

18. Conforme lo anterior, no se beneficiarían de la aludida prestación «los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990», toda vez que respecto de estos se estipuló que a su favor solo se reconocería «una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año» y que gozarían del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

19. El reconocimiento de esta pensión se encontraba a **cargo de la Caja Nacional de Previsión Social**, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 081 del 20 de enero 1976¹⁹, en el artículo 15²⁰ de la Ley 91 de 1989 y en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y no del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio creado con la Ley 91 de 1989.

20. Ahora, en cuanto a los descuentos por concepto de cotización o aportes a salud que se debe efectuar sobre esta mesada pensional, debe señalarse que la obligación de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud se

18 Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan o bras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

19 Por el cual se trasladan unas funciones a la Caja Nacional de Previsión Social.

20 Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

«Artículo 204.- 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 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.²⁴ Negrillas fuera de texto.

23. La normativa anterior fue modificada a través de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», aumentando el porcentaje de cotización en los siguientes términos:

Artículo 10. Modifícase el inciso 1° 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 (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. 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%).»Negrillas fuera de texto.

24. Si bien las mencionadas normas no consagran de manera expresa la pensión gracia como susceptible de la cotización en salud, ha de entenderse incluida por cuanto se trata de una prestación a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, y sobre la cual la ley no estableció ninguna excepción al respecto.

25. Finalmente, el artículo 26 del Decreto 806 de 1998²⁵ estableció que las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al régimen contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será

²⁴ El texto transcrito es el original de la Ley 100 de 1993, que fue modificado, posteriormente, a través del artículo 10 de la Ley 1122 de 2007.

²⁵ «Artículo 26. Afiliados al Régimen Contributivo. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...)

c) Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios...».

Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social por virtud de lo dispuesto en el artículo 156, literal i) de la Ley 1151 de 2007²⁷.

29. En consecuencia, la Sala considera que los docentes que han accedido a la **pensión gracia, no están exceptuados** de realizar las cotizaciones con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud y, por ende, son afiliados al régimen contributivo de ese sistema, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1, del literal a) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993²⁸, postura en la cual, han coincidido tanto la Corte Constitucional²⁹ como esta corporación³⁰.

30. Así las cosas, al quedar claro que los beneficiarios de la pensión gracia se consideran afiliados al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, se encuentran obligados a realizar las cotizaciones para salud previstas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, la Sala concluye que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander se encuentra incurso en la causal de revisión prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, pues al confirmar la orden de reintegrar a la docente Luz Marina Quintero Diaz los descuentos que le fueron realizados de su pensión gracia por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y de abstenerse de continuar haciendo dichos descuentos en porcentaje mayor al 5%,

27 «ARTÍCULO 156. GESTIÓN DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003...»

28 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.

29 Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Corte Constitucional, Sentencia T-546/14, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

30 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 5 de septiembre de 2013, radicación 25000 23 25 000 2011 00805 01, número interno: 2090 -2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Tal posición se ha replicado tanto en sentencias posteriores, entre otras, en las siguientes: Subsección A, sentencia del 26 de enero de 2017, radicación 63001 23 33 000 2014 00239 01, número interno: 1932-2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez y Subsección B, sentencia del 15 de marzo de 2018, radicación: 11001 03 25 000 2013 00392 00, número interno: 0849-13, M.P. William Hernández Gómez; sentencia de fecha 9 de abril de 2019, número interno: 2546-2014, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; sentencia de fecha 29 de agosto de 2019, radicado: 11001032500020140013700, número interno: 0343-2014, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; sentencia de fecha 7 de noviembre de 2019, radicado interno: 0949-2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

de la pensión gracia la hace inmune a cualquier omisión tácita del legislados acerca de los requisitos para otorgarla, liquidarla o disfrutarla, de manera que, para que proceda el descuento a realizar sobre la pensión gracia en un 12%, se requiere que se diga expresamente.

Sentencias de primera instancia.

36. El juzgado noveno administrativo de Bucaramanga mediante sentencia proferida el 13 de diciembre de 2010³³, accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual, señaló que «Al ser beneficiaria la demandante de la pensión gracia, el juzgado infiere que fue vinculada con anterioridad al año 1980, es por ello que se concluye no le resultan aplicables las disposiciones contenidas en las Leyes 812 de 203 ni 1122 de 2007, que modificaron aspectos relacionados con las cotizaciones al Sistema de la Seguridad Social disponiendo que su porcentaje fuera en la proporción establecida por la Ley 100 de 1993».

Sentencias de segunda instancia.

37. La anterior decisión fue apelada por CAJANAL, correspondiéndole el conocimiento del recurso de alzada al Tribunal Administrativo de Santander corporación que mediante sentencia de fecha 3 de noviembre de 2011 confirmó el fallo de primera instancia, decisión que es reemplazada por el presente proveído en los siguientes términos:

Del caso concreto.

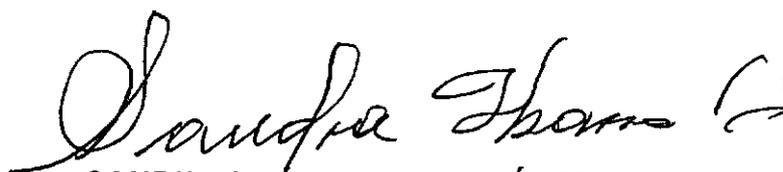
38. En atención al análisis del marco normativo que se realizó en acápite que anteceden, al estudiar sobre la configuración de la causal de revisión consagrada en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, la Sala concluye que la pensión gracia no está exceptuada de los descuentos por concepto de cotización en salud en el porcentaje establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, en la medida que tal normativa no exceptúa del Sistema de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia.

³³ Ver folios 57 al 62 del expediente de origen.

SEGUNDO. INFIRMAR la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y en consecuencia, se dispone **REVOCAR** el fallo del juzgado noveno administrativo de Bucaramanga adiado 13 de diciembre de 2010 que accedió a las pretensiones y en su lugar, **NEGAR** las súplicas de la demanda.

TERCERO.- Devolver al tribunal de origen el expediente No 68001333100920080017700, que fue enviado en calidad de préstamo a esta Corporación. Cumplido lo anterior, archivar el expediente.

Notifíquese y cúmplase.


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


CARMELO PERDOMO CUÉSTER