



133

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**RADICACIÓN No.: 110013335012-2015-00452-00**  
**ACCIONANTE ROSALIA REYES GOMEZ**  
**ACCIONADA: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES EL  
MAGISTERIO**

**AUDIENCIA DE PRUEBAS, ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO**  
**ARTÍCULOS. 181, 182 LEY 1437 DE 2011**  
**ACTA No. 403 – 2018**

En Bogotá D.C. a los veintitrés (23) días del mes de octubre de 2018, siendo las once y media de la mañana (11:30 a.m) la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias No. 25 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

**INTERVINIENTES**

**PARTE DEMANDANTE:** DRA. BLANCA LUCIA CARVAJAL VALERO conforme al poder de sustitución allegado a la diligencia. **Se le reconoce personería jurídica.**

**ENTIDAD DEMANDADA:** DR. CESAR AUGUSTO HINESTROSA ORTEGON **Se le reconoce personería jurídica** teniendo en cuenta el poder arrimado.

No asiste la representante del Ministerio Público.

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del Proceso
2. Estado actual de las pruebas decretadas
2. Alegaciones finales
3. Sentencia

## ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que indiquen si evidencian alguna irregularidad que invalide lo actuado.

**Los argumentos quedan consignados en la videograbación.**

Escuchadas las observaciones de los apoderados, procede el Despacho a realizar el saneamiento en este expediente:

- i. Este Despacho en audiencias anteriores requirió a la parte actora para que aportara al expediente copia de la petición de fecha **21 de diciembre de 2011 con Rad. 2011-234369** por medio de la cual solicitó a la Secretaría de Educación la devolución de los aportes por salud en las mesadas adicionales (Fls. 98, 111)
- ii. El apoderado de la demandante en aras de concretar dicha prueba, allegó al Despacho copia del Oficio No. "S-**2012**-031471" de fecha "16 de febrero de **2011**" expedido por la Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá, en donde se relaciona la referida petición, y se indica además que de la misma se corrió traslado a la Fiduciaria la Previsora S.A (Fl. 107)
- iii. Este Despacho, con fundamento en la respuesta dada por FONPREMAG, advirtió una incongruencia en las fechas, pues resultaba cuestionable que la petición se hubiese radicado en diciembre de 2011 y en la respuesta tuviera fecha anterior, febrero del mismo año, razón por la cual en audiencia del 18 de octubre de 2017 declaró probada la excepción previa de inepta demanda y se dio por terminado este proceso (Fl. 114-116).
- iv. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca con decisión de mayo 24 de 2018, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocó el auto proferido por este Despacho el 18 de octubre de 2017 precisando respecto de la petición lo siguiente (Fl. 125):

*"(...), se deduce que, la accionante sí presentó la reclamación relacionada con la devolución de las sumas por concepto de descuentos de salud realizados a la seguridad social, el día **21 de diciembre de 2011**, como acertadamente se indicó en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y así consta en la copia del Oficio No. S-2012-031471 del 16 de febrero de 2011, (...)"*

En el pie de página No. 1 de la misma providencia el Tribunal aclara:

*"<sup>1</sup> Debe tenerse en cuenta que en el oficio a que se hace referencia, se señaló por error como fecha de expedición del mismo, el 16 de febrero de **2011**, cuando ha debido ser 16 de febrero de **2012**. Lo anterior, habida cuenta que allí se informa*

*respecto de la petición radicada el 21 de diciembre de 2011, lo cual no resulta cronológicamente congruente.”*

Bajo esas condiciones el Despacho se dispone **OBEDECER Y CUMPLIR** lo dispuesto por el Superior, indicando además que la repuesta dada por FONPREMAG mediante oficio No. “S-2012-031471” de fecha “16 de febrero de 2011”, aunado a la imposibilidad de la parte actora para allegar copia de la reclamación de diciembre 21 de 2011, indujo a error que llevó declarar probada la excepción de inepta demanda.

Así pues, este Despacho para la decisión de fondo que se tome, tendrá en cuenta la petición **21 de diciembre de 2011 con Rad. 2011-234369** que radicó la parte actora ante la Secretaría de Educación solicitando la devolución de aportes.

**DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

**ETAPA II: ESTADO ACTUAL DE LAS PRUEBAS DECRETADAS**

Conforme a lo anteriormente expuesto, téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados en el escrito de demanda, en el de contestación de la misma y los decretados por este Despacho en las audiencias anteriores, obrantes en el expediente.

Ahora bien, como quiera que no existen más pruebas que practicar y dada la fijación del litigio (Fl. 97vto) el Despacho no decretará pruebas de oficio.

**DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

**ETAPA III: ALEGACIONES FINALES**

En este punto de la diligencia, procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes, para lo cual se concede un término de intervención máximo de 10 minutos.

Las intervenciones de los apoderados quedan consignadas en videograbación.

**ETAPA IV: FALLO**

**PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde al Despacho determinar si en este caso, es procedente la suspensión y devolución de los descuentos por concepto de salud que se han venido realizando sobre las mesadas adicionales a la demandante.

## CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

### **Sobre los descuentos del 12%**

Frente a los descuentos del 12 % sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes oficiales pensionados existen dos líneas jurisprudenciales.

El Despacho venía considerando que el descuento en las mesadas adicionales era un asunto regulado bajo un régimen especial que no podía haber sido derogado por la aplicación del incremento en el monto del descuento, pues la norma bajo la cual fue dictada es de orden económico y no prestacional. Sin embargo, atendiendo el precedente jurisprudencial mayoritario trazado por el Superior de este Circuito, que de manera permanente revocaba las decisiones así tomadas, modificó su posición.

En este orden de ideas, no hay lugar a hacer descuentos sobre las mesadas adicionales a los docentes regidos por la ley 91 de 1989, por cuanto la disposición que la ordenaba fue derogada, conforme a la siguiente interpretación<sup>1</sup>.

*“En consecuencia, observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contentivo del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no sólo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad normativa”.*

Debe el Despacho señalar que revisados los pronunciamientos más recientes sobre el tema se puede observar que la línea jurisprudencia que niega la pretensión se ha fortalecido, sin embargo, comoquiera que no existe sentencia de unificación, se mantendrá la anterior interpretación en aplicación del principio de favorabilidad que obliga a escoger la más beneficiosa para el empleado en este caso pensionado.

### **En cuanto a la entidad obligada**

Para determinar la legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto, debe precisarse que la Ley 91 de 1989<sup>2</sup>, creó el Fondo Nacional de

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección "A" Id: 978 Número De Radicado: 11001-33-31-017-2008-00182-01. Tipo de Providencia: Sentencia Fecha: 19/04/2012 Ponente: José Ernesto Arciniegas Triana

<sup>2</sup> Artículo 3º.- 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

*Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital, que para el caso, es la Fiduciaria La Previsora S.A., sociedad anónima de economía mixta de carácter indirecto y del orden nacional, con la cual se suscribió el respectivo contrato de fiducia.*

*El contrato celebrado entre la Nación - Ministerio de Educación Nacional con la Fiduciaria La Previsora S.A., contiene las obligaciones que adquiere la Fiduciaria y el cumplimiento de las mismas implican actos de representación del patrimonio autónomo, que corresponden a la Fiduciaria la Previsora S.A, por ende, el pago de derechos ya reconocidos estarán a cargo de esta, mientras que el reconocimiento del derecho, o derivados de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional en virtud de lo previsto en los artículos 5 y 9 de la citada Ley<sup>3</sup>.*

*Como lo ha señalado la jurisprudencia del Superior jerárquico de este Despacho<sup>4</sup>, bajo estos supuestos, cuando lo que se pretende es la devolución de descuentos derivados de aportes a salud por mesadas adicionales, la legitimada es la entidad fiduciaria, esto en virtud del contrato de fiducia celebrado entre la Fiduciaria La Previsora S.A. y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, según el cual la primera se obliga a administrar e invertir los recursos pertenecientes al fondo y realizar los pagos de las pensiones, empero, en el caso de dirigirse únicamente la demanda contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de estar probada la ilegalidad del acto, es procedente ordenar a ésta, para que través de la Fiduprevisora S.A., reintegre las sumas que por concepto de aportes por salud se hubieren efectuado sobre las mesadas adicionales.*

---

*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.*

<sup>3</sup> **Artículo 5°.-** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos: Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

1. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
2. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
3. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
4. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

**Artículo 9°.-** Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

<sup>4</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Sentencia del diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012), M.P DR. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA. Expediente No: 11001-33-31-017-2008-00182-01

## **CASO EN CONCRETO**

Conforme quedó establecido en la etapa de fijación de litigio y en el resumen de pagos expedido por la Fiduprevisora (Fl. 101-102vto), se encuentra que han venido realizándose descuentos para salud en la mesada adicional del mes de diciembre -pagada en el mes de noviembre-, de la pensión de Jubilación que viene percibiendo la actora desde el año 2008.

Así las cosas y de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia, se habrá de declarar la existencia del acto administrativo ficto o presunto respecto de la solicitud de suspensión y devolución de aportes a salud sobre las mesadas adicionales promovida por la parte actora ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación de Bogotá, el día 21 de diciembre de 2011.

En razón a que no existe fundamento legal que permita la realización de dichos descuentos se declarará la consecuente nulidad del acto ficto o presunto por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación de Bogotá, mediante el cual se negó la suspensión y devolución de descuentos a salud sobre mesadas adicionales.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que a través de la Fiduprevisora S.A., suspenda y reintegre las sumas que por concepto de aportes por salud se hubieren efectuado sobre las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de la señora ROSALIA REYES GOMEZ.

## **PRESCRIPCION**

Aunque el derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible, no sucede lo mismo con los descuentos mensuales que de allí se derivan, los cuales se extinguen cuando no son reclamados dentro de tres años siguientes a su reconocimiento; por su parte, la petición interrumpe la prescripción siempre y cuando la demanda se presente en un término máximo de tres años.

Para el presente asunto, el acto de reconocimiento pensional tiene efectos a partir del 10 de abril de 2008 (folio 4), la solicitud de suspensión y reintegro de los dineros descontados por salud se efectuó el **21 de diciembre de 2011** y la demanda fue presentada el 03 de junio de 2015, por tal razón se tendrán por prescritos descuentos causados con antelación al **21 de diciembre de 2008**.

## **CONDENA EN COSTAS**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado<sup>5</sup>, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se

---

<sup>5</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la cual se fijará hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia teniendo en cuenta lo siguiente:

- El proceso buscaba la devolución de los aportes a salud descontados sobre las mesadas adicionales.
- Las pretensiones fueron concedidas en su totalidad.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de las partes, la complejidad que revistió la instancia en este caso y el monto de las pretensiones, **se condenará en costas al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a la parte actora la suma equivalente a 0.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$390.621)**, ya que si bien no hay sentencia de unificación en estos casos, la actuación que ha tenido que adelantar la parte actora amerita que el Estado sea participe de los gastos de agencias en derecho que ha tenido que cubrir.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. DECLARAR** la prescripción de los descuentos realizados en las mesadas adicionales, causados con anterioridad al **21 de diciembre de 2008** y no probadas las restantes exceptivas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DECLARAR** la existencia del silencio administrativo negativo en relación al derecho de petición elevado el 21 de diciembre de 2011 por la

señora ROSALIA REYES GOMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.822.834, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación de Bogotá.

**TERCERO. DECLARAR** la nulidad del acto ficto o presunto surgido de la falta de respuesta de fondo dentro de los términos, a la petición de la señora ROSALIA REYES GOMEZ, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación de Bogotá, mediante el cual se solicitó el reintegro del descuento del 12% que hizo sobre las mesadas pensionales adicionales.

**CUARTO. ORDÉNESE** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que a través de la Fiduciaria la Previsora - FIDUPREVISORA S.A, suspenda los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de la señora ROSALIA REYES GOMEZ.

**QUINTO. CONDÉNESE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que a través de la Fiduciaria la Previsora - FIDUPREVISORA S.A, se efectúe el reintegro a la señora ROSALIA REYES GOMEZ, de los valores correspondientes a los descuentos para salud efectuados sobre la mesadas pensionales adicionales, **a partir del 21 de diciembre de 2008.**

**SEXTO. ORDENAR** se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**SEPTIMO. CONDENAR** en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a la parte actora la suma de 0.5 S.M.M.L.V, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (\$390.621).

**OCTAVO: DISPONER** los remanentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

**NOVENO: COMUNICAR** este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a las partes accionadas.

**DECIMO: EJECUTORIADA** esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

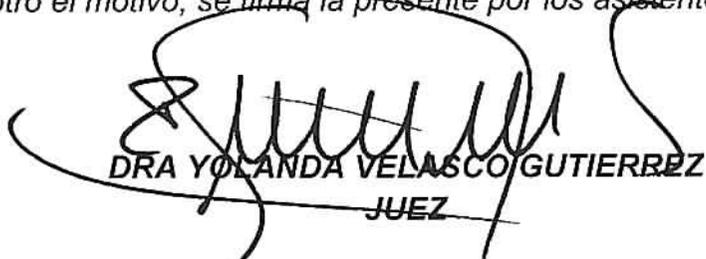
#### **DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los recursos a que haya lugar.

**PARTE ACTORA:** Sin Recursos

**PARTE DEMANDADA:** interpone **RECURSO DE APELACIÓN** y lo sustenta en audiencia.

No siendo otro el motivo, se firma la presente por los asistentes.

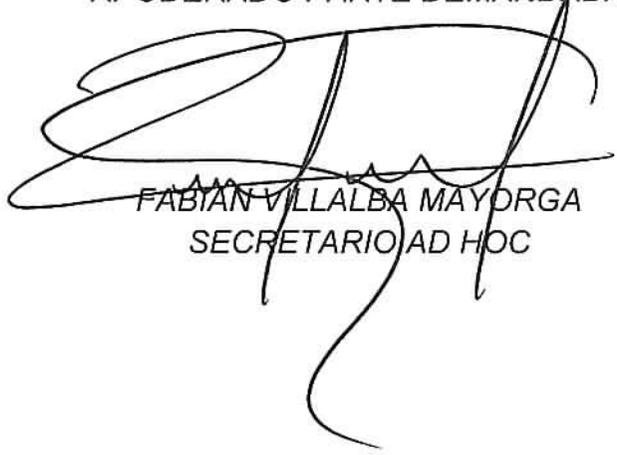


DRA YOLANDA VELASCO GUTIERREZ  
JUEZ



DRA. BLANCA LUCIA CARVAJAL VALERO  
APODERADO PARTE DEMANDANTE

DR. CESAR AUGUSTO HINESTROSA ORTEGON  
APODERADO PARTE DEMANDADA



FABIAN VILLALBA MAYORGA  
SECRETARIO AD HOC