

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 25269-33-33-001-2019-00287-00
ACCIONANTE: EDGAR ELISERIO TULCÁN YAMA
ACCIONADO: NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
ASUNTO: AUTO RECHAZA

Facatativá, tres (3) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

1. ASUNTO A RESOLVER

Se encuentra al Despacho, para resolver sobre su admisión, la demanda interpuesta por EDGAR ELISERIO TULCÁN YAMA a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de enero 18 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.1437/2011¹; 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. 16-22), el accionante formuló las siguientes pretensiones:

“**Primera:** Se admita la presente demanda, como consecuencia de los antecedentes enunciados inicialmente, por tratarse de descuentos realizados sobre **PRESTACIONES PERIÓDICAS** que pueden ser

¹ Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo

reclamadas en cualquier momento (C.C.A. Art. 164 numeral C), al caso no opera la caducidad de la acción.

Segunda: Se declare la **NULIDAD** por violación de la Ley del oficio numerado **No. 101040202 del 21 de Junio de 2017, bajo el Radicado No. 20170160723831**; por medio del cual **SE NEGÓ** al(a) señor(a) **EDGAR ELISERIO TULCÁN YAMA**, el **REINTEGRO DE LOS DESCUENTOS DEL 12%** o cualquier otro valor **REALIZADOS EN SALUD** sobre la(s) Mesada (s) Adicional (es) de **Junio y/o Diciembre** descontados de su Pensión de Jubilación Reconocida mediante **Resolución No. 0044 del 10 de Enero de 2001**, oficio proferido por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA)**, obrando en calidad de administradora de los recursos del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

Tercero: Como consecuencia de la anterior Nulidad, se condene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, le **REINTEGRE TODOS LOS DESCUENTOS DEL 12%** o cualquier otro valor, descuentos **REALIZADOS EN SALUD** sobre la(s) Mesada (s) Adicional (es) de **Diciembre** descontados de su Pensión de Jubilación del(la) demandante **EDGAR ELISERIO TULCÁN YAMA**, en adelante hasta el pago efectivo de la sentencia, por tanto ordénese el retroactivo respectivo y que en el futuro **NO DEBE CONTINUAR EFECTUÁNDOSE** esta violación al derecho

Cuarta: se ordene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, que partir de la ejecutoria de la sentencia, **NO DEBE CONTINUAR EFECTUÁNDOSE EL DESCUENTO 12%** o cualquier otro valor **EN SALUD** sobre la(s) Mesada(s) Adicional(es) de **Junio y/o Diciembre** descontadas de la Pensión de Jubilación del señor(a) **EDGAR ELISERIO TULCÁN YAMA**

Quinta: Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, para que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante y solicitadas con la presente demanda, le pague las sumas necesarias para hacer los **AJUSTES DE VALOR**, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el Artículo 187 de la ley **1437 de 2011. (Nuevo Código Contencioso Administrativo)**.

Sexta: Se condene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189, 192 de la ley **1437 de 2011 (Nuevo Código Contencioso Administrativo)**, atendiendo la sentencia C-188 del 29 de marzo de 1999, de la honorable Corte Constitucional.

Séptimo: Se condene en **costas** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, conforme al artículo 188 de la ley **1437 de 2011 (Nuevo Código 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.° 101040202 del 21 de junio de 2017 no es susceptible de control judicial.

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 precitada.

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 Estado² indicó al respecto:

“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 pudo 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.”*³

² CE, Sentencia de 16 de agosto de 2018, O. Giraldo

³ CE, Sentencia de 1 de marzo de 2018, R. Suárez

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 1989⁴, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fomag 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 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 1990⁵, 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 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.2831/2005⁶ 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

⁴ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

⁵ Por el cual se hace una delegación

⁶ 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

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 1998⁷ en su artículo 5º señala que: ***“Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con 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 el 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 Estado⁸ así:

“(…).

⁷ 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.

⁸ CE S2, Auto de 6 de diciembre de 2018 exp. 25000-23-42-000-2015-01147-01(4383-17) MP. S. Ibarra

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.”

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 segunda pretensión, el accionante solicita la nulidad del oficio n.º 101040202 del 21 de junio de 2017, 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 adicionales se realizaron conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así mismo, indica que el citado oficio “*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 procederá a rechazar las pretensiones de la demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 169 transcritog.

DECISIÓN JUDICIAL

El suscrito Juez procederá a rechazar 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 EDGAR ELISERIO TULCÁN YAMA 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: **ad185670231c4297c7df90d1397a96cab79e3f2574a64303589abb0f1882519c**
Documento generado en 03/02/2021 10:33:41 AM

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