

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**

***MAGISTRADA PONENTE DRA. BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS***

Neiva, dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)

<b>Ref. Expediente</b>	<b>:</b>	<b>41001-33-33-007-2017-00345-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>:</b>	<b>DORIAN SIERRA RÍOS</b>
<b>Demandado</b>	<b>:</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Asunto</b>	<b>:</b>	<b>REINTEGRO DESCUENTOS A SALUD SOBRE MESADAS ADICIONALES</b>
<b>Acta</b>	<b>:</b>	<b>17</b>

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 26 de agosto de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda.

**CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo**

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, salvo en los casos en los que se profiera sentencia anticipada, en los que exista prelación legal o, atendiendo a la naturaleza del asunto. Así se observa en la citada norma:

“(…) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el

mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden **también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos** o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...)."

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la procedencia de la suspensión de los descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales adicionales del señor Dorian Sierra Ríos, en calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como el reintegro de las sumas descontadas por tal concepto.

Al respecto se advierte que actualmente existen a cargo de la Sala una gran cantidad de procesos que versan sobre el mismo tema, además, existen varios pronunciamientos en relación con el tema en diferentes Despachos de esta jurisdicción, en consecuencia, atendiendo a la naturaleza del asunto y con el fin de evacuar de manera uniforme las controversias a las que se ha hecho referencia, esta Sala, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y en lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación en Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018, se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda

#### 1.1. Pretensiones

El señor Dorian Sierra Ríos, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin que se acceda a las siguientes pretensiones<sup>1</sup>:

*"1. Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No. 2017RE7640 del 2 de agosto de 2017, expedido por LA SECRETARÍA DE*

---

<sup>1</sup> Folio 3 y 4

*EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL HUILA – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio del cual se atiende en forma desfavorable la solicitud de suspensión del descuento del 12% en salud a las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre del Docente DORIAN SIERRA RÍOS, y el reintegro de las sumas descontadas por este concepto.*

*2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho se ordene que **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, debe suspender el descuento del 12% en salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación a partir del reconocimiento y expedición de la resolución que lo ordena, junto con el **REINTEGRO** de las sumas descontadas por este concepto debidamente indexadas, con retroactividad a la fecha en que se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.*

*3. Condenar a la entidad demandada, **LA NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer sobre las mesadas adeudadas a mi mandante, los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al Índice de precios al consumidor y al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que el derecho se hizo exigible y hasta que reintegre el valor adeudado.*

*4. Condenar a **LA NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer y pagar a favor de mi poderdante los intereses moratorios, contados después de la ejecutoria del fallo, si no da cumplimiento al mismo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA.*

*5. Condenar a la demandada para que dé cumplimiento al fallo dentro del término de treinta (30) días a que se refiere el artículo 189, 192 y 195 del CPACA.*

*6. Condenar en costas a la entidad demandada, conforme al art. 188 del CPACA.*

## **1.2. Hechos<sup>2</sup>**

La anterior solicitud se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció al señor Dorian Sierra Ríos una pensión de jubilación a través de la Resolución No. 396 del 9 de febrero de 2013, la cual fue reliquidada por medio de la Resolución No. 25 de julio de 2013.

---

<sup>2</sup> Folio 3.

1.2.2. El 21 de julio de 2017 el demandante solicitó a la entidad demandada cesar los descuentos en salud efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

1.2.3 La entidad demandada a través del oficio No. 2017RE7640 del 2 de agosto de 2017 negó la anterior petición.

### **1.3. Fundamentos de Derecho<sup>3</sup>**

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política, Ley 91 de 1991 (sic), Ley 100 de 1993, 50 y 142 del Decreto 1073 de 2002 y Acto Legislativo 01 de 2005.

Sostuvo que de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, por ningún motivo puede dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Indicó que de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los docentes deben cotizar para salud y pensiones de acuerdo con lo señalado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

Citó el artículo 5 de la Ley 43 de 1984, la cual dispuso que a los pensionados a los que se refería esa norma no se les podría descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3° del artículo 90 del Decreto 1843 de 1969.

De igual forma, citó el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, cuyo párrafo dispuso que *“de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales”*.

Precisó que el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estaría constituido, entre otros

---

<sup>3</sup> Folios 4 a 9.

recursos, por el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

Adujo que a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003, se entiende derogado tácitamente el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, en cuanto al porcentaje de aportes para salud y la obligación de cotizar sobre las mesadas adicionales.

Reiteró que en materia de cotizaciones a salud los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio se rigen por lo dispuesto en las Leyes 100 de 1997 y 797 de 2003, que consagran la obligación de efectuar aportes únicamente sobre las mesadas ordinarias, pues de lo contrario se estaría efectuando un doble descuento no autorizado por la Ley.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

### **2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda**

La demanda fue radicada el 23 de agosto de 2017, correspondiéndole por reparto al Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva (fl. 31), el cual la admitió mediante auto de 4 de septiembre de 2017, ordenando notificar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (fl. 33).

La diligencia de notificación del auto admisorio de la demanda se surtió en debida forma el 24 de enero de 2018, a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la Nación – Ministerio de Educación, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, como se hizo constar a folio 41.

### **2.2.- Contestación de la demanda**

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó contestación de la demanda el 18 de abril

de 2018<sup>4</sup>, pronunciándose sobre los hechos y oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Respecto al descuento del 12% por concepto de aportes a salud, manifestó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es una cuenta especial de la Nación cuyos recursos constituyen un patrimonio autónomo, sin personería jurídica, que no hace parte del Patrimonio de la Sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., quien administra tales recursos en virtud de un contrato de fiducia mercantil.

Adujo que el artículo 8 del numeral 5 de la Ley 91 de 1989, consagró la obligación a cargo de todos los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de cotizar un 5% sobre cada una de sus mesadas pensionales, incluyendo las adicionales, además, señaló que la Ley 812 de 2003 incrementó el monto de la cotización, en el mismo porcentaje de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12%, manteniéndose vigente la obligación de cotizar sobre todas las mesadas, incluso las adicionales.

Al respecto, sostuvo que los docentes gozan de un régimen especial que en su conjunto es más favorable, pues una aparente desventaja en aspecto en particular puede ser compensada por otros beneficios superiores que les otorga ese régimen especial.

Agregó que los regímenes especiales se deben aplicar en su integridad, sin pretender la aplicación de normas puntuales del régimen general, pues ello equivaldría a combinarlos para crear un tercer régimen, invadiendo la competencia del legislador.

De otra parte, solicitó vincular al proceso en calidad de litis consorte necesario a la entidad territorial a la cual se encuentra adscrito el demandante, por ser quien administra las Historial Laborales de los docentes oficiales y expide los actos de reconocimiento de sus prestaciones. De igual forma solicitó vincular a la Fiduciaria la Previsora S.A., indicando que esta

---

<sup>4</sup> Folios 50 a 52.

entidad es quien aprueba los respectivos proyectos de actos administrativos, y efectúa el pago de las prestaciones reconocidas a los docentes.

### **2.3.- Audiencia inicial**

A través de providencia de 4 de febrero de 2019 (fl. 64), el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva fijó como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 17 de julio de 2019 a las 2:30 p.m.

Sin embargo, la fecha fue reprograma por auto del 14 de agosto de 2019 (fl. 78) ya que no se contaba con los medios tecnológicos para realizarla, en consecuencia, se fijó el día 26 de agosto de 2019 a las 9:15 para adelantar la diligencia.

En el acta de la audiencia inicial (fl. 81 a 83) se dejó constancia que no existieron excepciones previas por resolver, ni de oficio por decretar, por lo tanto, se procedió a continuar con el trámite de la audiencia.

Acto seguido, el *A quo* fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y su contestación, delimitando el problema jurídico en "*determinar la legalidad de los actos administrativos, legalidad que es controvertida por el demandante, quien considera que esta asistido del derecho del derecho a la suspensión y reintegro de los dineros descontados de la pensión de jubilación, correspondientes al aporte en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre, que en su criterio, considera que es contrario a la ley*".

Posteriormente, el Despacho dispuso tener como pruebas todos los documentos allegados con la demanda, además, se hizo constar que no se solicitaron pruebas y que no resultaba necesario decretar pruebas de oficio.

Por lo tanto, el Juzgado, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 179 del C.P.A.C.A., decidió prescindir de la audiencia de pruebas y, procedió a conceder el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que expusieran sus alegatos de conclusión.

## **2.4.- Alegatos de conclusión de primera instancia**

**2.4.1** La apoderada de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en el concepto de violación contenido en la demanda.

**2.4.2** La apoderada de la entidad demandada reprodujo la tesis expuesta en la contestación de la demanda.

**2.4.3** La *Agente del Ministerio Público* señaló que se deben negar las pretensiones de la demanda, al considerar que la Ley 91 de 1989 en su artículo 8 estableció que se debe efectuar un aporte del 5% sobre cada mesada pensional incluida las adicionales.

Indicó que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero la Ley 812 de 2003 ordenó que los servicios de salud serán financiados con el aporte realizados por los docentes según el porcentaje indicado en la Ley General de Seguridad Social manteniendo la misma distribución.

Adujo que el contenido de la Ley 812 de 2003 hace referencia al porcentaje del aporte, mas no sobre que mesadas se debe aplicar el descuento, por lo tanto, se debe seguir la norma especial que señaló que los descuentos en salud se realizan sobre todas las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales.

## **2.5.- Sentencia de primera instancia**

El *Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Neiva*, a través de sentencia dictada el 26 de agosto de 2019<sup>5</sup>, resolvió:

**"PRIMERO.- DECLARAR** probada la excepción de mérito denominada "inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante" propuesta por la parte demandada.

---

<sup>5</sup> Folio 82 vlto.

**SEGUNDO.- DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO.- DECLARAR** que no hay condena en costas.  
(...)”.

Como fundamento de su decisión, el *A quo* señaló que de acuerdo con el artículo 8, numeral 5 de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está constituido por diferentes recursos, entre éstos el 5% de cada mesada pensional que pague el mismo Fondo, incluidas las mesadas adicionales “*como aporte de los pensionados*”.

Citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual dispuso que el valor de la tasa de cotizaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de aportes para salud y pensiones, será el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Se refirió al principio de solidaridad en materia de seguridad social e indicó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio “*se encuentra autorizado para descontar de cada mesada pensional el porcentaje legal para el sostenimiento de ese sistema especial e seguridad social, inclusive de las mesadas adicionales*”.

Indicó que los docentes afiliados al mencionado Fondo, se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y se rigen por la Ley 91 de 1989, lo cual fue ratificado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por la Corte Constitucional en la sentencia C-359 de 2004, según la cual, quienes se encuentran adscritos a un régimen especial de seguridad social, se deben someter plenamente a esa normatividad.

Expresó que el artículo 5º de la Ley 43 de 1984, señaló que a los pensionados a los que se refiere esa norma, no se les podría descontar sobre sus mesadas adicionales de diciembre el 5% de que trataba el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

De igual forma, citó los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los cuales consagraron a favor de los pensionados el derecho al reconocimiento de una mesada adicional en diciembre y en junio, respectivamente.

Consideró que a los docentes, al estar sometidos a un régimen especial, no les resulta aplicable la prohibición contemplada en las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, de efectuar descuentos sobre sus mesadas adicionales, pues esta aplica solo para los afiliados al régimen general.

Adujo que en el régimen general existe un sistema compartido, donde los afiliados, además de las cotizaciones, deben asumir otros costos administrativos, por ejemplo, las cuotas moderadoras, mientras que los docentes pueden acceder al servicio de salud sin necesidad de sufragar gastos adicionales.

Agregó que de aplicarse las reglas del régimen general al régimen especial de los docentes, se podría *“sofocar y poner en riesgo la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social”*.

Mencionó que la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, simplemente incrementaron el porcentaje de cotización a salud de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atendiendo a *“las exigencias macroeconómicas que impone el sistema, que pata el efecto toma como referente lo que coticen los pensionados del régimen general, lo cual para nada significa que los docentes antes exceptuados ahora pasen por esa razón a ser acogidos por ese sistema”*.

En consecuencia, decidió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso.

## **2.6.- Recurso de apelación**

La *parte actora* interpuso recurso de *apelación* mediante escrito radicado el 28 de agosto de 2019<sup>6</sup>, reiterando los fundamentos jurídicos y argumentos expuestos en la demanda.

Además, indicó que el régimen general de la Ley 100 de 1993 establece la prohibición de efectuar descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre; prohibición que se debe hacer extensiva a todos los pensionados, incluyendo a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Sostuvo que el artículo 8, numeral 5 de la Ley 91 de 1989 consagra el deber a cargo de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de cotizar sobre un 5% de cada mesada pensional, es decir un porcentaje inferior al señalado en la norma general que prohíbe el descuento en las mesadas adicionales.

Señaló que la Ley 812 de 2003 solo extendió las normas de aportes a salud, mas no señaló que se debían realizar descuentos sobre mesadas adicionales.

## **2.7.- Trámite de segunda instancia**

El recurso de apelación formulado por la parte actora fue concedido por medio de auto de 15 de octubre de 2019<sup>7</sup>, y admitido por este Tribunal a través de providencia de 7 de noviembre de 2019<sup>8</sup>, además, mediante auto de 21 de noviembre de 2019<sup>9</sup>, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

## **2.8.- Alegatos de conclusión segunda instancia**

**2.8.1.** La *parte actora* mediante escrito del 25 de noviembre de 2019<sup>10</sup> presentó alegatos de conclusión retirando los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación.

---

<sup>6</sup> Folios 92 a 95.

<sup>7</sup> Folio 98.

<sup>8</sup> Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

<sup>9</sup> Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

<sup>10</sup> Folio 14 a 16 cdno. Segunda Instancia

**2.8.2.** La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no presentó alegatos de conclusión.

**2.8.3.** El Ministerio Público no emitió concepto.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Competencia en segunda instancia**

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el asunto de la referencia la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva que negó las pretensiones de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso se trata de apelante único, de manera que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, el cual resulta aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

Al respecto, el inciso primero del artículo referido preceptúa lo siguiente:

**"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.  
(...)"*

En efecto, tratándose de apelante único, la competencia del Juez de segunda instancia se encuentra circunscrita a los motivos de la impugnación, de modo que, no le es dado entrar a analizar la providencia recurrida en los aspectos que no fueron objeto del apelación, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

En este orden de ideas, la Sala advierte que en el presente caso no se encuentra reparo alguno en lo que tiene que ver con la oportunidad de la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, en consecuencia, se procederá a abordar el estudio de fondo del asunto, teniendo en cuenta los aspectos sobre los cuales recae la apelación.

### **3.2.- Planteamiento del caso**

En el caso objeto de estudio, la *parte actora* pretende la nulidad del oficio No. 2017RE7640 del 2 de agosto de 2017 el cual negó la solicitud del cese de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales y el respectivo reintegro de esos valores, y a título de restablecimiento del derecho, que se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a suspender los descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre del señor Dorian Sierra Ríos, y a que se reintegren de forma retroactiva e indexada las sumas que le han sido descontadas por tal concepto.

El *Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva* negó las pretensiones de la demanda considerando que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio gozan de un régimen especial en materia de seguridad social en virtud del cual se encuentran obligados a efectuar cotizaciones para salud sobre la totalidad de las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales, como lo dispone el numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, sin embargo, afirmó que el porcentaje de cotización que señala esta norma fue incrementado al 12% en virtud de la Ley 812 de 2003, manteniéndose la obligación de cotizar sobre las mesadas adicionales.

La *parte actora* interpuso recurso de *apelación* contra la anterior decisión, manifestando que los pensionados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotizaciones a pensión se rigen en su integridad por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en virtud de lo ordenado por la Ley 812 de 2003, por lo tanto, en acatamiento del principio de favorabilidad y en aplicación de la condición más beneficiosa, solo se le deben efectuar cotizaciones para salud sobre sus mesadas ordinarias, más no sobre sus mesadas adicionales, tal como ocurre con los demás pensionados que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social.

### **3.3.- Problema jurídico**

Conforme a las precisiones hechas en precedencia, el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar, si se debe o no revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y si, en su lugar, resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado y condenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a suspender los descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales adicionales del demandante y a reintegrar de forma indexada las sumas que le han sido deducidas por tal concepto.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: i) hechos probados; ii) procedencia de los descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; iii) caso concreto.

### **3.4.- Hechos probados**

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del

máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>11</sup>, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, lo siguiente:

- A través de Resolución No. 396 del 9 de febrero de 2013, la Secretaría de Educación del Huila reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor Dorian Sierra Ríos, en cuantía de \$2.098.598, a partir del 29 de junio de 2011 (fl. 18 a 21).

Además, en el artículo Tercero de la Resolución en mención se dispuso que *“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio descontará del valor de cada mesada pensional para efectos de la prestación del servicio médico asistencial en beneficio del jubilado, el 12.5% en virtud de la ley 1122 del 2007 porcentaje que se aplicará hasta el 30 de noviembre de 2008 y el 12% conforme a la Ley 1250 de 2008, a partir del 01 de diciembre de 2008”*.

- A través de la Resolución No. 3049 del 25 de julio de 2013 se reliquidó la pensión del demandante, aumentando la cuantía a \$2.640.257 efectiva a partir del 3 de octubre de 2011 (fl. 23 y 24).

- Del extracto de pago de la pensión del señor Dorian Sierra Ríos allegado a folio 26 a 28, en concordancia con la Resolución No. 396 del 9 de febrero de 2013, se desprende que se han venido efectuando descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de la pensión del demandante.

- A través de petición radicada el 21 de julio de 2017, el señor Dorian Sierra Ríos solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la suspensión de los descuentos por conceptos de aportes a salud sobre las

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, así como el reintegro de las sumas descontadas por tal concepto (fls. 12 a 15).

- Por medio del Oficio No. 2017RE7640 del 2 de agosto de 2017 se negó la anterior solicitud.

### **3.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicable**

#### **3.5.1. Procedencia de descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

La Ley 4ª de 1966 en el párrafo de su artículo 2º estableció que los pensionados deberían cotizar mensualmente en un monto del 5% de sus mesadas pensionales.

Posteriormente, el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, establecieron que a los pensionados, la entidad que les pagara su pensión, les prestaría asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria y para el efecto, el beneficiario debería cotizar un 5% de su pensión.

Más adelante, la Ley 91 de 1989 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 deben ser administrados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital

El artículo 5º, numeral 2 de la de la misma Ley, dispuso que entre los objetivos del Fondo está el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de sus afiliados, y el artículo 8º, numeral 5 *ibídem* señaló que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio estaría constituido, entre otros recursos, por "*El 5% de cada mesada pensional que*

*pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'.*

De otra parte, el artículo 15, numeral 2, literal b) de la Ley 91 de 1989 consagró el derecho de una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año de servicios, para los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a partir del 1º de enero de 1981, así como los que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, además, esta norma señaló que éstos pensionados estarían sujetos al régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y que, adicionalmente, gozarían de "**una prima de medio año equivalente a una mesada pensional**".

Adicionalmente, se advierte que los docentes gozan de una prima adicional en el mes de diciembre de cada año, la cual se reconoce con fundamento en el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, la cual dispuso:

**"ARTICULO 5o.** Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite 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 sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto".

Por otro lado, a través de la Ley 100 de 1993 se estableció el **Sistema General de Seguridad Social Integral**, y en su artículo 142, consagró el reconocimiento de una mesada adicional en el mes de junio, así:

**"ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.** 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, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988,~~ 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.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el~~

~~reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996".~~

Los apartes tachados de la norma antes citada fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional a través de sentencia C-409-94 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergada, de modo que, a partir de esa declaratoria de inexecutable parcial, la mesada pensional de junio consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se hizo extensiva a los pensionados de todos los órdenes de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como a los retirados y pensionados de la Fuerza Pública, incluyendo a los pensionados con posterioridad al 1º de enero de 1988.

Sin embargo, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del Régimen de Seguridad Social allí contenido a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No obstante, esta norma fue demandada mediante acción pública de inconstitucionalidad en la cual se argumentó que el mismo vulneraba el derecho a la igualdad del personal de docentes oficiales, en tanto les quitaba la posibilidad de devengar la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 142 de la misma Ley 100 de 1993.

Esa demanda fue resuelta por la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, en la cual declaró executable la norma acusada, precisando que, en ningún caso, su aplicación podrá vulnerar el principio de igualdad y, en consecuencia, *"a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional"*, se les deberá reconocer *"un beneficio similar"*.

Además, con posterioridad a la sentencia de constitucionalidad antes referida, el Congreso de la República expidió la Ley 238 de 26 de diciembre de 1995, la cual adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Por lo anterior, resulta claro que actualmente, los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho a una prima de medio año o mesada adicional en el mes de junio de cada año, de conformidad con lo establecido en el numeral 2, literal b) de la Ley 91 de 1989, y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, se advierte que aun cuando el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 inicialmente exceptuó de la aplicación de esta norma a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cierto es que posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 812 de 26 de junio de 2003, en cuyo artículo 81, incisos 3° y 4° dispuso:

"Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones".

En relación con lo anterior, se tiene que las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, señalaron que el monto de la cotización para salud sería del 12%, sin embargo, Ley 1122 de 2007 modificó el artículo 204 de la Ley 100, incrementando el monto de las cotización a salud al 12,5%, pero esta norma fue adicionada por el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, señalando que, la cotización mensual al régimen contributivo de salud **de los pensionados sería del 12%** del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De lo dicho anteriormente se desprende que, si bien el numeral 5 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estableció una obligación a cargo de los

pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de cotizar en cuantía del 5% de cada mesada pensional, incluyendo las adicionales, lo cierto es que ese porcentaje o tasa de cotización se incrementó al 12%, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en la Ley 1250 de 2008, quedando vigente la obligación de cotizar sobre todas las mesadas pensionales, incluidas las adicionales.

En este orden de ideas, la Sala considera que, contrario a lo manifestado por la parte actora, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 no derogó el numeral 5 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, que consagra la obligación de efectuar aportes a salud sobre las mesadas adicionales, sino que, únicamente lo modificó incrementando el monto del porcentaje de cotización allí señalado, al mismo que consagra la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 1250 de 2008, pero manteniendo la obligación de cotizar sobre la totalidad de las mesadas adicionales.

En relación con lo anterior cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la Seguridad Social es un servicio público que se debe prestar con sujeción a los principios de eficiencia, **universalidad y solidaridad**, en virtud de los cuales se debe garantizar la cobertura a todos los afiliados y/o beneficiarios y, a su vez, los cotizantes y las personas con capacidad de pago deben concurrir al financiamiento del sistema con el objeto de garantizar esa cobertura.

Por lo anterior, la Sala considera que la obligación de efectuar cotizaciones al sistema de salud, sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se acompasa con los referidos principios constitucionales de universalidad y solidaridad en materia de seguridad social.

De otra parte, la Sala no desconoce que el Decreto 1073 de 2002, en su artículo 1º reguló lo relativo a los descuentos sobre las mesadas pensionales, y en el párrafo del mismo artículo prohibió efectuar descuentos sobre las mesadas a las que se refieren los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, así:

**“Artículo 1°. Descuentos de mesadas pensionales.** De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar **los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos**. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

**Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto**, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

**Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales”.**

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado, en Sentencia del 03 de febrero de 2005<sup>12</sup>, al resolver una demanda de nulidad contra la norma antes citada precisó que si bien la misma no posee una adecuada redacción, lo que quiere decir es que, las mesadas adicionales de que tratan los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, no serán objeto de descuentos.

Sin embargo, en esa oportunidad el órgano de cierre de esta jurisdicción resaltó que el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, antes citado, contraviene lo dispuesto en las leyes 42 de 1982 (artículo 7°), y 43 de 1984 (artículo 5°) las cuales prohibieron a las entidades administradoras de pensiones hacer descuentos sobre la mesada adicional de diciembre, que hoy en día se rige por el artículo 50 de la ley 100 de 1993, mientras que, por el contrario, ninguna norma impide hacer descuentos sobre la mesada adicional de junio a la que se refiere el artículo 142 ibídem.

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 3 de febrero de 2005, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero (E), expediente: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02).

Por lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que el Ejecutivo se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria al expedir el citado artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, en consecuencia, declaró la nulidad parcial del aparte tachado del párrafo de este artículo citado anteriormente, quedando vigente únicamente la prohibición de hacer descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre reglamentada por el artículo 50 de la Ley 100, pero no la prohibición de descuentos sobre la mesada de junio a que se refiere el artículo 142 de la misma Ley.

Pese a lo anterior se advierte que el Decreto 1073 de 2002, únicamente se refirió a los descuentos por concepto de obligaciones a favor de las organizaciones gremiales, asociaciones de pensionados, Cooperativas o Fondos de Empleados, y por concepto de cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación, así como de las cuotas mensuales por el mismo concepto, más no a los descuentos por concepto de aportes salud, según se desprende de sus artículos 1º y 2º.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el aludido Decreto 1073 de 2002 reglamentó la Ley 71 de 1988, cuyo artículo 5º dispuso que *“Las empresas, entidades o patronos que satisfacen pensiones, a solicitud escrita de la respectiva Asociación de Pensionados, deberán hacer los descuentos de las cuotas o totalidad **de los créditos o deudas que contraen los pensionados organizados gremialmente en favor de su organización gremial**”*, lo cual ratifica que la prohibición contenida en ese Decreto de efectuar descuentos sobre las mesadas adicionales, no se refiere a los aportes a salud de los pensionados, sino a los créditos o deudas con las organizaciones gremiales a las cuales se encuentren afiliados.

### **3.5.2. Del derecho a la igualdad en materia laboral**

En relación con el derecho a la igualdad en materia laboral, la Sala considera procedente traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-835 de 2002<sup>13</sup>, en la cual se consideró:

“En el mismo contexto, ha sido la propia Corte Constitucional la que ha admitido que la existencia de regímenes prestacionales distintos al régimen general de seguridad social no vulnera per se el derecho a la igualdad constitucional, consagrado en el artículo 13 del Estatuto Superior. El Tribunal acepta en su jurisprudencia que la existencia sistemas prestacionales especiales responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que por sus características especiales merecen un trato justificadamente diferente al que reciben los demás beneficiarios de la seguridad social”.

Igualmente, en sentencia C-461 de 1995<sup>14</sup>, la Corte Constitucional precisó:

“El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija.

Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta”.

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado<sup>15</sup> ha señalado:

“Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a las excepciones en la aplicación de las normas generales por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad (...)”.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C-835 de 8 de octubre de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente: D-4040.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente: D-864.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto de 8 de junio de 2008, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente: 76001-23-31-000-2003-04045-01 (1371-07).

Conforme a lo anterior, se tiene que los regímenes especiales en materia de seguridad social solo resultan aplicables en tanto consagren condiciones más favorables a sus beneficiarios que las señaladas en el régimen general, pues de lo contrario, se estaría otorgando un trato discriminatorio injustificado a un sector de la población, contrario al principio de igualdad.

### **3.5.2. Del principio de inescindibilidad en materia laboral**

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han hecho alusión al principio de inescindibilidad en materia laboral, en virtud del cual, quien pretenda la aplicación de un régimen especial de seguridad social, se debe someter en su integridad a sus disposiciones, **tanto en lo favorable como en los desfavorable**, en relación con el régimen general, no siendo procedente aplicar puntualmente las condiciones más beneficiosas de uno y otro, pues ello equivaldría a crear un nuevo régimen no contemplado en la Ley<sup>16</sup>.

### **3.6. Caso concreto:**

En el caso objeto de estudio, de acuerdo con los hechos probados a los cuales se hizo alusión, se encuentra acreditado que al señor Dorian Sierra Ríos le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de Resolución No. 396 del 9 de febrero de 2013, que fue reliquidada a través de la Resolución No. 3049 del 25 de julio de 2013, expedidas por la Secretaría de Educación del Huila; además, se encuentra acreditado que sobre la totalidad de las mesadas pensionales del actor, tanto ordinarias como adicionales, se han venido efectuando descuentos por concepto de aportes a salud.

Al respecto, la Sala considera que de acuerdo con las normas y la jurisprudencia a las cuales se ha hecho referencia, el actor se encuentra obligado a efectuar aportes sobre las mesadas pensionales adicionales, toda vez que tal obligación se encuentra expresamente prevista en el numeral 5°

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de octubre de 2010, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07).

del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que como se dijo, consagró el deber a cargo de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de cotizar un 5% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, y a su vez ese monto o porcentaje fue modificado en virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, y de la Ley 1250 de 2008 al 12%, manteniéndose vigente la obligación de aportar sobre la totalidad de las mesadas pensionales.

En efecto, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, expresamente dispuso que la "*tasa de cotización*", para los docentes, sería equivalente al monto de los aportes a salud establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, de modo que, el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 solo fue modificado en lo que respecta al monto o tasa de cotización, mas no en lo relativo a la obligación de cotizar sobre la totalidad de las mesadas pensionales.

Por lo tanto, no le asiste razón a la parte demandante al afirmar que el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 fue derogado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, pues como se indicó, éste únicamente modificó el porcentaje de cotización consagrado en la primera norma, manteniendo vigente la obligación de efectuar aportes sobre la totalidad de las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales.

Al respecto, cabe agregar que lo aquí considerado no implica un desconocimiento del principio de favorabilidad ni del derecho a la igualdad del demandante, pues si bien los pensionados del régimen general solo se encuentran obligados a efectuar cotizaciones a salud sobre sus mesadas ordinarias, lo cierto es que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, el cual analizado en su conjunto resulta más beneficioso que el régimen general, pues contempla mayores beneficios que éste.

Así, por ejemplo, las pensiones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se liquidan teniendo en cuenta el promedio de los factores salariales devengados durante su último año de

servicios, y no lo devengado durante los últimos 10 años, como ocurre con los pensionados del régimen general, e incluso con los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, de acuerdo con lo manifestado por la entidad demandada en el acto administrativo demandado, los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio no se encuentran obligados a asumir erogaciones adicionales para efectos de la prestación del servicio de salud, como las cuotas moderadoras o copagos, que deben cancelar los demás pensionados y/o sus beneficiarios, cada vez que requieren de atención y/o de un tratamiento médico.

Por lo anterior, la Sala no encuentra acreditada la existencia de una verdadera vulneración del derecho a la igualdad del demandante, pues el régimen especial que la cobija, le otorga beneficios a los cuales no tienen derecho los afiliados al régimen general y que compensa aspectos como la obligación de cotizar sobre las mesadas adicionales.

De igual forma, cabe advertir que en este caso tampoco se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma, como lo afirmó el Juez de primera instancia, pues no se están aplicando aspectos puntuales de una y otra norma, por el contrario, se está aplicando en su integridad el régimen prestacional especial que rige a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual como se dijo, analizado en su conjunto, brinda mayores beneficios que los señalados para los beneficiarios del régimen general.

En concordancia con lo anterior, se advierte que en lo relativo a la obligación de efectuar aportes a salud, se está aplicando en su integridad lo dispuesto para los afiliados al citado Fondo en el numeral 5 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, el cual, como se indicó, fue modificado por la Ley 81 de 2003, en lo que tiene que ver con el monto o tasa de cotización a salud de los pensionados, mas no en lo referente a la obligación de efectuar aportes sobre la totalidad de las mesadas pensionales.

Así las cosas, se concluye que en el presente caso el señor Dorian Sierra Ríos no tiene derecho a que se suspendan los descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de la pensión, ni a que se le reintegren de forma retroactiva las sumas que le han sido descontadas por tal concepto, de modo que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo demandado, en tanto negó tal solicitud.

En consecuencia, el problema jurídico planteado se resolverá en el sentido de confirmar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones previamente expuestas.

#### **IV. COSTAS**

##### **4.1.- Costas en primera instancia**

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* decidió no condenar en costas a la parte actora, decisión que no fue objeto de apelación, por lo tanto, permanecerá incólume.

##### **4.2.- Costas en segunda instancia**

En relación con la procedencia de emitir condena en costas en segunda instancia es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas<sup>17</sup> para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto<sup>18</sup>, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365<sup>19</sup> consagra los elementos que determinan la imposición de costas

---

<sup>17</sup> Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

<sup>18</sup> "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."

<sup>19</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero

así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...)

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

(...)

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

(...)

***8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación***

(...)" (Resaltado por la Sala).

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), ***"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"***.

Precisado lo anterior, se advierte que en el presente caso, una vez examinado el expediente, la Sala encuentra que no obran elementos de prueba que

demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones por la entidad demandada que hagan procedente a la imposición de costas en contra de la parte demandante.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio haya tenido que asumir gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas por tal concepto en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

#### **V. FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia dictada el 26 de agosto de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el señor Dorian Sierra Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.



**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**  
**Magistrada**



**JOSÉ MILLER LUGO BARRERO**  
**Magistrado**



**GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA**  
**Magistrado**