



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA SEXTA DE DECISIÓN
M. P. DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: ARTURO RESTREPO VICTORIA y OTROS
DEMANDADO	: NACIÓN–MINEDUCACIÓN–FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DECISIÓN	: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 026
RADICACIÓN	: 41001-33-33-008-2017-00183-01

Aprobado en Sala según Acta No. 014 de la fecha.

ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia del 22 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Neiva, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. LA DEMANDA. (Fls. 1-8 C. Ppal).

ARTURO RESTREPO VICTORIA, CECILIA CARDOZO DE RESTREPO, JAIRO FALLA MEDINA, ALIRIO CASTILLO SANTOFIMIO y RAFAEL OVALLE TOVAR, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad del oficio No. 2017RE3652, expedido por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, que atiende en forma desfavorable la solicitud de suspensión del descuento por concepto de pago de aportes a salud de las mesadas

pensionales adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de los demandantes.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se suspenda el descuento de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre y el reintegro de los dineros descontados por ese concepto, con retroactividad a la fecha en que ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

A su vez, solicita condenar a las entidades a pagar las sumas de dinero adeudadas debidamente indexadas de acuerdo con el índice de precios al consumidor (IPC) expedido por el DANE, desde el momento en que el derecho se hizo exigible y hasta el momento en que se incluya en nómina el valor reintegrado de la prestación y las diferencias dejadas de percibir.

Por último, reclama se dé cumplimiento a la sentencia en aplicación a lo dispuesto en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. Refiere los siguientes **HECHOS**:

- Que la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante las resoluciones que se relacionan a continuación, se reconoció a los demandantes la pensión vitalicia de jubilación:

Demandante	No. de resolución
Arturo Restrepo Victoria	Resolución No. 0112 del 6 de febrero de 2003
Cecilia Cardozo de Restrepo	Resolución No. 354 del 22 de abril de 2008
Jairo Falla Medina	Resolución No. 1071 del 7 de noviembre de 2003
Alirio Castillo Santofimio	Resolución No. 5259 del 9 de noviembre de 2015
Rafael Ovalle Tovar	Resolución No. 3958 del 8 de septiembre de 2015

- La entidad demandada desde el reconocimiento, ha venido efectuando descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación.
- Mediante petición con registro SAC 2017PQR7643 del 16 de marzo de 2017, los demandantes solicitaron la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación.

- Por medio del acto administrativo No. 2017RE3652, la Secretaria de Educación Departamental del Huila y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio responden la solicitud de suspensión del descuento de salud sobre las mesadas adicionales en forma desfavorable.

1.3. Normas violadas y concepto de violación-

El acto administrativo demandado vulnera el preámbulo y los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; la Ley 4 de 1976 que estableció el beneficio de la mesada pensional adicional pagadera en el mes de diciembre; la Ley 42 de 1982 en su artículo 7 que determinó que las mesadas adicionales no serán objeto de descuento alguno, la Ley 100 de 1993 y el artículo 50 que ratificó el beneficio de la mesada pensional adicional para el mes de diciembre.

Considera que el acto administrativo demandado viola las normas descritas porque basta con una simple lectura para entender que todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedaron como vinculados al régimen de cotización establecido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003.

Precisa que antes de la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encontraban prohibidos los descuentos sobre las mesadas adicionales y al entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, se le incluyó a los docentes al régimen de cotizaciones de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en las cuales se establece las prohibiciones de descuento en la mesada adicional de diciembre, que por principios de igualdad e inescindibilidad se debe aplicar.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 64-71).

La entidad demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones y solicita condenar en costas a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En relación a los hechos manifiesta que es a las Secretarías de Educación Territoriales a quienes por virtud de la Ley, les corresponde el trámite de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentren adscritos a cada Secretaría en virtud de la descentralización del sector educativo, como quiera que el Ministerio de Educación Nacional perdió su

facultad de nominador, por lo que se sale de su competencia funcional las pretensiones del demandante.

Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, es un fondo especial, que constituye una excepción al principio de unidad de caja y los recursos se manejan en una cuenta especial y quien da aprobación de cualquier reconocimiento prestaciones de los docentes adscritos al FOMAG es la Fiduciaria La Previsora Fiduprevisora S.A.

Anota que la Ley 91 de 1989, mediante la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, referente a los aportes establece en el numeral 5 del artículo 8 que el Fondo deducirá el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados y dentro de las mesadas se encuentran incluidas las ordinarias y las de junio y diciembre que son las denominadas “adicionales” y por ende todas constituyen aportes a un pensionado a favor del FOMAG, sin desconocer que para el particular opera también el principio general de solidaridad dado que los diferentes rangos salariales hacen posible la sostenibilidad del sistema.

Sigue exponiendo que la Ley 812 del 26 de junio de 2003 modifica el concepto de aportes para el personal afiliado al FOMAG, indicando que el valor total de cotización corresponde a la suma de aportes que para pensión y salud establezca la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, que contempla que el aporte del pensionado es del 12% del valor de la mesada. Aclara que el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 fue declarado exequible por la Corte Constitucional según sentencia C 369 de 2004, MP: Eduardo Montealegre Lynnet.

Por último sostiene que el Decreto 2341 del 2003, reglamentario del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, establece, que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo del Magisterio corresponderá a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, el cual es del 12% y la Ley 1122 del 2007, modificada por el inciso 1º del artículo 214 de la Ley 100 de 1993, en lo referente al monto de las cotizaciones, dispone que a partir del 1 de enero de 2007 será del 12.5% del ingreso o salario base de cotización.

Propone como excepciones las siguientes:

-Falta de integración del contradictorio – litis consorcio necesario:
Advierte que frente a los hechos de la demanda todos son contra el FOMAG, desconociéndose por parte del Ministerio de Educación si existe o no violación alguna al derecho sustantivo o procesal, tratándose de

hechos de terceros ajenos a la voluntad del Ministerio y que no comprometen su responsabilidad.

Que la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es quien tiene a su cargo junto con las Secretarías de Educación, el reconocimiento y pago de las obligaciones a cargo de dicho Fondo, incluyendo el reconocimiento y pago de los fallos judiciales.

-Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante: Expone que los actos administrativos demandados se encuentran conforme a derecho, con un claro sustento normativo.

-Buena fe: Considera que la entidad obró bajo dicho principio, al no reconocer una prestación y afectar así el gasto público.

-Prescripción: La propone como medio exceptivo de cualquier derecho reclamado frente a la cual allá operado el fenómeno en razón a la prescripción trienal.

-Inexistencia de la vulneración de principios legales: Consigna que el reconocimiento de la pretensión solicitada se realizó basado en el ordenamiento jurídico existente, por lo tanto el monto de la pretensión se liquidó de conformidad con las normas del orden constitucional legal y reglamentario.

-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Reitera que el acto administrativo que se aduce como título ejecutivo no fue expedido por la Nación Ministerio de Educación, teniendo en cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica que consiste en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a atender las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto el acto administrativo que reconoce la prestación, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación Territorial y no la de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 53-54 cd 55)

El Juzgado Octavo Administrativo de Neiva, mediante sentencia dictada en audiencia el 22 de noviembre de 2018 resolvió:

“PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda incoadas por la demandante Cecilia Cardozo de Restrepo dentro del proceso con Rad. 2017-00183.*

SEGUNDO: *DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:*

-Radicado 2017-00183: Oficio No. 2017RE3652 del 06 de abril de 2017, expedido por la Secretaria de Educación Departamental del Huila.

-Radicado 2017-378: Oficio No. 2668 del 01 de agosto de 2017, expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Neiva.

Por medio de los cuales se negó a los demandantes ARTURO RESTREPO VICTORIA, JAIRO FALLA MEDINA, ALIRIO CASTILLO SANTOFIMIO y RAFAEL OVALLE TOVAR (Rad. 2017-00183) y FLOR MARÍA BARRIOS DE TRUJILLO (Rad. 2017-00378), la solicitud de suspensión del descuento de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación y el reintegro de tales descuentos.

TERCERO: *En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, suspender de manera inmediata el descuento para salud que viene efectuando a los demandantes ARTURO RESTREPO VICTORIA, JAIRO FALLA MEDINA, ALIRIO CASTILLO SANTOFIMIO y RAFAEL OVALLE TOVAR (Rad. 2017-00183) y FLOR MARÍA BARRIOS DE TRUJILLO (Rad. 2017-00378), sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre y DEVOLVERLES las sumas descontadas por tal concepto, a partir de las siguientes fechas:*

ARTURO RESTREPO VICTORIA (Rad. 2017-00183)	DESDE EL 16 DE MARZO DE 2014
JAIRO FALLA MEDINA (Rad. 2017-00183)	DESDE EL 16 DE MARZO DE 2014
ALIRIO CASTILLO SANTOFIMIO (Rad. 2017-00183)	DESDE EL 28 DE AGOSTO DE 2015
RAFAEL OVALLE TOVAR (Rad. 2017-00183)	DESDE EL 13 DE JUNIO DE 2015
FLOR MARÍA BARRIOS DE TRUJILLO (Rad. 2017-00378)	DESDE EL 05 DE JUNIO DE 2014

CUARTO: *La suma a devolver de los demandantes deberá ser cancelada debidamente indexada, aplicando la siguiente fórmula:*

$$Va= Vh \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

En donde el valor actual (Va) que se busca, resulta de multiplicar el valor histórico (Vh), que es el valor de cada uno de los descuentos efectuados, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice de precios al consumidor vigente para la fecha en que se efectuó cada descuento.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y a favor de los demandantes cuyas pretensiones prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en los Art. 188- CPACA y 365-1, CGP. Para el efecto, se fija como agencias en derecho el valor de un (1.0) salario mínimo legal mensual vigente, para cada uno.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito denominadas: Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante, Buena Fe, Inexistencia de la vulneración de principios legales, falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o 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 e Innominada/Genérica", propuestas por la parte demandada.

SÉPTIMO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción trienal, propuesta por la parte demandada, respecto de las mesadas causadas con posterioridad a las siguientes fechas:

ARTURO RESTREPO VICTORIA (Rad. 2017-00183)	16 DE MARZO DE 2014
JAIRO FALLA MEDINA (Rad. 2017-00183)	16 DE MARZO DE 2014
FLOR MARÍA BARRIOS DE TRUJILLO (Rad. 2017-00378)	05 DE JUNIO DE 2014

Para el caso de los demandantes ALIRIO CASTILLO SANTOFIMIO y RAFAEL OVALLE TOVAR (Rad. 2017-00183) se declara NO probada la excepción de prescripción.

OCTAVO: La sentencia deberá cumplirse en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA, para efectos de lo cual se dispone que por Secretaría se libren las comunicaciones de que trata el inciso final de dicha norma. (...)”

Sostiene el *a quo* que mediante la Ley 4ª del 76 se dictaron normas en materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se consagró en el artículo 5 a favor de los pensionados, el beneficio de una mesada pensional adicional, pagadera en diciembre.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993, artículo 50, ratificó el beneficio descrito y en el artículo 142, se estableció otra mesada adicional, pagadera en el mes de junio; normas que inicialmente no le eran aplicables a los docentes, por expresa disposición del artículo 279, pero con la expedición de la Ley 238 del 95, que adicionó el parágrafo 4 del artículo 279 de la Ley 100/93, el beneficio de la mesada adicional de junio se hizo extensivo a los docentes, pues en el parágrafo introducido se dispuso que las excepciones del artículo 279 no implicaba la negación de los beneficios y derechos de los artículo 14 y 142 ibídem para los pensionados de los sectores exceptuados.

Que así se configuró el derecho en el gremio de los docentes de dos mesadas adicionales, una en diciembre y otra en junio, en virtud de lo dispuesto en la normativa citada.

Que los incisos 1 y 2 del artículo 81 de la Ley 812/03, regulan lo relacionado con el régimen pensional de los docentes, estableciendo una diferencia de trato entre los vinculados antes de la expedición de la citada Ley (27 de junio de 2003) y los vinculados con posterioridad a la expedición de la misma, sin embargo, tanto para unos y otros resulta aplicable la prescripción contenida en el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812, según el cual el régimen de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es igual al régimen de cotización establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Sostiene que en el caso de los docentes solo era factible el descuento para salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, mas no sobre las de junio; sin embargo, a partir de la sentencia del 25 de julio de 2017, radicación 410013340008-2016-00091-00, cambió su criterio para sostener que dicho descuento no es procedente sobre ninguna de las mesadas adicionales, pues efectuando un análisis minucioso de las normas y en especial de la sentencia C-369 de 2004, es clara la Corte en concluir que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, deben pagar las cotizaciones previstas por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en igualdad de condiciones que lo hace cualquier pensionado del régimen general integral de pensiones.

Precisa que en materia pensional, los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de pensión de los docentes se regula por la Ley 812 de 2003 y en su defecto por la Ley 33 de 1985, por remisión de la Ley 91/89, para los vinculados con anterioridad a dicha Ley, en materia de cotizaciones para salud, es clara la Ley 812 de 2003 y en su inciso 4 del artículo 81 en señalar que esas cotizaciones deben ser conformes a las Leyes 100/93 y 797 de 2003.

Anota que está acreditado que a los actores se les reconoció la pensión de jubilación a cargo de la entidad demandada y que desde el reconocimiento se le efectúan descuentos para salud sobre todas las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, como lo señala la resolución de reconocimiento de pensión, como lo acepta la misma entidad demandada en el acto administrativo demandado y como se acreditó con el extracto de pagos.

Exceptúa del análisis anterior a la señora CECILIA CARDOZO RESTREPO, de quien sostiene que aparece un reporte de pago de la pensión del 30 de noviembre de 2015, donde aparece incluida una mesada pensional adicional, entendiendo que es la del mes de diciembre, pero no aparece que se le efectuara un doble descuento, porque solamente figura un descuento que corresponde al 12% de una de las dos mesadas que le fueron pagadas, considerando que no se acredita que le realizaran el descuento sobre la mesada pensional adicional.

Concluye en relación a los otros demandantes, que el acto administrativo demandado, en cuanto les negó la suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre y consiguiente devolución de lo descontado por dicho concepto, incurre en falsa motivación, pues persiste en el descuento dispuesto en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, norma derogada tácitamente por el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en virtud del cual el régimen de cotización para salud de los docentes pensionados es similar al régimen de cotización para los demás pensionados del régimen general de pensiones.

4. RECURSO DE APELACIÓN (Fls. 525-528 C. Ppal.)

La *parte actora* impugna la sentencia, sosteniendo que se negaron las pretensiones a la señora CECILIA CARDOZO DE RESTREPO, con el argumento de que el documento aportado para demostrar el descuento, es decir, el desprendible de pago del mes de noviembre de 2015 que obra dentro del expediente no era claro, por lo que no se evidenciaba que se aplicaba un solo descuento con destino a salud.

Precisa que en relación a los descuentos, coexisten dos regímenes en materia de descuentos de pensiones para el sector docente, el especial, contenido en el estatuto docente Ley 91 de 1989 y el general de la Ley 100 de 1993 artículo 142 que contiene la prohibición general de los descuentos a las mesadas adicionales.

Que en los ingresos textualmente aparece: mesada pensional (\$1.478.552) y reajuste pensional (\$1.478.552) y como egresos: aporte de Ley (\$177.431) y banco popular (\$471.339).

Consigna que para el mes de noviembre en el cual se paga como es habitual las mesadas adicionales a los docentes pensionados, se encuentra una sola mesada, la adicional y el otro ingreso corresponde a un reajuste pensional al cual no se le hace ningún descuento.

Agrega que en la audiencia llevada a cabo el 22 de noviembre de 2018, el apoderado de las demandadas respondió a la pregunta realizada por la Juez de que si se realizaban o no, descuentos en las mesadas adicionales de los demandados, respondiendo afirmativamente y abiertamente con un “SI” dando como hecho cierto que si se realizaban los descuentos sobre las mesadas adicionales de todos los demandantes en el proceso de la referencia, razón suficiente para acceder a las súplicas de la demanda de la señora CECILIA CARDOZO DE RESTREPO en aplicación del artículo 193 del CGP que trata sobre la confesión por apoderado judicial.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA. (fls. 15
C. 2 instancia)

La parte demandante y la parte demandada guardaron silencio. El Ministerio Público no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO:

Como el *a quo* accedió a las súplicas de los demandantes, excepto a las de la docente CECILIA CARDOZO DE RESTREPO y esta recurre la decisión para que se extienda los efectos a su caso, la Sala debe resolver *¿si está afectado de nulidad el oficio No. 2017RE3652 del 6 de abril de 2017, por medio del cual la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO le negó a la demandante CECILIA CARDOZO DE RESTREPO la cesación y devolución de los aportes de salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLES.

Conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están obligados a realizar aportes para salud sobre cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, así:

“Artículo 8º. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

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

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

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia y en el artículo 204, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, señaló que la cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del 1º de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo; que la

cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4% y que las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en 0,5%, a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo, que el 0,5% adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual solo será incrementado por el Gobierno Nacional en 0,5%.

Sin embargo, mediante Ley 1250 de 2008, se adicionó un inciso y se precisó que esta cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso que esta normativa no se aplicaría, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989; sin embargo, la Ley 812 de 2003 dispuso que los afiliados a este Fondo, realizarían aportes para salud y pensión, en la forma establecida en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

“Artículo 81. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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. (...)” (Subrayado fuera del texto).

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004 y consideró que la cotización a salud y pensión de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio, corresponde a la suma de aportes que establezca la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, sin excepción; porque la norma no hizo distinción alguna, pues incluyó a todos los afiliados al Fondo y sin consideración a la denominación de la pensión.

Asimismo, el sistema de aportes por el servicio de salud de este grupo de trabajadores aparece regulado en el Parágrafo Transitorio 1º de Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto remite al Art. 81 de la Ley 812 de 2003, así:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada Ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las Leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.” (...)

Del anterior marco normativo, la Sala encuentra que todos los pensionados tienen la obligación de cotizar para el Sistema General en Salud, incluso quienes ostentan la calidad de afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual actualmente está previsto en la Ley 100 de 1993, siendo una de las obligaciones de todos los afiliados y usuarios justamente efectuar las cotizaciones o aportes como medio de sostenibilidad y de financiación del sistema, tal como lo prevé el Artículo 161 Ley 100 de 1993 y el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados.

Del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, se desprende que el valor total de la tasa de cotización que les corresponde efectuar a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, pues allí se indica que se mantiene la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores y que esa distribución la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Por tanto, es claro para la Sala que a partir de la entrada en vigencia de esta norma, los docentes que perciban pensión deben aportar para salud en la misma proporción estimada para los jubilados bajo el régimen general, la cual está estimada en un 12%, conforme lo prevé el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, sin que se entienda que tal aporte se modificó al entrar en vigencia dicha Ley 812 de 2003, como quiera que la disposición

relacionada con el sistema de seguridad social integral no los excluyó.

Sobre este tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 11 de marzo de 2010, señaló que *“En el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales”*¹.

Por último, el Consejo de Estado ha negado algunas acciones de tutela en las que se pretendía que se dejara sin efectos la sentencia que negó la cesación de los descuentos destinados a salud en las mesadas adicionales para los pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el siguiente argumento:

*“...observa la Sala que el Tribunal accionado expuso las razones por las cuales no accedió a las pretensiones del accionante en cuanto a los descuentos por conceptos de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre de acuerdo con la normativa aplicable al caso, lo que no supone per se una afectación de los derechos fundamentales cuya protección se invoca, pues, como quedó precisado en líneas anteriores, se trata de un asunto en el que existe divergencia en las decisiones de los diferentes Tribunales Administrativos del país, razón por la cual, esta Sala considera que la providencia cuestionada es razonable en tanto el fundamento de la decisión tuvo como parámetro el marco normativo vigente sobre la materia. (...). La razón de su decisión se centró en indicar que los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales del actor por concepto de salud están autorizados por la Ley y atienden el principio de solidaridad en el sistema de salud, al señalar que la norma aplicable era el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, que establece la obligación de descontar a los docentes ese porcentaje aún sobre las mesadas adicionales.”*²

En resumen: conforme a la Ley 91 de 1989, es viable efectuar el descuento de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre, debido a que tal normativa no distingue ni elimina este deber de cotización para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, se previó efectuar los descuentos para aportes en salud de quienes ostenten esta calidad de afiliados a tal Fondo, conforme a lo previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, con un monto igual al 12%.

3. EL CASO EN CONCRETO

¹ C.P. William Zambrano Cetina (E). radicado No. 1100103060002010000900 (1.988)

² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 14 de junio de 2018. C.P.: Stella Jeannette Carvajal Basto. Rad.: 11001-03-15-000-2017-02909-01(AC). En igual sentido, Sección Cuarta. sentencia de 16 de diciembre de 2015, exp. 2015-02164-00; **Sección Quinta. Sentencia del 25 de mayo de 2017. C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.** Rad.: 11001-03-15-000-2017-01066-00(AC) y Sección Segunda. Subsección B. sentencia del 6 de marzo de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 11001-03-15-000-2017-03147-00(AC).

El *a quo* concluyó que el acto administrativo demandado, en cuanto negó a los demandantes la suspensión del descuento para salud sobre la mesada adicional de junio y diciembre y consiguiente devolución de lo descontado por dicho concepto, incurre en falsa motivación, pues persiste en el descuento dispuesto en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, norma derogada tácitamente por el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en virtud del cual el régimen de cotización para salud de los docentes pensionados es similar al régimen de cotización para los demás pensionados del régimen general de pensiones.

El recurso de apelación que nos ocupa fue instaurado por una de las demandantes, la señora CECILIA CARDOZO DE RESTREPO, reclamando que también tiene derecho a que le sean suspendidos los descuentos en salud que se le viene efectuando sobre sus mesadas adicionales, pues en el proceso demostró que se le vienen haciendo tales retenciones con destino a salud, evidenciado con el desprendible de pago del mes de noviembre de 2015 que obra en el expediente.

Pese a que conforme la postura que ha venido exponiendo esta Sala de Decisión, no sería procedente anular el acto acusado y ordenar la cesación y reintegro de los descuentos que para aportes en salud viene efectuando la entidad demandada a las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre que actualmente perciben los actores, pues conforme al marco legal y jurisprudencial citado, los docentes pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, si están obligados a cotizar sobre todas las mesadas pensionales al sistema de salud que administra dicho Fondo, al no ser recurrida la sentencia en este sentido por la entidad demandada, la Sala se abstendrá de modificarla y se dedicará a resolver la apelación propuesta.

En cuanto al recurso interpuesto por la señora CECILIA CARDOZO DE RESTREPO, como quiera que el juez de segunda instancia tiene limitada su competencia funcional no solo en virtud del principio de la non reformatio in pejus, sino además por los motivos de inconformidad expresados por el recurrente respecto de la providencia objeto de censura, es por ello que no basta con la mera interposición del recurso, ya que se requiere la debida sustentación y discutir las razones por las cuales debe ser revocada la decisión.

Delimitado el objeto del recurso de apelación, se tienen acreditados los siguientes supuestos fácticos en el caso de la demandante CECILIA CARDOZO DE RESTREPO:

- ✓ Mediante Resolución No. 354 del 22 de abril de 2008, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Secretaría de Educación Departamental del Huila, reconoció a la señora CECILIA CARDOZO DE RESTREPO, una pensión vitalicia de jubilación, por el valor mensual de \$975.068, a partir del 18 de febrero de 2007, como docente de vinculación nacionalizado del sistema general de participaciones. (fls. 19-21)
- ✓ La señora CECILIA CARDOZO DE RESTREPO y otros, mediante solicitud radicada bajo el número 2017PQR7643 del 16 de marzo de 2017, reclamó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Secretaría de Educación Departamental del Huila, la solicitud de suspensión y reembolso de los descuentos de salud de la pensión de jubilación a las mesadas adicionales de julio y diciembre. (fls. 153-156)
- ✓ El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Secretaría de Educación Departamental del Huila, mediante el oficio 2017RE3652 niega la solicitud de suspensión y reembolso de los descuentos de salud de la pensión de jubilación a las mesadas adicionales de julio y diciembre, a la señora CECILIA CARDOZO DE RESTREPO y otros. (fls. 11-12)
- ✓ El comprobante de la Fiduprevisora, del 30 de noviembre de 2015 allegado con la demanda, beneficiaria CECILIA CARDOZO DE RESTREPO, establece los siguientes conceptos y valores (fl. 22):

CONCEPTO	VALOR	
	PAGOS	DESCUENTOS
Mesada adicional	\$1.478.592.00	\$0.00
Reajuste pensional	\$1.478.592.00	\$0.00
Aporte de Ley	\$0.00	\$177.431.00
Banco popular	\$0.00	\$471.339.00
Valor total pagado		\$2.308.414.00

Valorados estos elementos probatorios, encuentra la Sala, que como acertadamente lo expuso el a quo, respecto de la señora CECILIA CARDOZO DE RESTREPO, no se aportó al proceso la prueba que demostrara que sobre sus mesadas adicionales se realizaran descuentos para aportes en salud.

Se resalta que la parte demandante e interesada, es quien tiene la carga de probar los supuestos de hecho que sustentan sus pretensiones, tal como se deduce del régimen probatorio previsto en el artículo 311 del CPACA, que remite al 167 del Código General del Proceso que atribuye en lo concerniente a la carga de la prueba que la parte debe “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella

*persiguen” y el proceso se encuentra huérfano de elementos de prueba que indique que a la demandante CECILIA CARDOZO DE RESTREPO **se le realizaron los descuentos por aportes a salud en sus mesadas adicionales**, falencia que no le es dable suplir al juzgador, quien debe propender por el equilibrio del proceso y la lealtad procesal.*

El Consejo de Estado tiene determinado que el contenido de la carga de la prueba impone a su destinatario la necesidad de acreditar las afirmaciones con base en las cuales sus intereses, como parte procesal, estarían llamados a prosperar³:

“Lo primero que debe señalarse, es que el hecho de que este principio procesal se enmarque en la categoría de carga, implica que se trata de una situación en la que, por mandato legal, se exige la realización de determinada conducta, normalmente en interés de la parte a la que se le impone la carga, so pena de sufrir una consecuencia desfavorable en materia procesal que, según el caso, puede llegar a tener una amplísima transcendencia en lo sustancial. En otras palabras, aunque el cumplimiento de la carga es facultativo ya que no puede ser exigido por ninguno de los sujetos procesales, su no satisfacción supone, para la parte a quien correspondía, asumir los efectos negativos de su omisión.

En materia probatoria, el contenido de la carga impone a su destinatario la necesidad de acreditar las afirmaciones con base en las cuales sus intereses, como parte procesal, estarían llamados a prosperar. Lo anterior, se proyecta de tres formas: la primera de ellas, conlleva a que la parte demandante deba ofrecer prueba de los hechos en que funda sus pretensiones; la segunda, a que la parte demandada deba acreditar los hechos en que basa los medios exceptivos que propone y, por último, a que, si el demandante no acredita los elementos fácticos que soportan su petitum, la parte demandada debe ser absuelta. (...)

A modo de conclusión, es posible afirmar que, en uno y otro estatuto procesal la regla probatoria general está dada por el onus probandi, conforme al cual «[...] Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]» y como excepción a dicha regla se encuentra, además de los hechos notorios y de las afirmaciones o negaciones indefinidas, la carga dinámica de la prueba para aquellos eventos en que el juez, analizando caso a caso la posición en que se encuentran las partes respecto de la capacidad probatoria que poseen, reasigna dicha carga.”

Por lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, al no probarse que a la demandante CECILIA CARDOZO DE RESTREPO se le realizaron los descuentos por aportes a salud en sus mesadas adicionales de junio y diciembre, carga de la prueba que tenía que suplir la parte actora e interesada y que no fue satisfecha en el proceso.

4. CONDENA EN COSTAS

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, CP: William Hernández Gómez, 3 de agosto de 2017, radicación: 73001-23-31-000-2012-00-365-01 (1162-14).

En cuanto a las costas⁴, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P.; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y pasando a un criterio objetivo-valorativo.

En recientes decisiones, el Consejo de Estado precisó que tal condena solo procede en cuanto aparezcan probados los gastos en que incurre la parte vencedora del proceso.⁵

En el caso examinado, en esta instancia no habrá condena en costas para la parte actora, pues no existe prueba de gastos o expensas en que hubiere incurrido la entidad demandada, atendiendo los criterios antes señalados y lo previsto en el artículo 365 numerales 5 y 8 del CGP.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Neiva, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: SIN condena en costas en esta instancia.

⁴ Estas erogaciones económicas son aquellos 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).

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2018. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019.** C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160)



TERCERO: En firme esta providencia, remítase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Magistrado Ponente

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Magistrada

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA

Magistrado