



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

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 110013335012-2018-00593-00
ACCIONANTE: PAULINA BARACALDO ALDANA
**ACCIONADA: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES EL MAGISTERIO
Y FIDUPREVISORA S.A.**

**ACTA No. 190-2020
AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a las 10:30 de la mañana del día miércoles veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá declaró abierta la audiencia virtual, a través de la plataforma Microsoft teams, con la asistencia de los siguientes:

Se deja constancia que la audiencia se adelantó de manera conjunta con los procesos

RADICADO	DEMANDANTE	DEMANDADOS
2018-183	MELBA INES ABRIL PEÑA Y OTROS	- NACIÓN.
2018-548	TERESITA DEL CARMEN BELTRAN ORTIZ	- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
2018-619	CARMEN SILVA SANCHEZ	- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: El apoderado de la parte demandante, **Nelly Diaz Bonilla**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No 51.923.737 de Bogotá y T.P. No. 278.010 del C.S. de la J.

PARTE DEMANDADA: La apoderada sustituta del Ministerio de Educación-FOMAG-Fiduprevisora S.A., **Karen Eliana Rueda Agredo**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.018.443.763 y T.P. No. 260.125 del C.S. de la J.

Se deja constancia que el agente del ministerio público no asiste a la presente diligencia

Verificados los antecedentes de los apoderados, no aparece registrada sanción alguna en su contra y sus tarjetas profesionales se encuentran vigentes.

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. Saneamiento del proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones finales
7. Juzgamiento

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA y con el fin de evitar sentencias inhibitorias, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**. Para tal efecto, se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el despacho tampoco observa causales de nulidad, se da por agotada esta etapa.

ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS

Verificado el plenario se evidencia que el **Ministerio de Educación Nacional (MEN), el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)** contestó la demanda el 24 de enero de 2019 (ff. 21-27). No propuso excepciones de previas.

Se deja constancia de que la fiduciaria la Previsora - Fiduprevisora S.A., no contestó la demanda.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA III - DE FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y las pruebas obrantes en el proceso, encuentra el Despacho que se tienen por probados los hechos que a continuación se relacionan:

PAULINA BARACALDO ALDANA C.C No. 20.743.207 (f. 3)
RESOLUCIÓN RECONOCE PENSION VITALICIA DE JUBILACIÓN Resolución No. 1581 de 08 de marzo de 2013 (ff.4 y 5)
TIPO DE DOCENTE Distrital (f. 4)
SOLICITUD DE RECLAMACION -Ante la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá Radicado N° E-2017-41775 del 02 de marzo de 2017 (ff. 06 y 06Vto). -La entidad remite por competencia a la Fiduprevisora, mediante el oficio N° S-2017-36655 del 07 de marzo de 2017 (ff. 07 y 07Vto). Con oficio S-2017-36708 informa a la actora el envío de su petición a la fiduprevisora.
ACTO DEMANDADO -Acto ficto configurado por el silencio negativo, en relación con la solicitud de 02 de marzo de 2017 N°S-2017-36655 (ff. 06 y 06Vto).
EXTRACTO DE PAGOS Folio 8.

Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se pronuncien sobre la fijación del litigio.

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca, el litigio se contrae a un asunto de puro derecho dirigido a determinar si resulta procedente o no realizar el descuento del 12% sobre la mesada adicional de diciembre que devenga la pensionada.

ETAPA IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN

El apoderado de la entidad demandada manifiesta que a la entidad no le asiste ánimo conciliatorio, en tal sentido el Despacho se abstiene de presentar fórmula de arreglo y se da por agotada esta etapa.

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y que son las que obran en el expediente de la referencia.

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y que son las que obran en el expediente de la referencia.

La apoderada de la parte actora solicita se oficie a la Secretaría de Educación de Bogotá para que allegue el expediente administrativo de la demandante. No obstante, considera el Despacho que las documentales obrantes en el plenario son suficientes para resolver de fondo. En consecuencia, se declara evacuada esta etapa.

Decisión notificada en estrados

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.

No obstante, en procura de dar aplicación al artículo 10 del CPACA, se asumió la tesis según la ley 100 de 1993 y la 797 de 2003¹, no contempla descuentos de esta naturaleza y tampoco es posible reconocerlos por aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989. Este, debe entenderse derogado tácitamente con la promulgación de la Ley 812 de 2003². Ha señalado el Tribunal de Cundinamarca³ que el referido art. 8 debe ser armonizado con las disposiciones contenidas en la ley 43 de 1984, Decreto 1073 de 2003 y la ley 1250 de 2008, que prohíben expresamente los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales.

Por su parte el Consejo de Estado⁴, Sección Segunda - sub sección "A", sobre el tema señaló:

"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".

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 1989⁵, 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 que el Estado tiene más del 90% del capital. 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.

En desarrollo de dicho contrato corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A., pagar a los docentes los derechos que ya le hayan sido reconocidos. El reconocimiento del derecho, está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación, función que delega en las entidades territoriales, de conformidad con lo previsto en los artículos 5 y 9 de la citada Ley⁶.

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 Ortégón Ortégón. 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 Arciniégas Triana.

³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda. Ponente Amparo Oviedo Pinto. Sentencia 06 de marzo de 2019. Rad. 012-2016-00277-01

⁴ 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 Arciniégas Triana.

⁵ **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.

⁶ **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.

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, que maneja los recursos del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, en el caso de que se haya dirigido la demanda únicamente contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de probarse la ilegalidad del acto, es procedente condenarla, 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

Conforme quedó establecido en la etapa de fijación de litigio y en el resumen de pagos expedido por la Fiduprevisora (f. 8), 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 2012 (ff. 4 y 5).

Así las cosas y de acuerdo con 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 la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá el día 02 de marzo de 2017. Petición que fue remitida a la Fiduprevisora S.A (ff. 07 y 07Vto).

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 de la Fiduprevisora S.A., quien tiene la representación del patrimonio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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 Fiduprevisora S.A., en su condición de representante del patrimonio del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, suspender y reintegrar las sumas que por concepto de aportes por salud se hubieren efectuado sobre la mesada adicional de diciembre de la pensión de jubilación de la señora **Paulina Baracaldo Aldana**.*

Las sumas que resulten a favor tendrán que devolverse debidamente indexadas.

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

-
- 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.*

interrumpe la prescripción siempre y cuando la demanda se presente en un término máximo de tres años. La demanda se presentó el **30 de noviembre de 2018** (f. 18)

Para el presente asunto, el acto de reconocimiento pensional tiene **efectos a partir del 17 de septiembre de 2012** (ff. 4 y 5), la solicitud de suspensión y reintegro de los dineros descontados por salud se efectuó el **02 de marzo de 2017** (ff. 06 y 06Vto), por tal razón se tendrán por prescritos descuentos causados con antelación al **02 de marzo de 2014**.

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 Estado⁷, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se 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, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

El Despacho considera que, de acuerdo a la capacidad económica de las partes, la naturaleza y la complejidad del proceso, se condenará a la demandada a pagar la suma de 0.5 SALARIOS MÍNIMOS LEGAL MENSUAL VIGENTE (2020) por concepto de costas (\$877.803) a favor del extremo demandante.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° 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 **02 de marzo de 2014**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGURO. DECLARAR la existencia del silencio administrativo negativo en relación al derecho de petición elevado por la señora **PAULINA BARACALDO ALDANA**, el 02 de marzo de 2017 bajo el Radicado N° E-2017-41775, ante la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.

TERCERO. DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto surgido del silencio administrativo frente a la petición radicada ante la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá el 02 de marzo de 2017 bajo el Radicado N° E-2017-41775, por la demandante.

CUARTO. ORDENAR a la FIDUPREVISORA S.A como representante del patrimonio del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO suspender los

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

descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de la señora **PAULINA BARACALDO ALDANA**.

QUINTO. CONDENAR a la FIDUPREVISORA S.A como representante del patrimonio del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a efectuar el reintegro a la señora **PAULINA BARACALDO ALDANA**, de los valores correspondientes a los descuentos para salud efectuados sobre las mesadas pensionales adicionales, a partir del **02 de marzo de 2014**.

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. DISPONER que la devolución de los descuentos se haga de manera indexada.

OCTAVO. CONDENAR en costas a la FIDUPREVISORA S.A como representante del patrimonio del 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 (\$438.091,5).

NOVENO. DISPONER los remanentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

DÉCIMO. 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.

DÉCIMO PRIMERO. 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.

La apoderada del Ministerio de Educación, FOMAG y la Fiduprevisora S.A, interpone recurso de apelación que sustentaran en el término de ley.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


CARLOS DUVAN GONZALEZ CASTILLO
SECRETARIO AD HOC