



Función Pública

Sentencia 2013-01382 de 2021 Consejo de Estado

ACCIÓN ESPECIAL DE REVISIÓN / DESCUENTOS POR CONCEPTO DE APORTES EN SALUD PENSIÓN GRACIA - Procedencia / DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS DE DINERO PAGADAS EN EXCESO - Improcedencia por falta de prueba de la mala fe del particular

Acorde con el marco normativo que se realizó en líneas que anteceden, y con el estudio 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 que deben hacerse 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 obligación no excluye a los beneficiarios de la pensión gracia. Como corolario 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 1998, la demandante, 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 debe 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 2007. Vistas las consideraciones que anteceden, se establece que a la demandante no le asiste razón en su pretensión de obtener la nulidad de los actos demandados, que resolvieron en forma desfavorable la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos que se le realizaban por concepto de cotización para la salud en la mesada de la pensión gracia, razón por la cual, se deberá revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga que accedió a las pretensiones y, en su lugar, se negarán las súplicas de la demanda. (...). La UGPP solicita se ordene a la actora que devuelva los valores que le fueron pagados en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia de 12 de septiembre de 2011. Se destaca, que conforme al Artículo 83 superior, la buena fe de los particulares se presume y, en el caso concreto, este evento no se ha desvirtuado, por cuanto el reintegro de los valores descontados fue producto de la decisión judicial ahora atacada. En esa medida, sin desconocer que se trata de recursos que pertenecen al sistema de seguridad social en salud, lo cierto es que, al no ser probada la mala fe, no se ordenará el reintegro de las mencionadas sumas pagadas, esto en aplicación del Artículo 136 del CCA, hoy 164 del CPACA.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 83 / LEY 797 DE 2003 - ARTÍCULO 20 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 149 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 251 / LEY 1564 DE 2012 - ARTÍCULO 79 / LEY 37 DE 1933 / LEY 62 DE 1985 - ARTÍCULO 1 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 15 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 10 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 204 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 279 / LEY 4 DE 1966 / LEY 4 DE 1976 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTÍCULO 26

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., 11 de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 11001-032-5000-2013-01382-00(3495-13)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)

Demandado: MARÍA CONCEPCIÓN BOHÓRQUEZ FLÓREZ

I. Asunto

La Sala procede a dictar sentencia dentro de la acción especial de revisión¹ interpuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante, UGPP, contra la sentencia del 12 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que confirmó y adicionó la decisión del Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga de acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formuladas por la señora María Concepción Bohórquez Flórez.

1. La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho

La señora María Concepción Bohórquez Flórez presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declarara la nulidad de los siguientes oficios: (i) PABF CDP 2009-011045 del 25 de septiembre de 2009, expedido por el gerente del Patrimonio Autónomo Buen Futuro, en calidad de apoderado general de CAJANAL y (ii) ATC-0768-09 emitido por el director de Atención al Cliente del Consorcio

FIDUFOSYGA, por medio de los cuales se negó la suspensión y reintegro de los descuentos que realizados por concepto de cotización para la salud sobre la mesada de la pensión gracia.

A título de restablecimiento del derecho, pidió se ordene a los demandados: (i) suspender los descuentos por concepto de salud que se le han venido realizando a su mesada de pensión gracia, o en su defecto, reducirlo al 5% permitido por la ley y (ii) reintegrar a su favor las sumas correspondientes al porcentaje descontado en exceso de la mesada de pensión gracia por concepto de salud, con no menos de tres (3) años de retroactividad, contados a partir de la radicación de la petición en sede administrativa, debidamente indexadas y actualizadas.”²

Mediante sentencia de 28 de enero de 2011 el Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga accedió a las súplicas de la demanda³, y en consecuencia, ordenó a Cajanal ajustar, en coordinación con el Ministerio de la Protección Social, los descuentos a efectuar sobre la pensión gracia reconocida a la señora María Concepción Bohórquez Flórez, de los cuales deberían excluir los valores por concepto de seguridad social en salud, salvo el descuento de 1/3 parte del 1% de la cotización para salud al FOSYGA; y precisó que este descuento no podrá efectuarse respecto de la pensión gracia, sino solo de la pensión ordinaria de jubilación.

Además, ordenó a la Nación – Ministerio de la Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, reintegrar a la señora María Concepción Bohórquez Flórez los dineros descontados indebidamente respecto de la pensión gracia, hecha la salvedad de la prescripción de los descuentos efectuados con anterioridad al 17 de julio de 2006.

2. Sentencia objeto de revisión

El Tribunal Administrativo de Santander, en el fallo del 12 de septiembre de 2011, modificó y adicionó la decisión del *a quo*⁴, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: Modifícase el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en cuanto a la orden dada a la NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, y en su lugar se dispondrá ordenar a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, a reintegrar a la señora MARÍA CONCEPCIÓN BOHÓRQUEZ FLÓREZ el 7% que ha venido descontado de más para salud del ingreso de su pensión gracia, desde la fecha en que se hicieron efectivos los descuentos superiores al 5%, teniendo en cuenta la prescripción declarada por el a quo en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Adicionase la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y se denegarán las pretensiones frente a esta, en consideración a que quien realiza los descuentos por concepto de salud y los pone a disposición del FOSYGA, es Cajanal en Liquidación, conforme se expuso en la parte motiva”.

En los demás aspectos, confirmó la sentencia de primera instancia.

Consideró que la demandante ingresó al servicio docente con anterioridad al año 1980, lo que se deduce por el hecho de haberle sido reconocida la pensión gracia, razón por la cual, no le resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 1703 de 2002 y las Leyes 812 de 2003 y 1122 de 2007, que modificaron aspectos relacionados con las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud.

1.1. De la acción especial de revisión⁵

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, invocó las causales contenidas en los literales a) y b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que señalan 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”.

En cuanto al literal a) sostuvo que la orden impartida en la sentencia objeto de revisión se produjo con vulneración del derecho al debido proceso, por cuanto CAJANAL no estaba legitimada en la causa por pasiva, pues no es 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.

Respecto al literal b) señaló que procede la revisión de la sentencia cuestionada, toda vez que la cuantía del derecho reconocido excede lo debido de acuerdo con la ley, al haberse accedido a la suspensión y reintegro de las sumas descontadas por concepto de aportes a salud sobre la pensión gracia reconocida a la señora María Concepción Bohórquez Flórez.

Agregó que tales descuentos, con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se fundan en lo dispuesto en los Artículos 157⁶, 202⁷ y 203⁸ de la Ley 100 de 1993⁹, normativa que establece que son afiliados a dicho sistema los pensionados, razón por la cual, les es exigible el deber de pagar las cotizaciones 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.

1.2. Contestación de la acción especial de revisión

La parte demandada guardó silencio.

1.3. Trámite

Mediante auto de 3 de febrero de 2015¹⁰, el Despacho Sustanciador admitió la acción especial de revisión presentado por la apoderada de la UGPP. En el auto del 13 de noviembre de 2019¹¹ se prescindió del periodo probatorio, de conformidad con el Artículo 254 del CPACA.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. De la competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer la acción especial de revisión prevista en el Artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que establece:

“Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación”.

A su vez, el Artículo 249 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala:

De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión¹².

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.

Por consiguiente, corresponde a esta Corporación conocer de los recursos extraordinarios de revisión o acciones especiales de revisión que se interpongan contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos.

Ahora bien, en el caso bajo estudio se tiene que la sentencia objeto del recurso fue dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 12 de septiembre de 2011, donde se debatió la procedencia de los descuentos realizados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre la pensión gracia de la señora María Concepción Bohórquez López.

En ese orden de ideas, esta Sección es competente para conocer del recurso por cuanto la sentencia fue proferida por un tribunal, y el debate procesal es de carácter laboral; por lo tanto, procede el estudio de la acción especial de revisión interpuesta por la UGPP.

2.2. Problema jurídico

En el caso bajo estudio, la Sala debe determinar si en la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Santander, se configuran las causales de revisión previstas en los literales a) y b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003, esto es: (i) si el aludido fallo quebrantó el derecho al debido proceso en tanto existía falta de legitimación en la causa por pasiva de CAJANAL, por presuntamente no ser la entidad llamada a satisfacer las pretensiones de la demanda, y (ii) 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 sobre la pensión gracia que devenga no se le efectúen los descuentos por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en salud.

2.2.1. Del reconocimiento de la prestación con violación del debido proceso

Respecto a la alegada violación del derecho al debido proceso, por la presunta falta de legitimación en la causa por pasiva de CAJANAL, encuentra esta Sala que de conformidad con lo previsto en el inciso 2 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”*.

Siendo ello así, y como el acto administrativo que se acusó en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora María Concepción Bohórquez Flórez fue expedido por el apoderado general para contestar derechos de petición¹³ de la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), era ésta la autoridad administrativa llamada a fungir como demandada en el aludido proceso. Luego, la competencia para realizar las deducciones de la mesada pensional por concepto de las cotizaciones obligatorias¹⁴, 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 5¹⁵, del Decreto 65 de 2004¹⁶.

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.

2.2.2. De la cuantía de la prestación reconocida, en cuanto excede la disposición legal

Por otra parte, en lo atinente al argumento expuesto por la entidad demandante respecto de la configuración de la causal prevista en el literal b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003, porque, contrario a lo decidido por el Tribunal, el porcentaje que se debe descontar a la pensión gracia reconocida a la docente, por concepto de aporte destinado al Sistema de Seguridad Social en Salud debe ser el 12.5 %, previsto en la Ley 100 de 1993, se empezará por revisar la naturaleza de la pensión gracia, para posteriormente determinar la procedencia o no de los descuentos de los referidos aportes.

2.2.3. De la naturaleza de la pensión gracia

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.

A través de las Leyes 116 de 1928¹⁷ y 37 de 1933¹⁸, 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 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.

Con la expedición de la Ley 43 de 1975¹⁹ 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.

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.

Puestas, así las cosas, adviértase que 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.

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 1976²⁰, en el Artículo 15²¹ de la Ley 91 de 1989 y en el canon 279 de la Ley 100 de 1993 y no del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio creado con la Ley 91 de 1989.

Con respecto 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 2²², dispuso:

“ARTÍCULO 2. 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”.

La anterior normativa 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 4 de 1976²³, señaló:

“ARTÍCULO 7. 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)

Al expedirse la Ley 100 de 1993 se reguló el monto y distribución de las cotizaciones a salud para todos los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, sin que entiendan excluidos los beneficiarios de la pensión gracia, porque la norma no distinguió entre este 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”.*²⁴ Negrillas fuera de texto.

La regla anterior fue modificada por 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%)”. Negrilla fuera de texto.

Si bien, las mencionadas normas no consagran de manera expresa la pensión gracia como susceptible de la cotización en salud, lo cierto es que 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.

Por último, el canon 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 financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador, incluyendo como afiliados obligatorios al sistema de salud 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.

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 en salud. De esta manera, sobre la pensión que se reconoce y paga a través de la Caja Nacional de Previsión Social, hoy UGPP, se debe efectuar el descuento del 12,5% con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Aunado a lo anterior, el Artículo 279 de la referida ley 100 de 1993 consagró los regímenes que se encuentran exentos 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 1989²⁶, 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)

Nótese, que 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 por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 156, literal i) de la Ley 1151 de 2007²⁷.

En conclusión, esta 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 consiguiente, 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.

Acorde con esto, al quedar claro que los beneficiarios de la pensión gracia son afiliados obligatorios del Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud, en consecuencia, se encuentran compelidos a realizar las cotizaciones para salud previstas en las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007.

Surge de lo expuesto 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 ordenar reintegrar a la señora María Concepción Bohórquez Flórez 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 el ente previsional pagara una mesada pensional superior a la determinada por la ley.

En ese orden de ideas, 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 Santander del

12 de septiembre de 2011. Por ello, se procede a emitir la sentencia de reemplazo.

2.3. Sentencia de reemplazo

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

La señora María Concepción Bohórquez Flórez, por intermedio de apoderado, y en ejercicio de la acción prevista en el Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Oficio PABF CDP 2009-011045 del 25 de septiembre de 2009, suscrito por el gerente del Patrimonio Autónomo Buen Futuro, en calidad de apoderado general para contestar derechos de petición de CAJANAL y (ii) ATC-0768-09 expedido por el director de atención al cliente del Consorcio Fidufosyga, por medio de los cuales se le negó la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos que se realizan por concepto de cotización para la salud en la mesada de la pensión gracia.

A título de restablecimiento del derecho, pidió se ordene a los demandados: “i) *SUSPENDER los descuentos por concepto de salud que se (sic) le vienen haciendo a la mesada de pensión gracia que percibe mi poderdante en el orden del 12.5% o en su defecto, REDUCIRLO al 5% permitido por la ley y ii) REINTEGRAR a su favor las sumas correspondientes al porcentaje descontado en exceso de su mesada de pensión gracia por concepto de salud, con no menos de una retroactividad de tres (3) años contados a partir de la radicación de la petición en sede administrativa, debidamente indexadas y actualizadas.*”³¹

2.3.1. Fundamentos fácticos y jurídicos

Como sustento de las anteriores pretensiones, refirió que mediante Resolución 02170 del 11 de febrero de 2003³², CAJANAL le reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia, efectiva a partir del 9 de marzo de 2002.

Manifestó que desde la fecha de reconocimiento, CAJANAL ha venido aplicando un descuento del 12% por concepto de cotización al servicio de salud con destino al FOSYGA, el cual aumentó al 12.5% desde el año 2007.

El 17 de julio de 2009, solicitó a CAJANAL y al FOSYGA, la suspensión de los descuentos y el reintegro de los dineros por concepto de cotización para la salud sobre la mesada de su pensión gracia.

Precisó que, mediante los actos administrativos acusados, le fue negada su solicitud, bajo el argumento de que cualquier pensionado está en la obligación de realizar aportes al sistema general de salud.

2.4. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Tercero Administrativo de descongestión de Bucaramanga, mediante providencia del 28 de enero de 2011³³, accedió a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó a Cajanal deberá suspender los descuentos por concepto de seguridad social en salud. Además, ordenó a la Nación – Ministerio de la Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, reintegrar a la señora María Concepción Bohórquez Flórez los dineros descontados indebidamente respecto de la pensión gracia, hecha la salvedad de la prescripción de los descuentos efectuados con anterioridad al 17 de julio de 2006.

2.5. Del caso concreto

Acorde con el marco normativo que se realizó en líneas que anteceden, y con el estudio 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 que deben hacerse 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 obligación no excluye a los beneficiarios de la pensión gracia.

Como corolario 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 1998³⁴, la señora María Concepción Bohórquez Flórez, 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 debe 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 2007³⁵.

Vistas las consideraciones que anteceden, se establece que a la señora María Concepción Bohórquez Flórez no le asiste razón en su pretensión de obtener la nulidad de los actos demandados, que resolvieron en forma desfavorable la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos que se le realizaban por concepto de cotización para la salud en la mesada de la pensión gracia, razón por la cual, se deberá revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga que accedió a las pretensiones y, en su lugar, se negarán las súplicas de la demanda.

3. Del reintegro de dineros solicitado por la UGPP en la acción especial de revisión

La UGPP solicita se ordene a la señora María Concepción Bohórquez Flórez que devuelva los valores que le fueron pagados en cumplimiento de

lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia de 12 de septiembre de 2011.

Se destaca, que conforme al Artículo 83 superior, la buena fe de los particulares se presume³⁶ y, en el caso concreto, este evento no se ha desvirtuado, por cuanto el reintegro de los valores descontados fue producto de la decisión judicial ahora atacada.

En esa medida, sin desconocer que se trata de recursos que pertenecen al sistema de seguridad social en salud, lo cierto es que al no ser probada la mala fe³⁷, no se ordenará el reintegro de las mencionadas sumas pagadas, esto en aplicación del Artículo 136 del CCA, hoy 164 del CPACA.

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.- DECLARAR FUNDADA la acción especial de revisión presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, por la causal prevista en el literal b) del Artículo 20 de la Ley 797 de 2003, contra la sentencia del 12 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO.- En consecuencia se INFIRMA la sentencia de 12 de septiembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. En su lugar se dispone REVOCAR el fallo del Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga, del 28 de enero de 2011, que accedió a las pretensiones del epígrafe, y, en su lugar, se dispone DENEGAR las súplicas de la demanda.

TERCERO.- NEGAR la petición formulada por el recurrente en el sentido de que la señora María Concepción Bohorquez Flórez reintegre las sumas pagadas por concepto de los aportes de salud, que le fueron cancelados con ocasión de la sentencia infirmada.

CUARTO.- Sin condena en costas.

QUINTO.- DEVOLVER al Juzgado de origen el expediente, que fue enviado en calidad de préstamo a esta Corporación. Cumplido lo anterior, archivar el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La anterior decisión fue aprobada en sesión de la fecha

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente) (Firmado electrónicamente)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. 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...”.

2. Folio 1 expediente ordinario

3. Folios 139 a 165 expediente ordinario.

4. Folios 422 a 430 del expediente ordinario.

5. Folios 281 a 290.

6. “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...”
7. “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.”
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
10. Folios 207 a 209.
11. Folio 234
12. El aparte «sin exclusión de la sección que profirió la decisión» fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-450 de 16 de julio de 2015.
13. Folios 8 a 11 cuaderno de expediente ordinario
14. 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 ibídem.
15. “5. Efectuar el recaudo de las cotizaciones obligatorias de sus afiliados, en los términos establecidos por la ley...”
16. “Por el cual se modifica la estructura de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, Empresa Industrial y Comercial del Estado”.
17. “Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la ley 102 de 1927”.
18. “Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados”.
19. “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; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.”
20. Por el cual se trasladan unas funciones a la Caja Nacional de Previsión Social.
21. 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.
22. Artículo derogado por el Artículo 289 de la Ley 100 de 1993.

23. 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).

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...”.

26. 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”.

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.

31. Folio 1 expediente ordinario

32. Folio 13 a 16 expediente ordinario

33. Folios 139 a 165 expediente ordinario.

34. 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.

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

36. Sentencia T-517-12.

37. Sentencia de 1.º de septiembre de 2014, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 25000-23-25-000-2011-00609-02 (3130-13).

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:57:28