

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO 9° ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación:** 110013335 009 **2018 00397 00**

**Demandante:** Gloria María Garzón Díaz

**Demandados:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y otro

---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

(Admite demanda y rechaza unas pretensiones)

**1. ANTECEDENTES**

**1.1.** La señora **Gloria María Garzón Díaz**, actuando a través de apoderado presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral contra el FOMAG y la Fiduprevisora S.A., en el que formuló dos pretensiones, la primera consistente en declarar la nulidad parcial de la Resolución 8374 del 22 de agosto de 2018 que ajustó la reliquidación de la pensión de jubilación sin incluir todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio (prima especial, prima de servicios y prima de navidad); y por otra la nulidad del acto ficto presunto negativo con respecto a la petición del 24 de noviembre de 2018, sobre el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales (fls.26 a 37).

**1.2.** En providencia del 23 de octubre de 2018, este Despacho decidió inadmitir la demanda, por no haber aportado con la demanda la conciliación prejudicial como requisitos de procedibilidad y la indebida integración del contradictorio con respecto a la pretensión de reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales (fls.39 a 41).

**1.3.** El término de subsanación transcurrió en silencio, por lo que el expediente fue ingresado al Despacho el 06 de diciembre de 2018 (fl.42).

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Asunto a resolver**

El Despacho debe establecer si en el presente asunto, es procedente admitir la demanda con respecto de una de las pretensiones y rechazarla respecto de otras, con ocasión de no haberse subsanado una vez inadmitida, en lo que corresponde al agotamiento del requisito de procedibilidad para acudir a esta jurisdicción y la debida integración del contradictorio.

### **2.2. Solución al caso**

#### **2.2.1. De la admisión de la demanda con respecto a la pretensión de reliquidación de la pensión de jubilación**

El Despacho advierte, que en la pretensión número 1 y 3.1, se solicitó la nulidad parcial de la Resolución 8374 del 22 de agosto de 2018, ajustó la reliquidación de la pensión sin la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, esto es el 08 de abril de 2015 al 07 de abril de 2016, incluyendo además de los ya reconocidos la prima especial, prima de servicios y prima de navidad

A título de restablecimiento del derecho contenido en el numeral 3.1 y 4, solicitó la inclusión de los factores salariales devengados a la pensión de jubilación desde el momento en que se reconoció la pensión.

Una vez verificado que la demanda reúne los requisitos legales establecidos en el artículo 161 y s.s., del CPACA, el Despacho la admitirá sólo con respecto a esta pretensión.

#### **2.2.2 Del rechazo de la demanda por la suspensión y reintegro por los descuentos en salud de la mesada adicional.**

El artículo 161 y s.s. del CPACA consagran una serie de requisitos que debe cumplir la demanda para que pueda ser admitida por el juez competente. Una vez presentada el funcionario al cual le corresponde por reparto, debe revisarla y confirmar el cumplimiento de la totalidad de estos requisitos y de no reunirlos cuenta con la facultad de inadmitirla.

Por su parte, El artículo 170 *ejusdem* dispone que la demanda se inadmitirá cuando carezca de los requisitos señalados en la ley, por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en un plazo de diez días, so pena de rechazo.

El Consejo de Estado<sup>1</sup> expuso que si el actor no hace en oportunidad la corrección, o simplemente no cumple con todo lo ordenado en el auto de inadmisión, el juez debe rechazar la demanda.

El rechazo de la demanda ante esta jurisdicción procede según las siguientes causales:

Artículo 169. Rechazo de la demanda. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

1. Cuando hubiere operado la caducidad.

**2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.**

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

El asunto de la referencia previsto en el numeral 2º del artículo citado es de tal entidad que no permite adelantar el proceso.

El asunto de la referencia se subsume a lo dispuesto el numeral 2º del artículo citado. Si bien el despacho en algunas providencias ha admitido la demanda, a pesar de que la parte no la subsanó<sup>2</sup> o no lo hizo en forma completa<sup>3</sup>; ello procede únicamente cuando el vicio advertido en el auto que inadmitió la demanda no tiene la entidad suficiente como para que el proceso no se pueda tramitar.

**2.2.3.** En el caso *sub judice* se le solicitó a la actora aportará la conciliación prejudicial a fin de verificar que se haya agotado el requisito de procedibilidad exigido para formular la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el numeral 1 del artículo 161 del CPACA.

Así mismo, le indicó que debía integrar correctamente el contradictorio, pues el FOMAG y la Fiduciaria La Previsora S.A., son sólo intermediadoras al cancelar dinero en nombre del Ministerio quien realiza los descuentos, que entrega, por mandato legal, nunca los retiene para sí, ni siquiera tiene una comisión por esa actividad operativa.

Por lo anterior, la parte actora en su escrito de subsanación manifestó que dicho requisito era improcedente en razón a que los derechos que se discuten son ciertos, imprescriptibles e irrenunciables, así como la legitimada por pasiva para actuar por los descuentos en salud es el FOMAG.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de julio de 2010, Rad. 52001-23-31-000-2009-00395-01(38347), CP: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>2</sup> Auto del 22 de agosto de 2017, rad: 11001333500920170000200.

<sup>3</sup> Auto del 22 de agosto de 2017, rad: 11001333500920170004600.

#### **2.2.4. De la obligatoriedad de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad<sup>4</sup>**

De conformidad con el CPACA, se tiene que uno de los requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales exigidos para formular la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se refiere a la conciliación extrajudicial contemplada en el artículo 161 numeral 1 *eiusdem*, que a la letra señala lo siguiente:

**“Artículo 161. Requisitos previos para demandar.** La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.”

De igual modo, se tiene que el Código General del Proceso, estableció respecto de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, lo siguiente:

“Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.

Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso.”

---

<sup>4</sup> Juan Carlos Garzón Martínez, en su texto “El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo”, señala que la conciliación extrajudicial como mecanismo de solución de conflictos, se debe entender como ese procedimiento, en el que las partes que tienen una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral, denominado conciliador, cuya función es proponer fórmulas de acuerdo y dar fe de la decisión de arreglo que acuerden las partes.

En consideración a que las normas enunciadas atrás no señalaron de manera expresa los criterios que le permitan al juez identificar la naturaleza de los asuntos que eventualmente deberían someterse al trámite de la conciliación extrajudicial<sup>5</sup>, se considera pertinente recordar que por regla general, **son materia de conciliación aquellos derechos transables que tienen el carácter de inciertos y discutibles**<sup>6</sup>.

No obstante lo anterior, en reciente jurisprudencia, la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial pasa a ser analizada en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio<sup>7</sup>.

Así las cosas y como quiera que en el presente caso, se pretende obtener la devolución y suspensión de los descuentos en salud, es claro que el objeto del presente asunto no es de contenido laboral, porque los derechos laborales se predicán de personas naturales, mientras que los aportes en salud son una obligación para los trabajadores, no derechos.

Los descuentos los autoriza la ley, como obligación a cargo del trabajador, para poder tener los derechos en salud, de la misma manera que sucede con los aportes para pensión, y es bien sabido que los pagadores tienen el deber de realizarle los descuentos aludidos, por norma legal, en este caso a cargo del FOMAG, a través de la FIDUPREVISORA, lo que evidencia que es derecho económico de esas entidades, es obligación civil del trabajador a favor de la prestadora del servicio, lo que fuerza concluir su carácter conciliable. Por lo anterior, se hace necesario exigir como presupuesto procesal el agotamiento de la conciliación prejudicial.

---

<sup>5</sup> Recordemos que los asuntos que eran sometidos a conciliación prejudicial, en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo, estaban determinados en el Decreto Reglamentario 1716 de 14 de mayo 2009 que a la letra señalaban: "Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1º. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo: – Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario. – Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993. – Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado (...).

<sup>6</sup> Al tenor del Artículo 53 de la Carta Política, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la facultad para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, son principios fundamentales de carácter laboral.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", auto del 19 de abril de 2012, rad. 44001-23-31-000-2011-00105-01(2029-11), CP. Alfonso Vargas Rincón; Providencia del 09 de abril de 2014, rad. 27001-23-33-000-2013-00347-01(0539-14), CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En efecto. Como la conciliación sobre derechos laborales constituye una excepción a la regla de exigir la conciliación para asuntos patrimoniales distintos, tenemos que darle la interpretación estricta, restringida, debido a que así corresponde a la hermenéutica de las excepciones que no admite ni siquiera la analogía, es estrictamente para asuntos relacionados con derechos laborales, no para sus obligaciones.

### 2.2.5. Indebida integración del contradictorio

Como la demanda tiene como objeto el reintegro y suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales, es indispensable precisar, según los conceptos **deber, obligación y derecho** que son para asuntos o roles diferentes que legitiman para demandar, así el demandante debe establecer quienes son **los sujetos entre quienes existe la relación por los aportes a salud**, es decir, entre acreedor y deudor de los aportes, diferentes a quien tiene un deber legal para descontar del uno para entregar los dineros al otro.

Las relaciones jurídicas pueden estar fundadas en derechos, deberes, obligaciones, cargas y potestades, lo que define el rol de los sujetos, lo mismo que aquello que puede reclamar, pedir o pretender, como parte de ese vínculo.

En el caso de los aportes el legislador ejerció la potestad de imponer al pagador (FOMAG) el deber de descontar al empleado el valor de su obligación denominada APORTE, con destino exclusivo y excluyente a la EPS, de manera que el empleado tuviera derechos a la salud, sin derivar que el FOMAG -pagador- sea deudor o acreedor o comisionista para cubrir costos de administración o beneficio alguno.

Si no se tienen claros aquellos conceptos, se confunde el obligado con el que cumple un deber, no tiene el derecho, del cual es titular quien puede ejecutar para cobrar los aportes frente a quién se le puede exigir, etc.

Desde ese punto de vista la **obligación** y el **derecho** fuente de la relación que vincula a una entidad destinataria de los aportes, que es una **EPS**, no ha sido demandada, es quien recibe esos dineros para cumplir sus obligaciones en la prestación de los servicios de salud que es el respectivo(a) empleado(a).

Por su parte, la responsabilidad del Ministerio en estos casos es sólo de intermediador, directamente o a través del FOMAG o la FIDUPREVISORA, como **deber** de descontar al cancelar dinero en nombre del Ministerio realiza los descuentos que enseguida entrega a la EPS, por mandato legal, nunca los retiene para sí, ni siquiera tiene una comisión por esa actividad operativa. **Deber, obligación y derecho** que siendo conceptos diferentes no se deben confundir, menos para imputar a otro sujeto lo que no le corresponde, como sucede con esta demanda.

Solo quien tiene algo lo puede devolver, si es la EPS la que recibió y tiene los aportes será ella la única que tiene la posibilidad de atender orden como la pretendida, mientras que a al FOMAG solamente se le puede ordenar que suspenda los descuentos, que es otra pretensión.

Es por lo anterior que ni el Ministerio, ni él a través del FOMAG o de la FIDUPREVISORA, son los que se benefician de esos dineros y tampoco pueden ser los responsables de su **devolución**, solamente intermedia, lo que descuenta por mandato legal al empleado se lo paga a las entidades, a las EPS como lo de pensiones al respectivo fondo, es decir, intermedia sin utilidad alguna, en la relación de derecho económico u obligación civil del empleado a favor de entidades, mientras para el trabajador es su obligación, para la EPS es su crédito, tiene la condición de acreedora. Otra confusión sobre el concepto de **devolución**.

Entonces, no demandar a aquellas entidades, las acreedoras, las únicas que pueden hacer la **devolución**, crea otra dificultad procesal, **al no trasladar la misma relación sustancial a la relación procesal**, porque no se puede resolver una eventual **PRESCRIPCIÓN** frente a la **EPS NO VINCULADA**, ante otro sujeto procesal, ello exclusivamente se tiene que aducir frente al **acreedor** como causa legal de extinción de obligaciones (art. 1625 C.C.).

En otras palabras, sin estar el titular del derecho, el destinatario receptor de esos dineros vinculado al proceso es improcedente todo reconocimiento, modificación o extinción del derecho, no es suficiente que manifieste el deudor que no está obligado a que le descuenten por el paso del tiempo y menos se puede decidir una prescripción extintiva sin el sujeto de la relación jurídica EN salud, empleado-EPS.

Finalmente, demandar la EPS, como debe ser, para que se devuelvan dineros descontados por aportes a salud, única para de la relación jurídica que permite reconocer **acreedor-deudor**, la que puede devolverlos, además de ser la que puede discutir si, conforme con la ley tiene o no el derecho para que en adelante se realicen o no más descuentos.

Definido correctamente lo anterior, por esa causa legal, **se tendrá que analizar la jurisdicción a la que corresponda ese litigio.**

En consecuencia, por lo expresado se deberá demandar, lo que implica indicar, la(s) Entidad(es) Promotora(s) de Salud (acreedor) a las que se les consignaba los descuentos en salud de las mesadas adicionales.

Bajo las anteriores consideraciones se rechazará la demanda, por el no agotamiento del requisito de procedibilidad de la **conciliación extrajudicial y la debida integración del contradictorio**, pues no obra en el plenario prueba de lo primero, con respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la suspensión y reintegro de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales, además de no estar demandada la entidad que, por ser la acreedora, puede discutir el monto de los descuentos, la solicitud de devolución de aportes y la prescripción de ellos.

Lo anterior hace innecesario un pronunciamiento de este Despacho, que podrá hacer el Tribunal como juez de la segunda instancia, sobre temas como el objeto de esta providencia, la jurisdicción para dirimir conflicto sobre aportes entre empleado y EPS, si existe falta de legitimación una corrección de la parte demandada que, al parecer, implica cambio de la totalidad de ella, lo que es prohibido por ley, entre otros temas.

**2.2.6.** Bajo las anteriores consideraciones se rechazará la demanda con respecto a esta pretensión, por el no agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y la debida integración del contradictorio, pues no obra en el plenario prueba de ello, con respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la suspensión y reintegro de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.

Lo anterior hace innecesario un pronunciamiento, que podrá hacer la segunda instancia, si revoca la decisión sobre la conciliación, para pronunciarse sobre lo relacionado con la falta de legitimación que corresponde a la corrección de la parte demandada que implica cambio de la totalidad de esa parte.

En consecuencia, se continuará con el trámite del proceso respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio mencionado en la demanda.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá** –Sección Segunda

**RESUELVE:**

**PRIMERO: RECHAZAR** las pretensiones consistente en obtener el reintegro y suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales, contenidas en los numerales 2, 3.2, 3.3.

**SEGUNDO: ADMITIR** la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurada por la señora **Gloria María Garzón Díaz**, quien actúa a través de apoderado judicial en contra de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y a la Fiduciaria La Previsora S.A.**, sólo con respecto a las pretensiones dirigidas a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación contenidas en los numerales 1, 3.1, 4, 5 y 6.

**TERCERO: NOTIFICAR** personalmente:

- (i) al demandado Ministerio de Educación Nacional – FOMAG;
- (ii) la Fiduciaria la Previsora S.A.;
- (iii) la Agente del Ministerio Público y;
- (iv) la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado.

**CUARTO: FIJAR** sesenta mil pesos (**\$60.000**) m/cte., como gastos del proceso, que deberá consignar la parte actora, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, en la cuenta del **Banco Agrario – cuenta de ahorros N° 4-3192-0-00577-3 Convenio N° 11543**. Si hubiere otros gastos posteriores, oportunamente se ordenará su consignación (*numeral 4° del artículo 171 del CPACA y Acuerdo N°. 2552 de 2004*).

**QUINTO:** Cumplido lo anterior, por Secretaría, **CÓRRASE TRASLADO** a la entidad demandada y al Ministerio Público, por el término de treinta (30) días, conforme lo ordena el artículo 172 del CPACA y Decreto 1365 de 2013.

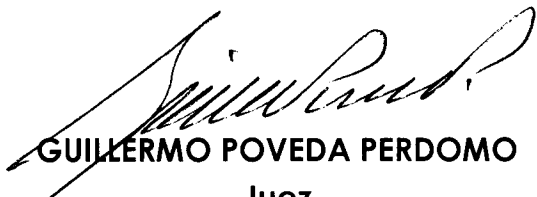
**SEXTO: SOLICITAR** a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL para que en el término de traslado de la demanda aporte copia del expediente administrativo que contenga en su integridad los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

Se **exhorta** a la parte demandada a realizar la gestión indicada anteriormente.

**SÉPTIMO:** De las excepciones que proponga la parte demandada, sin necesidad de auto que lo ordene, por Secretaría **CÓRRASE TRASLADO** a la parte contraria por el término de tres (3) días de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 175 del CPACA.

**OCTAVO: RECONOCER** personería a la abogada **Liliana Raquel Lemos Luengas** identificada con cédula de ciudadanía 52.218.999 de Bogotá D.C., y T.P. 175.338 como apoderado de la parte demandante, con las facultades y para los efectos del poder obrante en los folio 1º a 2 del expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**GUILLERMO POVEDA PERDOMO**  
Juez

Y A H L

**JUZGADO 9º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE  
BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA**

**NOTIFICACION POR ESTADO**

El presente auto, se notifica a las partes por anotación en estado de fecha **veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019)** a las 8:00 a.m. de conformidad con lo establecido en el artículo 201 del CPACA.

**Miryam Yanneth Martínez Cortes**  
Secretaria