



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

Bogotá D.C., 7 de noviembre de 2019.

Acción:	Acción de revisión.
Radicación:	110010325000201800243
No. Interno:	0949-2018
Actor:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.
Demandado:	Edilma González de Gamba.
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.

1. 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 20 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare que confirmó el fallo del juzgado primero administrativo de Yopal el cual ordenó a la UGPP cesar «los descuentos que por concepto servicios médicos asistenciales se estén aplicando sobre la pensión gracia» reconocida a la señora Edilma González, así como también, reintegrar «debidamente actualizadas, las sumas descontadas de la pensión gracia» desde el 24 de septiembre de 2009 hasta la fecha en que se dejen de efectuar los descuentos.

Del recurso extraordinario de revisión³.

2. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, invocó las causales contenidas en los

¹ El proceso ingresó al despacho con nota secretarial de fecha 11 de octubre 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 Folios 243 al 249 del cuaderno principal.

literales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que a su tenor señala lo siguiente:

«ARTÍCULO 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública.

(...)

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

- a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y
- b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.»

3. En cuanto al literal a) sostuvo que la orden judicial impartida en la sentencia objeto de revisión se produjo con vulneración al debido proceso, por cuanto existía falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la entidad demandada CAJANAL, pues no era ésta la entidad llamada a satisfacer las pretensiones de la demanda por no ser la destinataria ni depositaria de los fondos o recursos que se recaudan para la seguridad social en salud.

4. Referente al literal b) señaló que procede la revisión de la sentencia cuestionada, por cuanto la cuantía del derecho reconocido excede lo debido de acuerdo a la ley, al haberse accedido a la suspensión y reintegro de las sumas descontadas por concepto de aportes a salud sobre la pensión reconocida en favor de la señora Edilma González de Gamba, en tanto que tales descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud se fundan en lo dispuesto en los artículos 157⁴, 202⁵, y 203⁶ de la Ley 100 de 1993⁷, normativa 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

⁴ «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...»

⁵ «ARTÍCULO 202. DEFINICIÓN. El régimen contributivo es 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.»

⁶ ARTÍCULO 203. AFILIADOS Y BENEFICIARIOS. Serán afiliados obligatorios al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157.

⁷ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

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.

5. La señora Edilma González de Gamba fue notificada personalmente del auto admisorio⁸ de la presente acción de revisión tal como se observa a folio 308 del expediente, sin que haya presentado escrito de contestación a la demanda.

II. 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*⁹.

7. De igual manera, atendiendo el criterio de especialización, por tratarse de un asunto de carácter pensional, la Sección Segunda, en la Subsección a la que corresponda el reparto del proceso, es competente para conocer de la acción de revisión al tenor de lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003¹⁰.

⁸La diligencia de notificación se llevó a cabo el día 20 de junio de 2018.

⁹ «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.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos.» (Resalta la Sala).

¹⁰ «Artículo 1. Distribución de negocios entre las secciones. El artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, por el cual se expidió el reglamento del Consejo de Estado, quedará así:

Artículo 13.- Distribución de los negocios entre las secciones.

Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

(...)

Sección Segunda:

Problema jurídico.

8. Corresponde a la Sala determinar si la sentencia de fecha 20 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare se encuentra inmersa en las causales de revisión invocadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, esto es, en primer lugar, si el aludido fallo quebrantó el derecho al debido proceso en tanto existía falta de legitimación en la causa por pasiva de CAJANAL al no ser la entidad llamada a satisfacer las pretensiones de la demanda y, en segundo orden, si la cuantía del derecho reconocido a la docente excede lo debido de acuerdo con la ley, en la medida que la mencionada providencia ordenó que a la pensión gracia que devenga se deje de efectuar los descuentos por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en salud.

Del caso concreto.

Causal a). Del reconocimiento de la prestación con violación del debido proceso.

9. Aduce la parte actora que en cuanto a la causal contenida en el literal a) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, la orden judicial impartida en la sentencia 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».

(...)

3-. El recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos, en asuntos relacionados con la competencia de esta sección».

11. En esa medida, como el acto administrativo que se acusó en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la docente González de Gamba 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 obligatorias¹¹, 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 5¹², del Decreto 65 de 2004¹³.

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.

Causal b). De la cuantía de la prestación reconocida, en cuanto excede la disposición legal.

13. De otra parte, en lo atinente al argumento expuesto por la entidad demandante respecto de la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, consistente en que el porcentaje que se debe descontar a la pensión gracia reconocida al docente por concepto de aporte destinado al Sistema de Seguridad Social en Salud, es el contenido en la Ley 100 de 1993, es decir, el 12.5 % y no excluido de tal obligación como lo dispuso la sentencia acusada. Bajo ese entendido, la mesada reconocida a la pensionada se está pagando en una cuantía superior a la que dispone la ley, para lo cual, la Sala analizará la naturaleza de la pensión gracia y la procedencia o no de los descuentos a la misma por concepto de aportes a la seguridad social en salud conforme lo previsto en la Ley 100 de 1993 y 1122 de 2007.

¹¹ 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*.

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

¹³ «Por el cual se modifica la estructura de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, Empresa Industrial y Comercial del Estado».

De la naturaleza de la pensión gracia.

14. La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de escuelas primarias oficiales, que hayan prestado sus servicios en el magisterio por un término no menor de 20 años. Dicha normativa estableció las condiciones especiales en materia pensional sobre la cuantía, la posibilidad de acumular servicios prestados en diversas épocas, los requisitos que deben acreditarse y ante quién deben comprobarse.

15. Mediante las Leyes 116 de 1928¹⁴ y la Ley 37 de 1933¹⁵, se extendieron sus beneficiarios y el tiempo de servicio computable para esta prestación. La primera dispuso en el artículo 6° que «los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan»; y la segunda, en el artículo 3°, hizo extensiva la pensión de gracia «a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria». Así pues, tanto los maestros de primaria como los de secundaria del sector oficial podían acceder a la pensión gracia, siempre y cuando reunieran los requisitos exigidos por la Ley.

16. Con la expedición de la Ley 43 de 1975¹⁶ 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 1°, clasificó el personal docente, así: nacional, nacionalizado y territorial; además, en el artículo 15, numeral 2°, fijó un límite temporal para el reconocimiento de la pensión gracia.

¹⁴ Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la ley 102 de 1927»

¹⁵ Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados»

¹⁶ 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 obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

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 1976¹⁷, en el artículo 15¹⁸ 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 consagró para los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, desde la Ley 4 de 1966, que, en su artículo 2¹⁹, dispuso:

«Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y

b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.

Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional.»

21. La ley prenotada no exceptuó de dicha obligación a los beneficiarios de la pensión gracia, por cuanto con los recursos recaudados se financian los servicios de salud. Posteriormente y en ese mismo sentido, el artículo 7 de la Ley 4º de 1976²⁰, señaló:

¹⁷ Por el cual se trasladan unas funciones a la Caja Nacional de Previsión Social.

¹⁸ 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.

¹⁹ Artículo derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993.

²⁰ Este artículo sobre cobertura familiar, fue subrogado por el artículo 163 Ley 100 de 1993 en cuanto al régimen que contempla. Radicación 659 de 1994. Sala de Consulta y Servicio Civil).

«Artículo 7º.- Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, **mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.** (Negrilla fuera de texto original)

22. Ahora, al expedirse la Ley 100 de 1993, el monto y distribución de las cotizaciones prevista en su artículo 204²¹, resulta obligatorio para todos los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, incluidos los beneficiarios de la pensión gracia, porque la norma no distinguió entre éste régimen especial y el ordinario de pensión de jubilación. En dicha ley se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería del 12%, en los siguientes términos:

«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.²² 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 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**

²¹ Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones 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%).

<Inciso 2o. INEXEQUIBLE>.<Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Inciso adicionado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional" (...)

²² 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.

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 1998²³ 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 financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador, incluyendo como afiliados a los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado, sin hacer ningún tipo de exclusión a pensiones de jubilación de regímenes especiales.

26. Por lo tanto, aquellas personas que cumplan con los requisitos de ley para pensionarse y adquieran una pensión vitalicia de jubilación, incluyendo la pensión gracia, se les seguirá descontando en cada mesada el porcentaje de ley, para la sostenibilidad del sistema de seguridad social. De esta manera, sobre la pensión que se reconoce y paga a través de la **Caja Nacional de Previsión Social, hoy de la UGPP**, se debe efectuar el **descuento del 12.5%** con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

²³ "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 pensonal o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios..."

27. Ahora bien, respecto del argumento según el cual, los docentes que perciben pensión gracia están exceptuados de realizar los aportes destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al tenor de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, habrá de precisarse lo siguiente:

28. El artículo 279 de la pluricitada ley consagró los regímenes que se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, así:

«Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, **se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989²⁴, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.** Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...» (Negrillas fuera de texto)

29. Como puede observarse, la norma en cita consagra la exclusión de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de manera que, la excepción debe entenderse referida solo respecto de las prestaciones a cargo del FOMAG y no a la pensión gracia cuyo reconocimiento está en cabeza de la Caja Nacional de Previsión Social hoy obligación asumida en la Unidad Administrativa Especial de 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 2007²⁵.

24 La expresión «Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989» se declaró condicionalmente exequible mediante sentencia C-461/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en el entendido que «su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar».

25 «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...»

30. 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 1993²⁶, postura en la cual, han coincidido tanto la Corte Constitucional²⁷ como esta corporación²⁸.

31. 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 Casanare 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 Edilma González de Gamba 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, dio lugar a que la entidad previsional pagara una mesada pensional superior a la determinada por la ley.

32. Bajo las consideraciones anteriores, se hace necesario declarar la prosperidad de la acción de revisión respecto de la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y como consecuencia de ello, infirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare de fecha 20 de febrero de 2014 y proceder a emitir la sentencia de reemplazo de que trata el siguiente acápite.

²⁶ 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 1 del título III de la presente Ley.

²⁷Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Corte Constitucional, Sentencia T-546/14, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁸ 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. Willisam Hernández Gómez.

Sentencia de reemplazo.

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y sus pretensiones.

33. La señora Edilma González de Gamba demandó la nulidad parcial de la Resolución No 40101 del 20 de agosto de 2008, mediante la cual, le fue reliquidada la pensión gracia a la docente, ordenando el descuento del 12% de la mesada pensional para servicios de salud.

34. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la «Caja Nacional de Previsión Social EICE EN Liquidación, a reintegrar y dejar de descontar de cada una de las mesadas pensionales de la pensión gracia, el 12% para salud²⁹». Así mismo, «se condene a reconocerle y pagarle [...] las sumas que dejó de percibir por la aplicación del descuento del 12% para seguridad social en salud de su pensión gracia, las cuales serán actualizadas³⁰».

Fundamentos fácticos y jurídicos.

35. Como sustento de las anteriores pretensiones, indicó que mediante Resolución 40101 del 20 de agosto de 2008, le fue reliquidada la pensión gracia por parte de CAJANAL, ordenándose el descuento del 12% para salud. Así mismo, adujo encontrarse afiliado en materia de salud y pensión al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a donde realiza los aportes dispuestos por ley, de manera que, al establecerse en la resolución acusada un descuento del 12% para afiliación al régimen de seguridad social en salud, se desconoce lo dispuesto en el artículo 295³¹ de la Ley 100 de 1993, como quiera que se encuentra excluido de dicho régimen ya que su cotización a salud y pensión se rige por la Ley 91 de 1989, incurriendo en doble pago para el aludido régimen.

²⁹ Ver folio 2 vltto del expediente de origen.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ La norma invocada no existe, pues la Ley 10 de 1993 solo contiene 289 artículos, lo que denota un yerro de digitación en la cita normativa por parte de la demandante.

36. Sumado a lo anterior, alega que la pensión gracia al ser una prestación no sujeta a aportes de ninguna clase, no debe ser objeto de descuentos, en tanto es una pensión especial.

Sentencias de primera instancia.

37. El juzgado primero administrativo de Yopal mediante sentencia proferida el 29 de agosto de 2013³², accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual, señaló que «la pensión gracia que devenga la demandante no puede ser afectada por el 12% destinado al sistema de seguridad social en salud, de que trata la ley 100 de 1993», en consecuencias, ordenó a partir de la ejecutoria de la decisión, cesar los descuentos que por concepto de servicios médicos asistenciales se estén aplicando a la pensión gracia de la docente y reintegrar aquellas sumas descontadas con posterioridad al 24 de septiembre de 2009 por tal concepto.

Sentencias de segunda instancia.

38. La anterior decisión fue apelada por CAJANAL, correspondiéndole el conocimiento del recurso de alzada al Tribunal Administrativo de Casanare corporación que mediante sentencia de fecha 20 de febrero de 2014 confirmó el fallo de primera instancia, decisión que es reemplazada por el presente proveído en los siguientes términos:

Del caso concreto.

39. El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si la pensión gracia que devenga la docente Edilma González de Gamba está sometida a los descuentos por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud en el porcentaje establecido en la Ley 100 de 1993 y 1122 de 2007 y demás normas que las complementan y en el porcentaje del 12.5% fijado por ley.

40. En atención al análisis del marco normativo que se realizó en acápites 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

³² Ver folios 180 al 185 del expediente de origen.

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.

41. Como consecuencia de lo anterior y al tenor de lo dispuesto en el literal a) del numeral 1) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y en el literal c) numeral 1) del artículo 26 del Decreto 806 de 1998³³, la educadora González de Gamba como titular de la pensión gracia, hace parte de los afiliados del régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud y, por ende, respecto de tal prestación se deben realizar las cotizaciones que la referida ley dispone por tal concepto, equivalentes al 12,5% en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007³⁴.

42. Conforme las razones que anteceden, se establece que a la maestra no le asiste razón en su pretensión de obtener la nulidad parcial de la Resolución No 40101 del 20 de agosto de 2008, y como consecuencia de ello, abstenerse el ente previsional de hacer tal deducción en el porcentaje total equivalente al 12.5% del ingreso que percibe por pensión gracia, razón por la cual, se deberá revocar la sentencia proferida por el juzgado primero administrativo de Yopal que accedió a las pretensiones y en su lugar, negar las súplicas de la demanda.

43. 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. DECLÁRASE FUNDADA la acción de revisión presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, por la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, contra la sentencia de fecha de fecha 20 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare.

³³ Derogado por el Decreto 2353 del 3 de diciembre de 2015, que, en todo caso, los mantiene como afiliados al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, en su artículo 34, numeral 34.1.3.

³⁴ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

SEGUNDO. INFIRMAR la sentencia de fecha de fecha 20 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare y en consecuencia, se dispone **REVOCAR** la sentencia proferida por el juzgado primero administrativo de Yopal de fecha 29 de agosto de 2013 que accedió a las pretensiones y en su lugar, **NEGAR** las súplicas de la demanda.

TERCERO.- Devolver al tribunal de origen el expediente No 850013333001201200069, 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 CUÉTER

legis

