



MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 25269-33-33-001-2019-00246-00
ACCIONANTE: CARMEN ROSA URREA DE LARGO
ACCIONADO: NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
ASUNTO: AUTO RECHAZA DEMANDA

Facatativá, veintiséis (26) de octubre de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO A RESOLVER

Se encuentra al Despacho, para resolver sobre su admisión, la demanda interpuesta por CARMEN ROSA URREA DE LARGO a través de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (L. 1437/2011), en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

No obstante, revisado su contenido, se advierte la configuración de la causal de rechazo prevista en el num. 3° del artículo 169 de la L.1437/2011; por lo que se procederá con el rechazo de la demanda.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Lo que se demanda

Mediante escrito radicado el 18 de octubre de 2019 (fls. 1-14), la accionante formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad del oficio No. 20191072055441 del 06 de Septiembre de 2019, mediante el cual se decidió de manera negativa la solicitud radicada el 13 de Junio de 2019, dirigida a la Secretaria de Educación de Cundinamarca, en representación de LA NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en la cual se solicitaba la suspensión y reintegro del descuento que se efectúa sobre las mesada adicional de diciembre, con destino al régimen contributivo de salud.

SEGUNDA: Que como consecuencia del anterior pronunciamiento se disponga por ese Despacho que LA NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y/O LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., suspenda la totalidad del descuento que ese efectúa a la mesada adicional de diciembre, como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a la pensión de Jubilación reconocido a la señora **CARMEN ROSA URREA DE LARGO**, mediante Resolución No. 2130 del 11 de Septiembre de 2007.

TERCERA: Que LA NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y/O LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., reintegre de forma indexada, a la señora **CARMEN ROSA URREA DE LARGO**, la totalidad de los descuentos que se han efectuado sobre la mesada adicional de diciembre, como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a la pensión de Jubilación.

CUARTA: Que se condene a LA NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y/O LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a reconocer y pagar los intereses moratorios máximos legales, causados por el no pago completo de las mesadas adicional de diciembre.

QUINTA: Que LA NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y/O LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., dé cumplimiento a las disposiciones del fallo que ese despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTA: Condenar al demandado a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término dispuesto en el Inciso 2° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pague intereses moratorios conforme a lo dispuesto en el Inciso 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” [Sic.]

2.2. Tesis del Despacho

El Despacho sostendrá que en el presente asunto se configura la causal de rechazo prevista en el num. 3° del artículo 169 de la L.1437/2011, puesto que el Oficio n.º 20191072055441 del 6 de septiembre de 2019 no es susceptible de control judicial.

2.2.1. Esquema metodológico para respaldar la tesis

En efecto, para sustentar la tesis planteada, el Juzgado desarrollará, en su orden, las siguientes premisas: **(i)** analizará lo atinente al control judicial de los actos de la administración, **(ii)** expondrá las funciones de la Fiduciaria La Previsora, por último, **(iii)** señalará las razones para considerar que, en el presente asunto, se encuentra configurada la causal de rechazo *ejusdem*.

a. Control judicial de los actos administrativos

Con el propósito de establecer los actos susceptibles de control judicial, el artículo 43 de la L.1437/2011 se encargó de definir los actos definitivos como aquellos *que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*.

El Consejo de Estado¹ indicó:

“De acuerdo con estos lineamientos jurisprudenciales, **sólo aquellas decisiones proferidas por la Administración en ejercicio de sus funciones**, producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos que hacen imposible continuar con dicha actuación, en tanto afectan derechos o intereses, impongan cargas, obligaciones o sanciones o incidan en situaciones jurídicas, son susceptibles de control de legalidad, lo que significa que los actos de trámite se encuentran excluidos de dicho control, en tanto no deciden el fondo de la actuación administrativa ni ponen fin a la misma.”

De esta forma, en un primer momento se puede afirmar que los actos administrativos susceptibles de control judicial son aquellos de carácter definitivo, es decir, aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica, y los actos de trámite que no hacen posible continuar con la actuación.

Aunado a lo anterior, el acto expedido con el propósito de dar cumplimiento a las decisiones emitidas por los jueces o entidades administrativas es objeto de control judicial excepcionalmente *“cuando la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez, y crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre el Estado y el particular que no fue objeto de debate judicial.”*²

En consecuencia, para la procedencia del control jurisdiccional resulta menester que el acto en cuestión sea un acto administrativo que, expedido por la administración en ejercicio de sus funciones, revista la característica de ser un acto definitivo o, excepcionalmente, uno de trámite que impide continuar con la actuación administrativa.

b. Las funciones de la Fiduciaria La Previsora

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989³, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los siguientes términos:

“Artículo 3. Créase 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 serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley** y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato

¹ CE, Sentencia de 16 de agosto de 2018, O. Giraldo

² CE, Sentencia de 1 de marzo de 2018, R. Suárez

³ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional” (Negrilla extratexto)

Con el propósito de cumplir lo establecido por la mencionada ley y lo señalado por el Decreto n.º 632 de 1990⁴, la Nación – Ministerio de Educación Nacional celebró contrato de fiducia mercantil con la Fiduciaria La Previsora que consta en escritura pública n.º 0083 de 21 de junio de 1990 otorgada ante la Notaría 44 de Bogotá.

En relación con los oficios emanados de la Fiduprevisora, debe tenerse en cuenta que, **(i)** la L.91/1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, consagró que los recursos de dicha entidad serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta; así mismo, el artículo 9º de la precitada ley, dispuso que las prestaciones sociales que le corresponde pagar al Fondo, serían reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional a través de las entidades territoriales.

Ahora bien, el D.2831/2005⁵ indicó que una de las funciones de las Secretarías de Educación era la elaboración y remisión del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del FOMAG.

El Ministerio de Educación celebró contrato de fiducia mercantil sobre los recursos que integran el FOMAG, en dicho contrato se estipuló que una de las obligaciones del Fideicomitente era reconocer las prestaciones sociales que pagara el fondo; mientras que compete a la Fiduciaria cancelar con los recursos dados en fiducia las prestaciones que conforme a la L.91/1989 deba cancelar el FOMAG al personal docente nacional y nacionalizado.

Conforme a lo anterior, se entiende que la Fiduciaria La Previsora, es la encargada de administrar los recursos del FOMAG y de pagar las prestaciones sociales que sean reconocidas por esta entidad y las Secretarías de Educación, lo cual no implica que tenga la facultad para proferir actos administrativos resolviendo las peticiones presentadas por los docentes en el marco de esa regulación; es decir, ni la normativa que regula la materia, ni mucho menos el contrato de fiducia, dispusieron una delegación de funciones administrativas a cargo de la Fiduciaria, por lo que mal se haría en admitir que, *de facto*, y por una inveterada costumbre *contra legem* la Fiduprevisora estuviera provista de la facultad para proferir actos administrativos.

Recuérdese, en este punto, que la Ley 489 de 1998⁶ en su artículo 5º señala que: “*Los organismos y entidades administrativos **deberán ejercer con***

⁴ Por el cual se hace una delegación.

⁵ Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones

⁶ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.”

Y el 9º ejusdem, en cuanto a la **Delegación** precisa que “*Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*”

En contexto, la Fiduciaria, solo tiene la facultad para administrar los recursos del FOMAG, más no para resolver las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado, ni mucho menos para expedir actos administrativos mediante los cuales se resuelva una situación jurídica, puesto que es la autoridad pública quien puede proferir actos administrativos y, para el caso que nos ocupa, la Fiduciaria La Previsora, no es propiamente autoridad pública en lo que atañe al cumplimiento de la actividad glosada por la demandante, lo cual trae como consecuencia que el oficio demandando no tenga la categoría de acto administrativo, como se pretende.

Aquella conclusión se sustenta, además, en lo expuesto por el Consejo de Estado⁷, así:

“(..).

28. Ahora bien, debe precisarse que la respuesta dada por la Fiduprevisora S.A. ante la remisión de la petición incoada por el demandante, no puede ser considerada como un acto administrativo definitivo, en la medida que dicho órgano no era el llamado legalmente a ello ni tampoco se pronuncia de fondo en relación con lo solicitado, en la medida que indicó que no era la autoridad competente para resolver la petición, por lo que, el actor debía acudir ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Frente a la decisión del Tribunal de primera instancia señaló:

“(..)

De la lectura del auto inadmisorio de la demanda y del que rechaza la misma, encuentra la Sala que el *aquo* **erró** en señalar y posteriormente insistir, que el acto administrativo enjuiciable en el caso bajo estudio es el expedido por la Fiduprevisora que niega las pretensiones del actor, ello en vista de que el mismo no tiene la calidad de ser discutido en esta jurisdicción.

30. Itera la Sala, que la entidad competente en los asuntos de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías a docentes oficiales es el FOMAG, el cual *prima facie* fue el requerido por el demandante para resolver tal petición. No obstante, en omisión de sus funciones remitió erróneamente a quien no correspondía, configurándose un acto ficto o presunto enjuiciable, tal cual como lo señaló insistentemente la parte actora en el escrito de la demanda, el de subsanación de la misma y el de apelación del auto que la rechazó.”

⁷ CE S2, Auto de 6 de diciembre de 2018 exp. 25000-23-42-000-2015-01147-01(4383-17) MP. S. Ibarra

Bastan esas razones para señalar que el oficio demandado con la pretensión de que se declare nulo, ciertamente, no es susceptible de control judicial.

c. La configuración de la causal de rechazo del num. 3° del artículo 169 de la L.1437/2011

En el artículo 169 de la L.1437/2011, que consagra las causales taxativas de rechazo de la demanda, se encuentra, entre otras, la siguiente:

“ARTÍCULO 169. RECHAZO DE LA DEMANDA. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

(...)

3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.”

En el caso *sub iúdice*, en la primera pretensión, la accionante solicita la nulidad del oficio n.º 20191072055441 del 6 de Septiembre de 2019, expedido por la Fiduprevisora, el cual le informa sobre la imposibilidad de acceder a la petición elevada, señalando que los descuentos por concepto de aportes a salud del 12% sobre las mesadas pensionales se realizaron conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la L.91/1989 y el artículo 204 de la L.100/1993, así mismo, el citado oficio indica que “*no tiene el carácter de acto administrativo por cuanto la Fiduprevisora S.A. no tiene competencia para expedirlos.*”

De lo anterior, se observa que resulta acertada la advertencia de la Fiduprevisora, toda vez que no es la entidad competente para expedir actos administrativos relacionados con el descuento que se efectúa sobre las mesadas adicionales, en tales condiciones y conforme a lo señalado en los acápites anteriores, el citado oficio no es un acto susceptible de control judicial, por lo que se rechazará la demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 169 de la L. 1437/2011.

DECISIÓN JUDICIAL

El suscrito Juez procederá a rechazar las pretensiones de la demanda anunciada en el epígrafe por configurarse la causal de rechazo del num 3° del artículo 169 de la L. 1437/2011

En mérito de lo expuesto, el Juez Primero Administrativo de Facatativá,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por CARMEN ROSA URREA DE LARGO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

SEGUNDO: Ejecutoriado este auto, archívese el expediente, previa devolución de los anexos de la demanda sin necesidad de desglose.

TERCERO: Por Secretaría, déjense las constancias y anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

-Firmado electrónicamente-
MAURICIO LEGARDA NARVÁEZ
JUEZ

-001-I-000

Firmado Por:

ELKIN MAURICIO LEGARDA NARVAEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE FACATATIVA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9d1d21c0dad8855f8b9a6d80a26b22c3131de143cccaa4337c03dd0035efed2f**
Documento generado en 26/10/2020 07:29:01 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>