



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Neiva, veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020)

<b>MAG. PONENTE</b>	<b>: JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO</b>
<b>RADICACIÓN</b>	<b>: 410013333001-2017-00270-01</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: NOHEMI PARRA SALAS</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACIÓN – MEN – FONPREMA</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>: NUL. Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>SENTENCIA No.</b>	<b>: 07 – 05 – 52 – 20/ NRD 32 – 2 – 31</b>
<b>ACTA No.</b>	<b>: 035 DE LA FECHA</b>

### 1. TEMA.

Se decide el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia del 24 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva.

### 2. ANTECEDENTES DE LA PRIMERA INSTANCIA

#### 2.1. Posición de la parte actora.

**Solicitó** la nulidad del oficio No. 2351 del 6 de julio de 2017, mediante el cual se resolvió desfavorablemente la solicitud de suspensión del descuento y reintegro de los pagos efectuados por concepto de aportes para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación, a fin de que se restablezca su derecho ordenando la suspensión del descuento y el reintegro de las sumas de dinero descontadas a partir de la fecha en que adquirió el estatus de pensionado, debidamente actualizadas, además de que se le indemnice por todos los perjuicios que se pudo haber ocasionado con ello y se condene en costas a la demandada.

El **sustento fáctico**, señaló que mediante Resolución No. 175 del 18 de febrero de 2008 le fue reconocida pensión de jubilación y mediante Resolución No. 330 del 20 de junio de 2008 se corrigió un error de transcripción, efectuándose descuentos del 12% por conceptos de aportes en salud sobre las mesadas adicionales pagadas en los meses de junio y diciembre, sin que exista obligación legal de realizar las mismas.

Adujo que con ocasión a lo anterior, solicitó el 21 de junio de 2017 ante la entidad demandada el cese o suspensión del descuento realizado, petición que se resolvió de forma desfavorable mediante oficio No. 2351 del 6 de julio de 2017.

Consideró **vulnerados** el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29 y 53 de la Carta Política; 50 y 142 de la Ley 100 de 1993; la Ley 91 de 1991; el Decreto 1073 de 2002 que reglamento las Leyes 71 y 79 de 1988; la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

El **concepto de la violación** invocó la causal de anulación de haberse expedido el acto administrativo demandado con infracción de las normas en que debió fundarse, pues realiza una interpretación errada del ordenamiento jurídico sobre descuentos para salud, como quiera que si bien la Ley 91 de 1989 en su artículo 8 dispuso que entre los recursos que recibiría el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fonprema en adelante) estaría el 5% de cada mesada que éste pague, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre y el Decreto 1073 de 2002 en su artículo 1º prohibió los descuentos sobre las mesadas adicionales en concordancia con los artículos 50 y 142 de la referida Ley 100.

Actuar en contrario es desconocer el principio de favorabilidad laboral y efectuar en doble descuento, pues como puede evidenciarse, se están aplicando deducciones extralegales y ello afecta el poder adquisitivo de la prestación, al igual que el patrimonio del pensionado, lo que a la postre arremete contra el derecho adquirido y desmejora la pensión.

Concluyó que de la mesada adicional de diciembre no se puede realizar descuentos del 12% para el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, por cuanto así lo estableció la Ley 4 de 1982 en su artículo 7º y la Ley 43 de 1984, así mismo, adujo con relación al descuento del 12% de la mesada adicional de junio, que conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes afiliados al Fonprema en materia de cotización están regulados por la Ley 100 de 1993, por lo que tampoco procede el descuento frente a dicha mesada pensional adicional.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial, reiteró los argumentos expuestos en la demanda que señalan la procedencia de sus pretensiones.

## **2.2. Posición de la parte demandada.**

La Nación – MEN – FONPREMA (f. 43 a 46) se opuso **a las pretensiones** y solicitó que se condene en costas a la demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En cuanto a **los hechos** indicó que no le constan y deberán probarse en el proceso, no obstante, precisó que le corresponde a las Secretarías de Educación territoriales adelantar el trámite de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentren adscritos a cada secretaria en virtud de la descentralización del sector educativo.

Propuso **las excepciones** de: **a)** Falta de integración del contradictorio – litis consorcio necesario; **b)** Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante; **c)** Buena fe; **d)** Prescripción; **e)** Inexistencia de la vulneración de principios legales; **f)** Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo a derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir acto administrativo y reconocer el derecho reclamado y **g)** Innominada/genérica.

Al **alegar de conclusión** en la audiencia inicial, iteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda que señalan la improcedencia de lo deprecado, pues a los docentes pensionados sí se les debe aplicar los descuentos en las mesadas adicionales, sin que pueda pretenderse la aplicación de leyes generales, habiendo una ley especial que autoriza los descuentos para salud.

## **2.3. El Ministerio Público.**

No asistió a la audiencia inicial y por ende no rindió concepto.

## **2.4. La sentencia de primera instancia.**

El Juzgado Primero Administrativo de Neiva dictó sentencia el 24 de agosto de 2018 (f. 73 a 76) declarando probada la excepción de prescripción sobre las mesadas anteriores al 21 de junio de 2014 y probadas parcialmente las excepciones de buena fe, legalidad de la actuación e inexistencia del derecho a reclamar.

Adicionalmente declaró la nulidad del oficio No. 2351 del 6 de julio de 2017 en relación con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales únicamente del mes de diciembre, ordenó a la demandada que devuelva actualizados los valores descontados a la actora por aportes a salud a dicha mesada pensional desde el 2 de diciembre de 2007, pero con efectos fiscales a partir del 21 de junio de 2014 por prescripción y se abstenga en lo sucesivo de realizar tal descuento en la mesada adicional de diciembre y negó las restantes pretensiones.

Para llegar a tal decisión se refirió al marco normativo que regula el régimen general de seguridad social en salud de la Ley 100 de 1993, destacando que en su artículo 204 ordenó el descuento de los aportes para salud en un 12% de las mesadas pensionales, pero no hizo referencia a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por lo que es claro que en el sistema general de seguridad social no operan los descuentos aludidos.

No obstante, como el artículo 279 de la referida ley excluyó a los docentes estatales de dicho sistema, resaltó que su régimen prestacional es la Ley 91 de 1989 y el régimen de cotización es el establecido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-369/04, pues el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó la tasa de cotización (que era del 5%), señalando que ésta corresponde a la suma de aportes que para salud y pensión establecieron las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin olvidar que el Decreto 1073 de 2002 prohíbe hacer descuentos sobre las mesadas adicionales, pero como el Consejo de Estado en sentencia del 3 de febrero de 2005<sup>1</sup> anuló la prohibición relacionada con la mesada de junio, quedó así la prohibición vigente para la mesada de diciembre.

Por lo anterior, consideró que a los docentes no se les deben aplicar los descuentos de aportes en salud sobre la mesada adicional de diciembre por implicar una violación normativa, pero señaló que sí proceden para las mesadas adicionales de junio.

En el caso concreto encontró probado que a la actora le fue reconocida su pensión de jubilación mediante Resolución No. 175 del 18 de febrero de 2008 y con Resolución No. 330 del 20 de junio de 2008 se corrigió un error de transcripción, haciéndose efectiva la prestación a partir del 2 de diciembre de 2007.

---

<sup>1</sup> Sección segunda, sentencia del 3 de febrero de 2005, C.P. Ana Margarita Olaya Forero, exp.: 3166-02.

Así mismo, evidenció que en el comprobante de pago de mesada pensional de la demandante, se incluye los descuentos efectuados equivalentes al 12% en salud sobre la mesada adicional de diciembre y al estar cobijada por el régimen de cotización establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que prohibieron descuentos sobre la mesada adicional de diciembre, no se le puede realizar deducción sobre la misma y en tal sentido debe ordenarse la suspensión del descuento y la devolución de los dineros deducidos a partir del 21 de junio de 2014 por haber operado la prescripción trienal.

## **2.5. El recurso de apelación.**

La parte demandada apeló la anterior decisión (f. 79 y 80) y solicitó que se revoque por ser contraria a las disposiciones legales y causar un detrimento patrimonial a la Nación, como quiera que los docentes se encuentran adscritos a un régimen especial de seguridad social y por lo tanto deben someterse plenamente a su normatividad sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas en el régimen común.

Señaló que la Ley 91 de 1989 que consagró el régimen de excepción de los docentes, determinó que con los recursos del Fonprema se garantiza la prestación de los servicios médico – asistenciales de acuerdo a las instrucciones que para el efecto imparta el consejo directivo del fondo.

Finalmente, precisó que a diferencia del sistema general de seguridad social, los servicios médicos de los docentes sometidos a la Ley 91 de 1989 son prestados por entidades médicas contratadas para el efecto y canceladas con los recursos de la cuenta del Fondo, sistema totalmente diferente, siendo el régimen de excepción al sistema de salud consagrado en el régimen de seguridad social de la Ley 100 de 1993, por lo que no podía pretenderse aplicar normas de carácter general que le son más favorables, pues se estaría modificando el espíritu del régimen de excepción docente y por ende creando un nuevo régimen.

## **3. LA SEGUNDA INSTANCIA, CONSIDERACIONES.**

### **3.1. Actuaciones procesales.**

El recurso fue admitido por auto del 4 de febrero de 2019 (f. 10, C. 2ª Inst.) y con auto del 9 de mayo de la misma anualidad se corrió traslado para alegar de

conclusión (f. 17, C. 2ª I.) oportunidad en la cual solo el apoderado de la parte demandante recorrió el traslado (f. 22 a 24, C. 2ª I.).

### **3.2. Competencia, legitimación y validez.**

La Corporación es competente para dirimir esta instancia de conformidad con el artículo 153 CPACA, pues no se avizoran circunstancias que invaliden lo actuado y las partes están legitimadas por cuanto la demandada con el acto acusado ordenó realizar descuentos para salud sobre las mesadas de la pensión reconocida a la actora y negó la petición sobre su devolución y suspensión, por eso el interés para que se decida sobre su validez.

### **3.3. Problema jurídico.**

Debe resolver el Tribunal: ¿Debe revocarse la sentencia recurrida, porque a las mesadas adicionales de junio y diciembre percibidas por la parte actora, se les pueden realizar los descuentos para aportar al sistema de seguridad social en salud?

La tesis del Tribunal es que se debe confirmar la sentencia recurrida pues no se pueden hacer descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero atendiendo el principio de *non reformatio in pejus* que estableció el artículo 321 del CGP por remisión del artículo 306 del CPACA, solo se dispondrá la devolución de los descuentos ordenados por el *a quo* en las mesadas adicionales de diciembre, dado que no puede hacerse más gravosa la situación del apelante único. Para tal fin se analizará lo relacionado con los descuentos en salud y el caso concreto.

### **3.4. Los aportes a salud.**

De conformidad con los artículos 4 y 8-5 de la Ley 91 de 1989, el Fonprema fue encargado de atender las prestaciones sociales de todos los docentes nacionales, dentro de lo que se destaca la prestación del servicio de salud, teniendo como una fuente de sus recursos "El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados".

No obstante, el artículo 81 inciso 1° de la Ley 812 de 2003<sup>2</sup> señaló que *"El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, 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 presente Ley"* y sobre el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fonprema el inciso 4° indicó que corresponde: *"(...) a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003..."*.

La Corte Constitucional<sup>3</sup> al estudiar la constitucionalidad del inciso 4° que antecede, lo declaró exequible pues: *"...una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción- `corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores´. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003"* (Negrilla de la Sala).

En consecuencia, los descuentos para salud que se deben aplicar sobre las mesadas pensionales, son los que establecen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, independientemente de otros descuentos autorizados por la ley pues el legislador equiparó a los docentes en cuanto a los aportes a salud, con los demás pensionados, o sea, quedaron sujetos al régimen ordinario de aportes.

Lo anterior sin perjuicio de los descuentos que se autorizó sobre las mesadas de los pensionados en virtud de las Leyes 71 de 1988 (contiene normas sobre pensiones y otras disposiciones) y 79 de 1988 (actualizó la legislación cooperativa) y el Decreto 1073 de 2002 (reglamentó las leyes 71 y 79 de 1988).

De acuerdo con la secuencia normativa que antecede, a los pensionados se les pueden descontar de sus mesadas los aportes de ley (salud), al igual que las cuotas y deudas con organizaciones gremiales, cooperativas y cajas de

---

<sup>2</sup> Vigente a partir del 27 de junio de 2003.

<sup>3</sup> Sentencia C-369/04.

compensación familiar, en igual forma como ocurre con los salarios y así lo señaló el Consejo de Estado.<sup>4</sup>

En dicha línea jurisprudencial el Consejo de Estado no pudo efectuar la confrontación del Decreto demandado con la Ley 812 de 2003 porque aún no había sido expedida y de haberlo hecho, habría acogido la doctrina de la Corte Constitucional sobre la equiparación de los docentes pensionados con los trabajadores del régimen común en cuanto a los descuentos para salud y en consecuencia, señalar que no hay autorización para que se hagan descuentos a los docentes en ninguna de las mesadas adicionales.

No obstante, dicho precedente consideró que en tratándose de la mesada de diciembre y para ese momento histórico, sí había norma que prohibía descuentos en la mesada adicional de diciembre, refiriéndose al artículo 5º de la Ley 43 de 1984, así:

*“Artículo 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional” (Subrayas de la Corporación).*

Y como el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969 estableció el derecho que asiste a los pensionados de recibir asistencia en salud a que hubiere lugar (médica, farmacéutica, quirúrgica, laboratorios y hospitalaria), para tal fin el numeral 3º consagró la obligación que tiene todo pensionado de cotizar mensualmente el 5% *"de la respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo"*, por eso a los pensionados no se les puede descontar dicho aporte sobre la mesada adicional de diciembre y ahora al equipararlos a los pensionados del régimen común, no se les puede hacer ningún descuento para salud sobre las mesadas adicionales.

En ese orden de ideas, como el artículo 137 de la Ley 812 de 2003 derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias y el artículo 5º de la Ley 43 de 1994 no lo es, pues mantiene el aporte para salud del pensionado pero excluyendo del mismo la mesada adicional de diciembre y como en el régimen común a los pensionados no se les hacen descuentos para salud sobre las mesadas de junio y diciembre, por eso y como señalara el Consejo de Estado, no hay lugar a afectar dicha mesada adicional y tampoco la de junio.

---

<sup>4</sup> Sección Segunda. Sentencia del 13 de septiembre de 2007, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, exp.: 11001032500020020019101(4084-02).

Ahora, como los aportes para salud están previstos en el artículo 204 inciso 2º de la Ley 100 de 1993 (adicionado por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008) en un 12% "*del ingreso de la respectiva mesada pensional*", incrementado al 12.5% por la Ley 1122 de 2007 y reducido de nuevo al 12% por la Ley 1250 de 2008, refiriéndose en singular a la mesada pensional, por eso **se infiere que es sobre la mesada ordinaria que se deben hacer los descuentos**, ya que en tratándose de una medida restrictiva o que afecta un derecho irrenunciable, ha debido señalarse de manera expresa la afectación o descuento y como así no ha ocurrido, la mesada adicional de junio no es susceptible del descuento para salud, porque el régimen de aportes de los docentes pensionados se equiparó a los pensionados del sistema general de seguridad social, en donde tal descuento no se les aplica, así lo había analizado la Sala de Consulta del Consejo de Estado.<sup>5</sup>

De otro lado, tampoco resulta equitativo que se hagan descuentos sobre las mesadas adicionales que devengan los docentes porque los aportes para el régimen de seguridad social en salud de los pensionados están solo a su cargo, mientras que los aportes de los trabajadores y empleados afiliados se deben hacer sobre la totalidad de los ingresos que perciban en un mismo periodo en forma proporcional a lo devengado de cada empleador (artículo 5º, Ley 797 de 2003 que modificó el parágrafo 1º de la Ley 100 de 1993) y compartidos con los empleadores.

En efecto, corresponde al trabajador un 25% y al empleador el 75% restante, tal como lo ha dispuesto el artículo 20 inciso 7º de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003), por eso se debe señalar que si bien el afiliado debe cotizar sobre todos sus ingresos, en la práctica ese aporte se reduce al 25% de la cuota, mientras que para el pensionado el aporte es del 100% de su mesada y en equidad hay lugar a que tal aporte sea sólo sobre la mesada ordinaria para de esa manera compensar el desequilibrio en el pago de los aportes.

En conclusión, al estar en igualdad de condiciones el régimen de aportes de los pensionados del sistema general con el de los docentes pensionados, se debe dar el mismo trato en lo que atañe con los descuentos para salud que se aplican a los primeros, a quienes no se les hacen deducciones sobre las mesadas de junio y

---

<sup>5</sup> Concepto del 16 de diciembre de 1997, C.P. Augusto Trejos Jaramillo, exp.: 1064.

diciembre y además, al asumir solo los pensionados el pago de dicho aporte, en equidad solo deben aportar sobre las mesadas ordinarias.

### **3.5. Caso en concreto.**

En el presente caso está demostrado que con la Resolución No. 175 del 18 de febrero de 2008 (f. 11 a 13) a la actora le fue reconocida pensión de jubilación en cuantía de \$1'700.627 efectiva a partir del 2 de diciembre de 2007 y el artículo tercero de dicho acto administrativo dispuso el descuento del 12.5% para efectos de la prestación del servicio médico asistencial.

También está acreditado que mediante la Resolución No. 330 del 20 de junio de 2008 se corrigió un error de transcripción, modificándose el artículo primero de la resolución anterior (f. 18 y 19).

Igualmente se probó que con oficio radicado el 21 de junio de 2017 (f. 12 a 14), la actora solicitó la suspensión de los descuentos para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre y la devolución de los efectuados, lo que fue negado con el oficio No. 2351 del 6 de julio de 2017 (f. 16 y 17).

Así las cosas, al avistarse que la resolución que reconoció la pensión de la demandante ordenó el descuento del 12.5% sobre todas las mesadas, incluyendo las adicionales de junio y diciembre y que dicho descuento se está realizando conforme se evidencia en los extractos de pago allegados con la demanda (f. 25 y 26), lo cual no es posible como se precisó en precedencia para las mesadas de junio y diciembre, en principio, es procedente ordenar la suspensión de los mismos sobre dichas mesadas adicionales y el reintegro de lo descontado, debidamente actualizado.

No obstante lo anterior, como la apelación la hizo únicamente la demandada no es posible agravarla más ordenando la devolución de los aportes sobre las mesadas de junio ya que así no lo reconoció el *a quo* y por lo mismo la decisión recurrida deberá ser confirmada.

Por último, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada, por así haberlo dispuesto el artículo 188 del CPACA en integración con el artículo 365-1 del CGP, al no haberle prosperado el recurso y para el efecto se fijan de agencias en derecho, un (1) salario mínimo legal mensual vigente, dado que la parte

demandante ha concurrido mediante apoderado. La tasación se hace atendiendo la duración del asunto, la especialidad y lo previsto en el Acuerdo No 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

#### **4. DECISIÓN.**

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **DECIDE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión recurrida.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, para lo cual se fija un (1) salario mínimo legal mensual vigente de agencias en derecho.

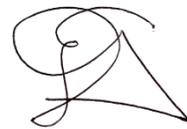
**TERCERO: ORDENAR** que en firme esta providencia, se remita el expediente al Juzgado de origen una vez se dejen las respectivas anotaciones en el software de gestión.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los magistrados,



**JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO**



**ENRIQUE DUSSÁN CABRERA**



**RAMIRO APONTE PINO**