JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

PROCESO:	*NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
RADICACIÓN	*No. 110013335-012-2015-00773-00*
ACCIONANTE:	*CARMEN SACRAMENTO PACHÓN CASTIBLANCO*
ACCIONADOS:	*NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -*

ACTA Nº 484 – 2017
AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ARTS. 181 y 182 LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. el 18 de octubre de 2017, a las 11:30 de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Oficial Mayor, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias 11 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: *Diego Andrés Córdoba Riveros a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad al poder aportado en audiencia, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 80.769.769 y Tarjeta Profesional No. 207.264 del Consejo Superior de la Judicatura.*

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. *Decreto Pruebas*
2. *Alegaciones Finales*
3. *Decisión de Fondo*

ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS

Se tiene que en audiencia inicial celebrada el día 16 de agosto de 2017, se ordenó de oficio requerir a la entidad accionada a fin de que allegue certificación en la que se solicita el reintegro de los descuentos en las mesadas adicionales de junio o diciembre, así como también copia del derecho de petición en el q se solicita el reconocimiento y reajuste de las mesadas antes aludidas.

Ahora bien toda vez que el despacho puede proceder a efectuar un estudio de legalidad con las pruebas aportadas al plenario, se prosigue con la etapa procesal correspondiente.

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con los escritos de demanda y en los de contestación de la misma, obrantes en los expedientes de las referencias.

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

ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

Decisión notificada en estrados

ETAPA VII FALLO

En razón a que nos ocupa un asunto de puro derecho, y que no existen pruebas por practicar, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si en este caso, es procedente la 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 existe una línea jurisprudencial fuerte, sostenida por las subsecciones B, C Y D, que niega la inclusión de descuentos sobre las mesadas adicionales del personal docente.

Señala esta tesis que las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003[1], no contemplan descuentos de esta naturaleza y tampoco es posible reconocerlos por aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, pues este debe entenderse derogado tácitamente con la promulgación de la Ley 812 de 2003[2].

---

[1] - *Disposiciones normativas que a criterio del H. Tribunal se hicieron extensivas a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-*

[2] *A manera de ejemplo se citan los siguientes radicados: Subsección "B"* ***Número De Radicado:*** *11001-33-35-028-2012-00308-01* ***Fecha:*** *11/02/2016* ***Ponente:*** *Luis Gilberto Ortegón Ortegón. Subsección "C"* ***Número De Radicado:*** *25000-23-42-000-2014-04388-00* ***Fecha:*** *12/02/2016* ***Ponente:*** *Amparo Oviedo Pinto .Subsección "D"* ***Número De Radicado:*** *11001-33-35-702-2014-00072-01* ***Fecha:*** *28/01/2016* ***Ponente:*** *Cerveleon Padilla Linares. Subsección "A"* ***Número de Radicado:*** *11001-33-31-017-2008-00182-01* ***Fecha:*** *19/04/2012* ***Ponente:*** *José Ernesto Arciniegas Triana.*

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 deber constitucional y legal de resolver los asuntos de manera uniforme observando el precedente jurisprudencial mayoritario es preciso adoptar la línea trazada por el Superior de este Circuito, habida cuenta que no se tiene en esta materia sentencia de unificación del Consejo de Estado.

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[3].

> *"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".*

Sobre el tema de los descuentos en salud, el Consejo de Estado tuvo oportunidad de referirse a los mismos, señalando que sobre las mesadas adicionales no es posible practicar deducción alguna para el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, tal como se expuso en providencia de 16 de diciembre de 1997, con ponencia del doctor Augusto Trejos Jaramillo, dentro del radicado 1064:

> *"(...), las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses".*

---

[3] *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*

Criterio que este Despacho acoge como propio para reafirmar, a la luz de lo establecido en la Ley 100 de 1993, y que a pesar de la libre interpretación que se le ha querido dar a las leyes y decretos que reglamentan lo referente al Régimen de Seguridad Social, las mesadas adicionales de junio y diciembre no deben ser objeto del descuento para salud, toda vez que durante los 12 meses del año, —lapso en el que se reciben las mesadas ordinarias— al pensionado se le ha efectuado el descuento respectivo.

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[4], creó 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 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 respetivo 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 implica 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[5].

---

[4] ***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 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.*

[5] ***Artículo 5º.-*** *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 registro 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 9º.- *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.*

Como lo ha señalado la jurisprudencia del Superior jerárquico de este Despacho[6], 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.

CASO EN CONCRETO

Se tiene que mediante Resolución No. 004419 del 25 de junio de 2008 (fl. 3), el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoce y ordena el pago de una pensión de invalidez a la señora Pachón Castiblanco.

Mediante oficio No. 2011EE45453 del 08 de junio de 2011 (fls. 6 a 11), la Fiduciaria la Previsora S.A., informa la procedencia de efectuar, los descuentos en salud a la pensión de invalidez de la demandante, lo que permite inferir, que durante el tiempo en que le ha pagado la pensión, le ha efectuado los descuentos en la mesada adicional de diciembre, por concepto de salud.

Así las cosas, y de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia, se habrá de declarar la existencia del acto administrativo ficto o presunto con ocasión a la solicitud promovida por la parte actora el 17 de febrero de 2011 ante la Secretaría de Educación de Bogotá, a través de la cual solicitó la devolución de los ya referidos descuento en salud a las mesadas pensionales.

La anterior fecha se toma con base a que en el oficio N. E-2017-151140 de 29 de agosto de 2017 (fl. 75), la Secretaria de Educación de Bogotá informa a este despacho judicial, que efectivamente la parte actora solicitó la devolución y suspensión del descuento del 12% sobre las mesadas adicionales, sin embargo la entidad antes citada, no cuenta con la fecha exacta de radicación del derecho de petición, por lo que en este caso se tendrá como fecha de presentación de la actuación administrativa, 15 días anteriores a la remisión del oficio No. E-2011-052806 de 09 de marzo de 2011, oficio este por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá, remite por competencia la actuación administrativa que solicita la suspensión y devolución de los descuentos en salud de la demandante, a la Fiduciaria la Previsora S.A.

---

[6] *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*

De igual manera, en razón a que no existe fundamento legal que permita la realización de dichos descuentos se declarará la consecuente nulidad del acto ficto.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que 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, sobre la pensión de invalidez de la señora CARMEN SACRAMENTO PACHÓN CASTIBLANCO.

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 01 de agosto de 2006, la solicitud de suspensión y reintegro de los dineros descontados por salud se efectuó el 17 de febrero de 2011 y la presentación de la demanda se realizó el día 21 de octubre de 2015, por lo que se tendrá en cuenta para efectos de estudiar la prescripción del derecho, la fecha de radicación de la demanda, esto debido, a que la parte actora no interpuso la correspondiente acción dentro de los 3 años siguientes a la presentación de la actuación administrativa por tal razón se tendrán por prescritos descuentos causados con antelación al 21 de octubre de 2012.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

> *"... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.".*

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en 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, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

> *"III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*
> *3.1. ASUNTOS.*
> *3.1.1. Única instancia.*
> *Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
> *Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia."*

82.

Frente a lo anterior el Consejo de Estado[7] *ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.*

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, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- *El proceso buscaba la devolución de los aportes a salud descontados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.*
- *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 que la parte demandante no ejerció la actividad probatoria que se requería aportando en su debido tiempo la actuación administrativa, por medio de la cual solicitó la suspensión y devolución de los descuentos en salud de la pensión de invalidez, este despacho procederá a la no imposición de costas a la parte demandada.

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 en relación con los descuentos realizados en las mesadas adicionales de los meses de diciembre causados con anterioridad al 21 de octubre de 2012 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 17 de febrero de 2011 por la señora CARMEN SACRAMENTO PACHÓN CASTIBLANCO identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.547.190 expedida en Duitama, ante la NACIÓN – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*

TERCERO. DECLARAR *la nulidad del acto ficto o presunto surgido de la falta de respuesta dentro de los términos, a la petición de la señora CARMEN SACRAMENTO PACHÓN CASTIBLANCO identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.547.190 expedida en Duitama, ante la SECRETARIA DE*

---

[7] *Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A*

EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el día 17 de febrero de 2011, mediante el cual 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 invalidez de la señora CARMEN SACRAMENTO PACHÓN CASTIBLANCO identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.547.190 expedida en Duitama.*

***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 CARMEN SACRAMENTO PACHÓN CASTIBLANCO identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.547.190 expedida en Duitama, los valores correspondientes a los descuentos para salud efectuados sobre la mesadas pensionales adicionales, a partir del 21 de octubre de 2012.*

***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.*

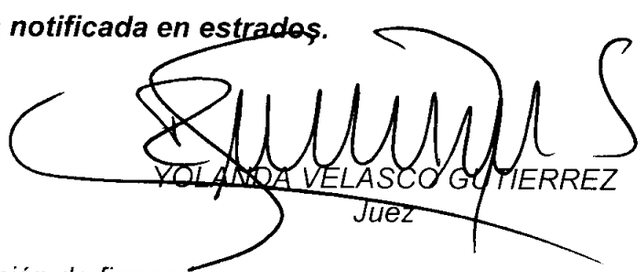
***SÉPTIMO.** Sin condena en costas de conformidad a lo expuesto en la parte motiva del proveído.*

***OCTAVO:** En cuanto a los remanentes se dispondrá que dichos emolumentos se atribuyan a los gastos de funcionamiento que cubrió el 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 la parte accionada.*

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

Decisión notificada en estrados.



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
Juez

Continuación de firmas,

DIEGO ANDRÉS CÓRDOBA RIVEROS

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA
SECCIÓN SEGUNDA

C O N S T A N C I A

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 11001-3335-012-2015-00773-00
ACCIONANTE CARMEN SACRAMENTO PACHON CASTIBLANCO
ACCIONADA: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Se deja constancia que al examinar la videograbación de la audiencia de 18 de octubre de 2017 se aprecia la asistencia e intervención del apoderado Doctor Diego Angres Cordoba Riveros, identificado con cédula de ciudadania No. 80.769.769 y Tarjeta Profesional No. 207.264 del Consejo Superior de la Judicatura quien a la fecha no ha firmado el acta.

Edward Cárdenas Ramírez
Oficial Mayor