



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-004-2015-00159-01
DEMANDANTE:	CARMELO RAMÓN GÓMEZ ÁLVAREZ
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 16 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

CARMELO RAMÓN GÓMEZ ÁLVAREZ, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, frente a la petición que radicó el día 1º de febrero de 2012, tendiente a la suspensión y devolución de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la Fiduciaria La Previsora S.A., administradora de los recursos de la entidad demandada, le reintegre todos los descuentos del 12% que se efectuaron con destino a la salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la adquisición del status de pensionado.

1.2.- Hechos²:

El señor **CARMELO RAMÓN GÓMEZ ÁLVAREZ**, laboró al servicio de la educación oficial. Por haber reunido los requisitos legales, a través de Resolución N° 1355 del 18 de marzo de 2003, la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, en nombre de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1.076.479.00.

Expresa que la Fiduciaria La Previsora S.A., en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO asumió el pago de la prestación, descontando el 12% para salud en los pagos correspondientes, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre *"en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24% sobrepasando lo dispuesto por la Ley y en consecuencia efectúa catorce (14) descuentos con destino a salud, por doce (12) meses de servicio requeridos al año"*.

Mediante solicitud del 1° de febrero de 2012, solicitó a la Secretaría de Educación Departamental de Sucre la suspensión del descuento del 12% en las mesadas adicionales pagadas en junio y diciembre y los reintegros correspondientes; petición que hasta la fecha de presentación de la demanda, no había sido respondida por la entidad, configurándose el acto ficto que es objeto de nulidad.

² Folio 2, cuaderno de primera instancia.

1.3.- Contestación de la demanda:

La entidad accionada, contestó extemporáneamente la demanda³.

1.4. Sentencia impugnada⁴:

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, a través de sentencia dictada en audiencia inicial del 16 de noviembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que los descuentos a las mesadas adicionales están consagrados en la Ley 91 de 1989 y tienen fundamento en el principio de solidaridad.

1.5.- El recurso⁵:

Con el fin de obtener la revocatoria de la decisión anterior, la parte demandante la impugnó, aduciendo que los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales pagadas en los meses de junio y diciembre de cada año, sobrepasan lo dispuesto en la ley.

Argumentó, que la decisión del A quo está sustentada en una mixtura legal insostenible, conforme a la cual, se le aplica a los docentes el régimen general de seguridad social (leyes 100 de 1993 y 797 de 2003) y también aplica la norma especial, esto es, el artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

Agregó que el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002 y los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, establecen que los descuentos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

³ El término de traslado vencía el 23 de junio de 2016, y el escrito de contestación fue radicado el 26 de septiembre del mismo año, Fls. 37 y 49- 56, cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 71 – 75, cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 78 – 88, cuaderno de primera instancia.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia:

Mediante auto de 23 de marzo de 2017⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Posteriormente, a través de providencia de 7 de abril de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión; solo el apoderado judicial de la entidad demandada, hizo su intervención⁸, pero expuso fundamentos jurídicos que no guardan relación con la *litis* del proceso, toda vez que se refirió al *“reajuste a la cuantía de la pensión de jubilación del docente, con factores salariales tales como: prima de alimentación, prima de navidad, prima de antigüedad, auxilio de transporte, prima vacacional departamental y prima de vacaciones”*.

- **Concepto del Ministerio Público:** El señor Procurador Delegado ante este Tribunal, manifestó, que le asiste razón al demandante, toda vez que, la Ley 812 de 2003 no tiene aplicación retroactiva, al igual que las leyes 1122 de 2007 y 1250 de 2008, modificatorias de la Ley 100 de 1993, quedando establecido, a su juicio, que el incremento en el valor de cotización para el sistema de seguridad en salud que deben realizar los pensionados, el cual es del 5% al 12%, no cobija la situación particular del actor.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 11, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 16 – 21, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 22 – 27, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Le asiste al accionante el reintegro de los descuentos del 12% por concepto de aporte al Sistema de Seguridad en Salud, respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre, conforme lo pedido en demanda?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. Marco legal de las mesadas adicionales de junio y diciembre - aplicable a los docentes -.

Lo mesada adicional de diciembre, fue creada a través de la Ley 4ª de 1976, que en su artículo 5 dispuso:

*“Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, **el valor correspondiente a una mensualidad en forma adicional** a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión...”*

Dicha disposición, fue acogida por la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, concretamente en el artículo 50, en los siguientes términos:

*“Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del **mes de Diciembre**, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.”*

Adicionalmente, en el artículo 142 del mismo régimen legal, se consagró la mesada adicional de junio, así:

*"Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, **que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año**, a partir de 1994.*

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

Valga la pena indicar, que en el artículo 279 de la misma ley se dijo, que el Sistema Integral de Seguridad Social no le era aplicable a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Ciertamente, los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital, en la actualidad, por medio de la Fiduciaria La Previsora S.A.

Sin embargo, más tarde, a través de la Ley 279 de 1993, se determinó, que las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores allí contemplados, tales como los docentes.

2.3.2 Descuento por concepto de Salud en las mesadas adicionales.

La carga de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, se extendió a los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, desde la Ley 4ª de 1966 que en su artículo 2º dispuso:

“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.”

Más tarde, la Ley 91 de 1989, en su artículo 8, consagró:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.

Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.

El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo inclúidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.”

Posteriormente, la Ley 100 de 1993, estableció tres subsistemas de protección, a saber, salud, pensiones y riesgos profesionales. **En materia de salud**, instituyó como regla general, que las cotizaciones que debían efectuar los afiliados al régimen contributivo, incluyendo los pensionados, debían fijarse bajo **criterios de solidaridad**, con el fin de colaborar con el

sostenimiento del sistema, señalándolo en un porcentaje inicial del 12% del salario base¹⁰.

El Decreto 1703 de 2002, por el cual se adoptaron medidas para controlar la afiliación y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, impuso a los afiliados cotizantes, vinculados a un régimen de excepción, que percibiera ingresos adicionales, sobre los cuales deba cotizar al Sistema General de Seguridad Social, en Salud, la obligación de cotizar al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA. Textualmente la norma en mención, señala:

"ARTÍCULO 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos.

Si el cónyuge, compañero o compañera permanente del cotizante al régimen de excepción tiene relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización sobre tales ingresos directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga. Los servicios asistenciales les serán

¹⁰ Texto original del artículo 204 (anterior a la modificación del la Ley 1122 de 2007): "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 del 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."

prestados exclusivamente, a través del régimen de excepción y las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el FOSYGA en proporción al Ingreso Base de Cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto, el empleador hará los trámites respectivos.

Si el régimen de excepción no contempla la posibilidad de afiliar cotizantes distintos a los de su propio régimen, el cónyuge del cotizante del régimen de excepción deberá permanecer obligatoriamente en el régimen contributivo y los beneficiarios quedarán cubiertos por el régimen de excepción.

Si el régimen de excepción no prevé la cobertura del grupo familiar, el cónyuge cotizante con sus beneficiarios, permanecerán en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo. Cuando la persona afiliada a un régimen de excepción, sin tener derecho a ello, reciba servicios de salud de una Entidad Promotora de Salud o de una Institución Prestadora de Servicios que no haga parte de la red de servicios del régimen de excepción, existirá obligación de estas entidades de solicitar el reembolso al régimen de excepción al cual pertenece el usuario, debiendo sufragar este último régimen todos los gastos en que se haya incurrido. El plazo máximo para el reembolso será de treinta (30) días contados a partir de la fecha de presentación de la cuenta respectiva, so pena de que deban ser reconocidos los intereses moratorios a que alude el artículo cuarto del Decreto-ley 1281 de 2002".

Por otro lado, la Ley 812 de 2003, vigente a partir del 26 de junio de ese mismo año, reglamentó el régimen prestacional de los docentes oficiales disponiendo que en materia pensional, les sería aplicables las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y frente al personal de excepción, dispuso, que estarían sujetos a cotizar para salud y pensiones en la proporción establecida en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003¹¹, sin perjuicio de los derechos del personal docente oficial, vinculado con anterioridad a su promulgación, quienes continuarían disfrutando del **régimen prestacional, que no de cotización**, regido por las disposiciones anteriores¹².

¹¹ Inciso cuarto artículo 81.

¹² Inciso 1º artículo 81.

Sobre el tema, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C – 369 de 2004, señaló:

“La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción- “corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores”. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003” (negrilla fuera de texto).

Por su parte, la Ley 1122 de 2007, vigente a partir del 9 de enero de 2007, al modificar la Ley 100 de 1993, fijó en un 12.5% del ingreso o salario base la cotización al Régimen contributivo en salud, a partir del 1º de enero de 2007, la que debe entenderse aplicable, aun para situaciones constituidas con anterioridad a su promulgación, pues, de lo que se trata es de actualizar o incrementar el porcentaje del aporte en salud por pensión, cuya configuración corresponde al amplio margen de acción, respecto al diseño del sistema de salud y pensiones, del legislador.

Sobre el particular, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C – 126 de 2000, expuso:

"El artículo 48 de la Carta señala unos principios básicos que estructuran la seguridad social, pero confiere al Congreso una amplia posibilidad de regular de maneras distintas este servicio obligatorio, puesto que establece que éste se presta, con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, "en los términos que establezca la Ley" (inciso primero) y comprende "la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley" (inciso tercero). Por ende, el Legislador tiene la facultad de determinar los servicios que comprende la seguridad social y desarrollar el alcance del principio de solidaridad. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, "el legislador tiene una variedad de opciones para desarrollar el mandato del art. 48, y naturalmente una amplia competencia para crear el sistema o los sistemas de seguridad social que mas se adecuen a las finalidades del Estado Social de Derecho" (Sentencia C-538 de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell. Consideración 2.2. f).

De otro lado, en múltiples ocasiones, esta Corte ha mostrado la importancia que tiene el principio de solidaridad, que constituye tanto un deber exigible a las personas, en ciertas situaciones (CP art. 95 ord 2º), como un principio que gobierna el funcionamiento de determinadas instituciones en el Estado social (CP arts 1º y 48). Además, esta Corporación ha precisado que ese principio constituye un criterio hermenéutico útil para especificar el alcance y sentido de ciertas disposiciones y situaciones fácticas. Igualmente, esta Corte ha indicado que la solidaridad hace referencia al deber que tienen las personas, por el solo hecho de hacer parte de una determinada comunidad humana, de contribuir con sus esfuerzos a tareas comunes, en beneficio o apoyo de los demás asociados o del interés colectivo. Por consiguiente, en materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.

9- En esas condiciones, si la solidaridad constituye uno de los principios básicos de la seguridad social, pero el Legislador goza de una considerable libertad para optar por distintos desarrollos de este sistema, una consecuencia se sigue: la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad en este campo. Por consiguiente, en tal contexto, bien puede la ley establecer que el pensionado debe cancelar en su integridad la cotización en salud".

Siendo así, los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, se constituyen en los pilares del Sistema de Seguridad en Salud y son ellos,

finalmente, el fundamento que otorga legalidad a las normas que los desarrollan, más aun en materia de régimen de cotización.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 48 de la Constitución Política, consagra el derecho a la seguridad social, bajo dos connotaciones principales: i) como servicio público de carácter obligatorio que se presta **“bajo la dirección, coordinación y control del Estado”**, sujeto a los **principios de eficiencia, universalidad y solidaridad** *“en los términos que establezca la ley”* y ii) como un derecho irrenunciable, que se garantiza a todos los habitantes.

La norma constitucional citada, entonces, entrega al legislador la configuración del Sistema Integral de Seguridad Social, que comprende el Sistema General de Pensiones, margen de configuración normativa que, como lo ha reiterado la Corte Constitucional¹³, resulta ser amplio, siempre que la regulación se efectúe con sujeción a la Constitución.

En efecto, la Corte constitucional ha señalado, que la Constitución delega en el legislador la función de configurar el sistema de pensiones, para lo cual goza de un amplio margen, a fin de **garantizar, que el sistema cuente con los medios, para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante** y su prestación se realice, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, previstos en el artículo 48 de la Constitución.

Evidentemente, dicho margen de potestad legislativa, debe responder a los criterios de razonabilidad y viabilidad económica, en tanto, sería contra argumento plausible, considerar que el Estado, no puede descargar el peso financiero en el pensionado, sin una limitante, máxime cuando el pensionado, es una persona sujeta a protección especial, por su condición de debilidad.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-243/06. Referencia: expediente D-5955. Actor: CARLOS ARTURO HURTADO VÉLEZ. M. P.: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

A esto hay que sumarle, que el aporte del cotizante, tiene la connotación de contribución parafiscal, por ende, obligatoria en su pago, a partir de la configuración de sus requisitos. En otras palabras, si la base de cotización es una pensión, toda contribución que recaiga sobre una pensión, además de ser obligatoria en su pago, al configurarse como requisito para el pago de una contribución parafiscal, en su monto, será igual para todos.

Al efecto, los aportes obligatorios que realizan los afiliados al Sistema de Seguridad Social en pensiones, según la jurisprudencia constitucional¹⁴, revisten el carácter de contribuciones parafiscales. Dichas contribuciones, fueron definidas por el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, sobre las cuales, la Corte Constitucional ha indicado, que son recursos¹⁵, con una destinación determinada y precisa, lo que no las convierte en renta de destinación específica y además, pueden estar incluidas dentro del Presupuesto General de la Nación, sin que por ello entren a engrosar el erario público ya que mantienen su afectación especial. Así se expuso en la Sentencia C-840 de 2003¹⁶, cuando indicó:

“Ahora bien, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en su artículo 29 define las contribuciones parafiscales de la siguiente manera:

*“Son **contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley**, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, la administración y la ejecución de estos recursos, se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que*

¹⁴ En la Sentencia C-155 de 2004, se señaló: “Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones”. Consúltense también las sentencias: C-179 de 1997, C-711 de 2001, C-1089 de 2003.

¹⁵ En las sentencias C-651 de 2001 y C-840 de 2003, la Corte señaló que las contribuciones parafiscales son recursos públicos.

¹⁶ M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. En esta decisión la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 118, parcial, de la Ley 788 de 2000.

los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable" (Negrilla fuera de texto).

"Tratándose la parafiscalidad de una técnica de intervención del Estado en la economía, destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional, son sus características, identificadas jurisprudencialmente:

"... su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su determinación o singularidad, en cuanto sólo grava a un grupo, sector o gremio económico o social; su destinación específica, en cuanto redunda en beneficio exclusivo del grupo, sector o gremio que los tributa; su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, su naturaleza pública, en la medida en que pertenecen al Estado aun cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional; su regulación excepcional, en cuanto a sí lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta; y su sometimiento al control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la República, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean."¹⁷

De ahí que, como parte integrante del fenómeno macroeconómico del país, de conformidad con el art. 346 de la Constitución Política, el aporte parafiscal debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República, las cuales se establecen de conformidad con el artículo 339 de la Constitución Política, en el Plan Nacional de Desarrollo, en cuya parte general "se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo, y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno".

A lo que debe sumarse, que de acuerdo con el principio de la **homeóstasis presupuestal**, lo que se persigue es mantener la congruencia entre el crecimiento real del presupuesto de rentas, incluida la totalidad de los créditos adicionales, y el crecimiento de la economía, para evitar que genere desequilibrio macroeconómico" (negrillas fuera de texto).

En razón a todo lo expuesto, sin excepción alguna (modalidad de pensión), resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte

¹⁷ Sentencia C-349 de 2004.

que con posterioridad, se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado, el que a su vez hace parte del Sistema General de la Seguridad Social, so pena de afectar el componente macroeconómico de la economía nacional, concretamente, el soporte financiero del sistema y crear desigualdad, entre quienes hacen los aportes al mismo, que como se ha visto, son contribuciones tributarias para el sostenimiento de los fines del Estado.

2.3.2.- Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentran demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. A través de Resolución No. 1355 del 18 de marzo de 2003, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG por intermedio de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, le reconoció al accionante pensión de jubilación bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$1.076.479,00, efectiva a partir del 6 de enero de 2003¹⁸.

-. El 1º de febrero de 2012, el actor solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, el reintegro de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre¹⁹.

Pues bien, considera la Sala que aplicando los parámetros normativos y criterios jurisprudenciales expresados en precedencia, el acto ficto acusado, no adolece de ilegalidad alguna, pues, tales deducciones están encaminadas a la sostenibilidad de un servicio público obligatorio, que además de esencial, se desarrolla con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

¹⁸ Folios 15 – 16 cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Folios 17 – 19 cuaderno de primera instancia.

Adviértase, que dado el régimen especial que ostentan los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y como quiera que dicho marco legal establece la procedencia de descuentos respecto a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino al sistema en salud, no le asiste razón a la parte accionante pretender tal devolución bajo la invocación de ciertas normas del régimen de prima media, que no le resultan aplicables.

En estas condiciones, al no haberse desvirtuado la legalidad del acto acusado, se confirmará la sentencia impugnada.

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandante y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el A quo, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandante. Su liquidación se hará de manera concentrada por el A quo, de conformidad con lo preceptuado en Art. 366 del C. G. del P., para ambas instancias.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0144/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA