



**REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE DUITAMA**

Duitama, treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho (Laboral)

Radicación número: 15238-33-33-001-2013-00447-00

Demandante: Gladys Fajardo Grimaldos

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Fiduprevisora S.A.

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del presente proceso.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Fue presentada el día 13 de diciembre de 2013, por la señora Gladys Fajardo Grimaldos, a través de apoderado judicial contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Fiduciaria La Previsora S.A.

1.1. Pretensiones:

Las pretensiones de la demanda se resumen así:

1) Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 364 de 2008, a través de la cual la entidad accionada, a través de la Secretaría de Educación de Duitama, reconoció a la demandante pensión de invalidez y ordenó el descuento sobre cada mesada pensional para efectos de la prestación del servicio médico asistencial.

2) Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo de la petición presentada por la demandante ante la entidad accionada, el 17 de abril de 2013, solicitando lo siguiente: i) El pago de la mesada adicional a que se refiere el artículo 15 numeral 2º, literal a) de la Ley 91 de 1989; ii) Mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993; iii) La devolución del descuento para salud sobre las mesadas adicionales; y iv) La devolución de los valores descontados por concepto de descuentos para salud sobre las mesadas adicionales, a partir del 04 de septiembre de 2008.

3) A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año en los términos de la Ley 91 de 1989, así como al pago de las mesadas adicionales a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dejadas de pagar desde la adquisición del status pensional hasta la fecha; así mismo, a suspender los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y a la devolución de los mismos, efectuados desde la adquisición del status pensional hasta la fecha.

4) Que se condene a la accionada al pago de los valores adeudados debidamente indexados.

1.2. Hechos

Se resumen en la siguiente forma:

- 1) Mediante Rescisión No. 364 de 2008, la entidad accionada reconoció a la demandante pensión de invalidez, a partir del 04 de septiembre de 2008.
- 2) La resolución precitada no precisó el número de mesadas pensionales a que tiene derecho cada año la accionada; sin embargo, desde que adquirió el status pensional ha recibido 13 mesadas, es decir, sólo una adicional en el mes de noviembre de cada año, pero no le han sido reconocidas las mesadas pensionales previstas en los artículos 15 numeral 2º, literal a) de la Ley 91 de 1989 y 142 de la Ley 100 de 1993.
- 3) Desde la adquisición del status pensional, a la accionante le han descontado el 12% sobre las mesadas pensionales recibidas, produciéndose un doble descuento en el mes de noviembre.
- 4) La accionante ha radicado sendas peticiones ante la entidad demandada, solicitando el pago de las mesadas adicionales dejadas de pagar, así como la suspensión y devolución de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales, sin que la accionada haya emitido respuesta a las mismas.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

-Artículos 1, 2, 3, 4, 29 y 48 de la Carta Política.
-Artículo 7º Ley 4ª de 1976; artículo 5º de la Ley 42 de 1982; artículos 142 y 279 Ley 100 de 1993; artículo 15, literal a) de la Ley 91 de 1989; y artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Para justificar el concepto de violación de tales normas, la demandante sostiene que le asiste derecho al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales reclamadas, por reunir los requisitos señalados en la normatividad que las consagra. Así mismo, a que no se practiquen los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales y a que le devuelvan los efectuados sobre las mismas desde la adquisición del status pensional de la accionante.

2. LA DEFENSA

La Nación-Ministerio de Educación Nacional - FNPSM, a pesar de haber contestado la demanda, lo hizo en forma errada, por cuanto los argumentos esgrimidos no corresponden al tema tratado en el sub examine.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no hicieron uso de esta oportunidad procesal, al tiempo que el Ministerio Público tampoco rindió concepto en el presente proceso.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 03 de abril de 2014 se admitió la demanda. A través de providencia del 31 de octubre de 2014 se fijó fecha para la audiencia inicial, la que tuvo lugar el día 22 de abril de 2015. La audiencia de pruebas se realizó el 02 de junio de 2015, en la cual se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se les corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito. El proceso entró al Despacho para fallo el día 08 de julio de 2015.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Para la solución del sub examine, el Despacho encuentra que debe responder dos problemas jurídicos: i) Si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada pensional adicional del mes de junio o mesada 14; y ii) Si procede la suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales y la devolución de los descuentos efectuados por dicho concepto sobre las mesadas canceladas a la accionante.

2. TESIS:

El Despacho sostendrá la tesis que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional del mes de junio o mesada 14, al tiempo que no es procedente la suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales, ni la devolución del monto de los descuentos efectuados durante el pago de las mismas.

3. PREMISAS JURÍDICAS:

3.1. La mesada adicional del mes de junio o mesada 14:

La Ley 100 de 1993 en su artículo 142, creó una mesada adicional que se le ha conocido como la mesada 14, la cual recibirían los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, que se reconocía por un monto de 30 días de la pensión que le correspondía y se cancelaba con la mesada del mes de junio de cada año.

En ese orden, al ser la mesada adicional creada por el artículo 142 ibídem, un beneficio del sistema general de pensiones, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma Ley 100 de 1993.

Posteriormente, la Corte Constitucional¹ al analizar lo anterior, con base en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encargado de pagar las prestaciones sociales y los servicios médico-asistenciales a los docentes afiliados, encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al Fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria, pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados, de manera que la excepción del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Por su parte, la Ley 238 de 1995, que le adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, precisó que los sectores de Ecopetrol y del Magisterio, exceptuados del Sistema General de Pensiones, tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley, pero sin modificar su propio régimen especial. El texto adicionado fue el siguiente:

"Párrafo 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".

Sin embargo, el Acto Legislativo N° 01 de 2005, en su artículo 1º, inciso 8º y párrafo transitorio No. 6, definió la suerte de la mesada 14 y estableció expresamente lo siguiente:

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

¹ Sentencia C-409 de 1994; M. P. Hernando Herrera Vergara.

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De la disposición constitucional precitada se concluye: i) Que continuarían recibiendo la mesada 14 quienes al momento de publicación del acto legislativo (29 de julio de 2005) estaban pensionados; ii) Que también la recibirían quienes aún no se hubieran pensionado, pero que su derecho se causó o se hubiere causado antes del 25 de julio de 2005, es decir, que cumplieren con todos los requisitos para pensionarse, pero aún no se hubiere efectuado el reconocimiento; iii) También la recibirían los pensionados cuyo derecho se cause antes del 31 de julio de 2011, siempre que su mesada pensional no supere los 3 SMLMV; iv) Las personas que adquieran el derecho de pensión después del 31 de julio de 2011 sólo recibirán 13 mesadas independientemente del valor de la mesada.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de fecha 22 de noviembre de 2012, Radicación No. 1.857, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, sobre este tema manifestó:

"De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención."

3.2. Los descuentos para salud de las mesadas pensionales adicionales:

De acuerdo con el Sistema de Seguridad Social en Salud creado por la Ley 100 de 1993, los descuentos con destino a salud sobre salarios, cotizantes independientes y mesadas pensionales sin importar su naturaleza jurídica, tienen dos propósitos esenciales: i) regular el servicio público esencial de salud, y ii) establecer las condiciones de acceso de toda la comunidad al servicio en todos los niveles de atención (artículo 152 Ley 100 de 1993), esto en aplicación del principio de solidaridad por parte de la colectividad para contribuir a su financiación, conforme a la capacidad económica del participante y de esta manera, poder recibir atención básica integral en salud como una contraprestación².

² Consejo de Estado – Sección Segunda- C.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 19 de mayo de 2005, Rad. 3165-02.

Así las cosas, al tenor de lo previsto en el numeral 5º de los artículos 155 y 157 de la Ley 100 de 1993, dicho sistema está integrado por los empleadores, los trabajadores y los pensionados, siendo partícipes de dicho servicio, en su condición de afiliados al Sistema de Seguridad Social bajo el régimen contributivo³, entre otros, los pensionados.

Aunado a lo anterior, el régimen contributivo se creó como un mecanismo para asegurar el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyos afiliados, esto es, asalariados, servidores públicos, pensionados y trabajadores independientes con capacidad de pago, deben aportar al sistema por conducto de la respectiva entidad promotora de salud (EPS), el doce por ciento (12%) de su salario o de sus ingresos, garantizando así la cobertura del plan obligatorio de salud (POS), ya sea para el afiliado o sus beneficiarios. Conforme a los artículos 204 y 280 *ibidem*⁴, tanto el monto como la distribución de las cotizaciones resulta obligatoria para todos los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, esto es, inclusive para los beneficiarios de pensión gracia, porque las normas en cita no distinguen entre régimen especial y ordinario de pensión de jubilación.

Por otro lado, el artículo 26 del Decreto 806 de 1998, señala que los pensionados tanto del sector público como privado, son afiliados al régimen contributivo y deben pagar obligatoriamente una cotización mensual con base en el ingreso base que se tiene en cuenta para la aplicación del porcentaje del aporte y el artículo 52 *ibidem* prevé que, cuando se reciba pensión de más de una administradora de pensiones, se cotizará sobre la totalidad de los ingresos. A su turno, el Decreto 1703 de 2002, que regula el pago de aportes al sistema, incluye los regímenes excepcionados y especiales.

Así mismo, frente a los afiliados a regímenes de excepción y, con el fin de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, el Artículo 14 del Decreto 1703 del 02 de agosto de 2002⁵, previó que cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga ingresos adicionales sobre los cuales deba cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, es su empleador o administrador de pensiones quien debe direccionar la cotización al FOSYGA.

Todo lo anterior lleva a concluir que los aportes de solidaridad tanto para el sistema de seguridad social en salud como en pensiones, consagrados en los artículos 27 y 204 *ibidem*, son obligatorios sin ninguna excepción, en orden a cumplir la finalidad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud, esto es, garantizar los derechos irrenunciables de la persona, a fin de lograr una calidad de vida acorde con su dignidad humana, a través del amparo de las contingencias que puedan afectarla y que ampara el sistema de seguridad social

³ Se define como "un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador" (artículo 202 de la Ley 100 de 1993).

⁴ "Artículo 280 Ley 100 de 1993: Los aportes para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones consagrados en los artículos 27 y 204 de esta Ley, serán obligatorios en todos los casos y sin excepciones. Su obligatoriedad rige, a partir del 1o. de abril de 1994, en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

En consecuencia, a partir del 1º de abril de 1994 el aporte en salud pasará del 7 al 8 % y cuando se preste la cobertura familiar, el punto de cotización para solidaridad estará incluido, en todo caso, en la cotización máxima del 12%." (Subrayas de la Sala).

⁵ "Artículo 14 del Decreto 1703 de 2 de agosto de 2002 RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

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

colombiano, sin dejar de lado que tal servicio público, se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Finalmente, resulta de importancia destacar que la Corte Constitucional, en sentencia T-546-14⁶, luego de revisar el precedente en el tema objeto de estudio, reiteró su posición indicando que "...*todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución*".

4. SOLUCIÓN DEL PRESENTE CASO:

4.1. Frente a la mesada adicional del mes de junio o mesada 14:

De la normatividad aplicable y de la cita jurisprudencial traída al caso, el Despacho encuentra que son dos los presupuestos básicos que se deben establecer para responder el problema jurídico planteado, esto es, si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o mesada 14: i) Si la accionante adquirió el status de pensionada dentro del término establecido por parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005; y ii) Si el monto de la mesada pensional de la accionante es igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del reconocimiento de la pensión de invalidez.

Las respuestas a los anteriores interrogantes se encuentran en la prueba documental arrojada al proceso, en especial de la Resolución No. 364 del 28 de noviembre de 2008 (fls.16-17), a través de la cual la entidad accionada le reconoció la pensión de invalidez a la demandante, acto administrativo que informa que la señora GLADYS FAJARDO GRIMALDOS adquirió el status de pensionado el 04 de septiembre de 2008, lo que significa que el primer requisito está satisfecho, puesto que el parágrafo 6º señaló que para acceder a dicha mesada adicional el cumplimiento del status de pensionado se debía cumplir entre la fecha de publicación del acto legislativo (25 de julio de 2005) y el 31 de julio de 2011.

En relación con el segundo presupuesto, del mismo acto administrativo de reconocimiento de la pensión, se puede establecer que para el año 2008, el monto de la pensión de la accionante correspondió a la suma de **\$2.457.243**, suma que es superior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se tiene en cuenta que para el año 2008 el salario mínimo legal mensual alcanzó la cifra de \$461.500, por lo que, para que la demandante tuviera derecho a la mesada 14, su mesada pensional debió ser igual o inferior a la suma de \$1.384.500. Circunstancia que permite concluir que la demandante no cumple con el segundo presupuesto y por ende no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional del mes de junio o mesada 14. Así mismo, cabe advertir que la mesada 13 o del mes de noviembre viene siendo reconocida por la entidad demandada a la accionante, tal como se desprende de la certificación expedida por el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio visible a folios 108 y 109.

3.2. Respecto de los descuentos para salud de las mesadas pensionales adicionales:

De acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia traída a colación, no se configura la vulneración de las normas aducidas por la accionante, puesto que los descuentos para salud sobre las mesadas pensionales pertenecen al FOSYGA, en aplicación del principio constitucional de solidaridad que gobierna el Sistema General de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993, contexto dentro del cual la suspensión de tales descuentos o su devolución es improcedente.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia del 21 de julio de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Finalmente, se advierte que a folios 110 a 115 del expediente obra renuncia presentada por la abogada Nancy Stella Rodríguez al poder conferido por la Nación-Ministerio de Educación - FNPSM, la cual cumple con los requisitos del inciso 4º artículo 76 C.G.P., por lo que será aceptada por este Despacho.

4. COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante, para cuya liquidación se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso. Atendiendo el Acuerdo 1887 de 2003⁷, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 8% del valor de las pretensiones negadas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por Gladys Fajardo Grimaldos contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Fiduciaria La Previsora S.A.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fija como agencias en derecho el 8% del valor de las pretensiones negadas.

TERCERO: En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previa liquidación de los gastos ordinarios del proceso, si a ello hubiere lugar.

CUARTO: Aceptar la renuncia presentada por la abogada Nancy Stella Rodríguez al poder conferido por la Nación-Ministerio de Educación - FNPSM.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE

RONALD CASTELLAR ARRIETA

Juez

ap

⁷ "3.1.2. Primera Instancia. (...)

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."