TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: **70-001-33-33-002-2015-00238-01**
DEMANDANTE: **MARÍA DEL CARMEN CASTRO PÉREZ**
DEMANDADO: **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
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 18 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones[1]:

La señora **MARÍA DEL CARMEN CASTRO PÉREZ,** por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG"**, con el fin que se declare la nulidad del Oficio No. 2587 del 15 de octubre de 2013, expedido por la Secretaría de Educación de Sucre – FOMAG.

[1] Folios 11 - 12 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, le reintegre todos los descuentos del 12% que se efectuaron con destino a la salud, sobre la mesada adicional de diciembre, desde la adquisición del status de pensionado, esto es, 26 de septiembre de 2009 hasta la fecha. Así como suspender los descuentos en mención.

1.2.- Hechos[2]:

La señora **MARÍA DEL CARMEN CASTRO PÉREZ**, laboró al servicio de la educación oficial. Por haber reunidos los requisitos legales, a través de Resolución Nº 88 de 2010, la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de $1.680.833.oo.

Expresa que la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de administradora de los recursos del FOMAG, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina, esta entidad le ha venido descontando el 12% para salud de las mesadas de diciembre, la cual es denominada mesada adicional.

Mediante solicitud radicada No. 2013PQR16240, solicitó a la entidad demandada el reintegro y suspensión del descuento del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre; petición que le fue negada mediante Oficio No. 2587 del 15 de octubre de 2013.

Como ***normas violadas***, señaló los Artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3, de la Constitución Nacional; artículo 10 del Código Civil; Ley 4/66 y su Decreto reglamentario 1743/66; Ley 6 de 1945; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Ley 91 de 1989; Decreto 1073 de 2003; Ley 1250 de 2008; ley 812 de 2003, artículo 81. Así mismo adujo que existía violación directa al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de fecha 16 de

[2] Folio 12, cuaderno de primera instancia.

diciembre de 1997, radicado No. 1064, Consejero Ponente: Doctor Augusto Trejos Jaramillo.

1.3.- Contestación de la demanda[3]:

Se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG"[4].

1.4. Sentencia impugnada[5]:

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, a través de sentencia dictada en audiencia inicial del 18 de diciembre de 2017, 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 recurso[6]:

Con el fin de obtener la revocatoria de la decisión anterior, la parte demandante la apeló, aduciendo que estaba negando la suspensión y devolución de los descuentos en salud sobre las medadas adicionales, correspondientes al 24%, sobrepasando lo dispuesto por la Ley y en consecuencia, efectuando trece descuentos con destino a salud, por doce meses de servicio requeridos al año, afectando de manera grave sus derechos, toda vez, que al no hacerse una interpretación sistemática, no solo de las normas que prohíben esos descuentos, sino de los principios y preceptos constitucionales, se dejaba en una terrible situación de desprotección.

[3] Folios 51 - 58, cuaderno de primera instancia.
[4] Folio 79, cuaderno de primera instancia.
[5] Folios 87 - 91, cuaderno de primera instancia.
[6] Folios 100 - 107, cuaderno de primera instancia.

Agregó que el artículo 1° 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.

Por otro lado, refutó la parte actora la condena en costas impuestas por el A-quo, señalando que se le impuso una carga económica por acceder a la jurisdicción a reclamar un derecho que le pertenece; contrariando de esta manera el A-quo, principios constitucionales y fundamentales como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia como un servicio público, entre otros.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia:

Mediante auto de 23 de marzo de 2018[7], se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Posteriormente, a través de providencia de 1° de junio de 2018[8], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público, para que emitiera su concepto de fondo.

-. La parte demandante[9], alegó reiterando los fundamentos fácticos y jurídicos planteados en las etapas previas.

-. La entidad accionada, no alegó en esta instancia procesal.

- El señor Agente de Ministerio Público[10], conceptuó que la demandante estaba sometida a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, artículo 8, numeral 5 y al artículo 15, numeral 2, literal b de ese mismo estatuto, con lo cual, quedaba claro que debía aportar para salud un 5%, liquidado sobre las mesadas pensionales ordinarias y sobre aquellas adicionales de junio y diciembre, tal como lo señalaban las normas y en concordancia con la

[7] Folio 4, cuaderno de segunda instancia.
[8] Folio 8, cuaderno de segunda instancia.
[9] Folio 12, cuaderno de segunda instancia.
[10] Folios 13 - 20, cuaderno de segunda instancia.

interpretación expresada en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Así las cosas, concluyó que la señora MARÍA DEL CARMEN CASTRO PÉREZ, tenía derecho a la restitución de los valores que surgieran de las diferencias mencionadas, ocurridas en las cotizaciones que realizaba por salud. Por tanto, solicitó, se modificara el fallo recurrido.

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.

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 a la 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?

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 mencionar, 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 238 de 1995 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 2° 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 incluidas 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 base[11].

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*

[11] Texto original del artículo 204 (anterior a la modificación de 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 beneficiario*s del régimen subsidiado."

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 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 2003[12], 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 anteriores[13].

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*

[12] Inciso cuarto artículo 81.
[13] Inciso 1° articulo 81.

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 1° 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 más 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. 2°), como un principio que gobierna el funcionamiento de determinadas instituciones en el Estado social (CP arts 1° 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 principio 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 Constitucional[14], resulta ser amplio, siempre que la regulación se efectúe con sujeción a la Constitución.

[14] 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.

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.

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 constitucional[15], revisten el carácter de contribuciones parafiscales. Dichas contribuciones, fueron definidas por el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto,

[15] 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.

sobre las cuales, la Corte Constitucional ha indicado, que son recursos[16] 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 2003[17], 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 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.*"[18]

---

[16] En las sentencias C-651 de 2001 y C-840 de 2003, la Corte señaló que las contribuciones parafiscales son recursos públicos.
[17] M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. En esta decisión la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 118, parcial, de la Ley 788 de 2000.
[18] Sentencia C-349 de 2004.

> ***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 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.

2.3.3.- Caso concreto.

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

-. A través de Resolución No. 0088 de 2010, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, le reconoció a la accionante pensión de jubilación, en cuantía de $1.680.833,oo, efectiva a partir del 26 de septiembre de 2009[19].

[19] Folios 3 – 4, cuaderno de primera instancia.

-. El 5 de agosto de 2013, la actora solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, el reintegro de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre[20].

Pues bien, considera la Sala que aplicando los parámetros normativos y criterios jurisprudenciales expresados en precedencia, el acto 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.

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.

2.3.4. De la condena en costas y el régimen objetivo de valoración.

Se entiende por costas:

> *"la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas."*[21]

[20] Folios 5 - 7, cuaderno de primera instancia.
[21] LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General.* Tomo I. Editorial Dupré. Bogota-Colombia 2009.

Por lo tanto, las costas procesales, se traducen en una medida desventajosa para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, en torno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales, de conformidad con la ley 1437 de 2011, que derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984, se regula por el artículo 188, que estableció:

> "***Artículo 188. Condena en costas.*** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*".

Del estudio de la norma, se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual, desde su verbo rector "*dispondrá*", que según su significado es "*colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse.*"[22], existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código de Procedimiento Civil[23], el cual, no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un ***régimen objetivo***, propio de esta jurisdicción, existiendo solo una exclusión a dicho régimen, cuando el asunto sea de interés público, que en el caso concreto no lo es.

Siendo así, el cargo formulado en relación con las costas, se resuelve a favor de los argumentos de la primera instancia, toda vez, que como se expuso, con la expedición de la ley 1437 de 2011, se constituyó un régimen objetivo en la materia abordada, por lo que no son aceptados los argumentos aseverados por la parte apelante, máxime cuando los mismos, se centran en una **facultad** de abstención del operador judicial de decretarlos (Numeral 6 del artículo 392 del C.P.C) y la acreditación de los gastos

---

[22] http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY.
[23] Código de Procedimiento Civil, Articulo 392 numeral 1° reza: "*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*"

incurridos, los cuales se entienden implícitos a lo largo del trámite desplegado en ejercicio del presente medio de control[24].

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° 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.

DECISIÓN

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 18 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo 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.

[24] Puede consultarse Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección a. Sentencia del 7 de abril de 2016. Expediente con radicación interna 1291-2014. C. P. Dr. William Hernández Gómez.

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. 0012/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE **ANDRÉS MEDINA PINEDA**