



Al contestar por favor cite:  
 Radicado No.: **20211180608751**  
 Fecha: **23-03-2021**

Señores

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES,  
 PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Avenida de los Libertadores No 2ª-106 piso 3  
 San Andres Islas

[stadsupsaislas@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:stadsupsaislas@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA RECONOCIMIENTO DE  
 MESADAS PENSIONALES SUSPENDIDAS**

**PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: NESTOR ALBERTO MEDINA WHITAKER**

**DEMANDADO: LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO  
 NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
 MAGISTERIO**

**MAGISTRADA PONENTE: DR. JOSE MARIA MOW HERRERA**

**RADICADO: 88-001-23-33-000-2020-00095-00**

**MAURICIO CASTELLANOS NIEVES**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.732.146. de Bogotá, portador de la tarjeta profesional No. 219.450 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado sustituto del Doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS** mayor de edad identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá y con tarjeta profesional 250.292 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en virtud del poder conferido por parte del señor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.953.861 de Bogotá en ejercicio de la delegación efectuada a través de la Escritura Pública No. 522 del 28 de Marzo de 2019, en la Notaria 34 del Circulo de Bogotá, otorgada por la Ministra de Educación Nacional y complementada con la Escritura Pública 0480 del 03 de Mayo de 2019, en la Notaria 28 del Circulo de Bogotá, suscrita por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normatividad concordante, por medio del presente escrito procedo a presentar la

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

contestación de la demanda formulada ante su honorable despacho por el Señor **NESTOR ALBERTO MEDINA WHITAKER** dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

***DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL:*** La creación del Fondo de Prestaciones sociales del Magisterio tiene su asidero en la ley 91 de diciembre 29 de 1989, la cual mediante su artículo 3° impetro:

*“(…) 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.*

*El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”*

*Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **atenderá las prestaciones** sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Ley 91 de diciembre 29 de 1989: Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; (negritas fuera de texto).

Ahora bien, tenemos pues que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, es una ficción jurídica, sin personería jurídica, es decir, una subcuenta del estado, de creación legal y por tanto, al carecer de personería jurídica, **NO ES SUJETO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES**, requiere un vocero, un administrador, y quien actúe por quien “jurídicamente”, no existe.

Por lo anterior, la misma normativa que crea el fondo, establece el mecanismos por el cual este actuará, quien será su administrador, su cara visible y vocero y es por ello que la norma preestablece que el Gobierno Nacional firmará contrato de FIDUCIA MERCANTIL con una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. En cumplimiento de la normativa anterior, el Ministerio de Educación Nacional y la Compañía Fiduprevisora S.A., suscribieron: “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL”, el cual fue protocolizado mediante escritura pública N° 83 del veintiuno (21) de junio de 1990, en la notaría Cuarenta y Cuatro (44), del círculo notarial de Bogotá D.C., en el cual La Nación, Ministerio de Educación, fungen como Fideicomitente y la compañía Fiduprevisora como la Fiduciaria; contrato cuyo objeto es: “Constituir una fiducia mercantil sobre los Recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante **-EL FONDO-**, con el fin de que **LA FIDUPREVISORA S.A.**, los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para **EL FONDO**, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.

El fundamento de la intervención procesal por parte de la FIDUCIARIA, se encuentra en el cumplimiento de sus obligaciones de carácter legal dado los elementos “naturales” del contrato, es así como el código de comercio en su artículo 1234 Numeral cuarto reza:

*“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:*

- 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;*
- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;*

3) *Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;*

**4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;**

5) *Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;*

6) *Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;*

7) *Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y*

8) *Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”<sup>2</sup>*

Ahora bien, una vez descrita la naturaleza, finalidad y papel de: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FIDUPREVISORA y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es preciso referirnos a la demanda de la referencia para dar contestación bajo los siguientes parámetros.

## **I. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones tanto a las declarativas como las de restablecimiento del derecho, también así como la condena en costas y agencias en derecho no están llamadas a prosperar.

## **II. EN CUANTO A LOS HECHOS**

No Se aceptan los hechos relacionados con el agotamiento de la actuación administrativa (Procedimiento Administrativo). Frente a los demás, la entidad también se opone, toda vez que son objeto de debate.

<sup>2</sup> Código de Comercio Colombiano; Artículo: 1234. Negrillas fuera de texto



### III. EXCEPCIONES

● DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA:

Tal como se explicó en los primeros incisos de la presente contestación, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, es un patrimonio autónomo, sin personería jurídica y administrado por entidad fiduciaria FIDUPREVISORA, ahora bien, para establecer si la sanción moratoria debe ser asumida por la entidad fiduciaria con cargo a dicho fondo debemos tener en cuenta: i. naturaleza jurídica y finalidades del “FOMAG”, ii. Fuente de las obligaciones de la FIDUPREVISORA en ejecución del contrato de fiducia mercantil, iii. Naturaleza jurídica y finalidades de la sanción moratoria.

En primer lugar la naturaleza jurídica –como bien ya se explicó- se encuentra determinada como patrimonio autónomo y descrita desde su misma génesis –Ley 91 de 1989- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica; la cual es administrada por la FIDUPREVISORA bajo los parámetros del contrato de fiducia mercantil, desde su inicio fue creado con los siguientes objetivos<sup>3</sup>:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. 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.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Una vez vistos la naturaleza jurídica del “FOMAG”, y así mismo, sus objetivos o finalidades con las cuales fue creado, vemos pues que la obligación por naturaleza

<sup>3</sup> Ley 91 de 1989, Artículo 5.



propia es atender las prestaciones sociales del personal afiliado, pero teniendo en cuenta que el fondo simplemente “provee” los recursos y la fiduciaria administra pero quien determina las condiciones puntuales de cada afiliado y las circunstancias bajo las cuales se les debe pagar determinada prestación, el tiempo y demás son ordenadas por el respectivo ente territorial que ejerce la contratación del afiliado.

En cuanto a la administración de los recursos por parte de la entidad fiduciaria las obligaciones de esta tienen dos fuentes a saber: la ley, y el acuerdo de voluntades.

Primordialmente la ley consagra las reglas del contrato de fiducia a partir del artículo 1226 del código de comercio en el cual se establecen entre otras las diferentes obligaciones de la fiduciaria, sin embargo es hasta el artículo 1232 que se puntualizan las obligaciones de la misma estableciendo que:

*“ARTICULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: (...) **4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; (...).**”*

Por su parte, el mentado contrato de fiducia mercantil establece como obligaciones de la fiduciaria:

*“(...) obligaciones relacionadas con los pagos que deben efectuarse con cargo al fondo. (...)*

*Los pagos que corresponden al fondo son;*

*(...)*

*C. Cesantías definitivas y cesantías definitivas a beneficiarios.*

*d. Cesantías parciales de acuerdo con lo establecido en la ley y las prioridades señaladas por el Consejo Directivo.”<sup>4</sup>*

- 
- a) <sup>4</sup>ar según sea el caso el orden social justo. Todo orden social justo se base en lo existente o en la probabilidad de existencia. Y como lo imposible jurídicamente resulta inexistente, es lógico que no haga parte del fin de la obligación; y lo que no está en el fin no se mueve al medio. tanto, nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural.

Clausula segunda numeral quinto del otro si del 22 de junio de 2017.



#### IV. LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA

Al respecto es necesario mencionar que el Código General del Proceso, en el artículo 61 reguló:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

...

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.

En la misma línea, Consejo de Estado, ha expresado:

“El litisconsorcio se presenta cuando uno o los dos extremos de la relación jurídico procesal está integrado por varios sujetos de derecho y puede ser facultativo, cuasinecesario o necesario...”

El litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, lo cual impone su comparecencia obligatoria al proceso, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente. El elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial material del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate. El litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, defina expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el



primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un numero plural de sujetos”<sup>5</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado, le solicito su señoría de manera respetuosa vincular la Secretaria de Educación del Archipiélago de San Andres Providencia y Santa Catalina y la Alcaldía municipal de Providencia y Santa Catalina Islas como litisconsorcio necesario por pasiva, en virtud de los actos administrativos allegados con la demanda, es decir conforme con las Resoluciones No. 00733 del 24 de Febrero de 2010 y la Resolución 770 del 08 de marzo 2017 expedidas por dicho ente territorial., el actor solicito el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir por el periodo de Junio de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019 , y según el contenido de estas se observa la necesidad de vincular a los entes territoriales en el presente proceso.

En tal sentido, debo expresar que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios - FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afilados al mismo. Éste régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales - Secretarias de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## 2.2. Marco normativo y jurisprudencial

### 2.2.1. Régimen pensional aplicable a los docentes

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, exp. 15321. M.P. Ricardo Hoyos Duque.



amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a esta ley se les aplican las disposiciones anteriores. Este mandato fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, así:

**Parágrafo transitorio 1.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

### 2.2.2. De la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público

La Constitución Política de 1991, estableció en el artículo 128 lo siguiente:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

La disposición constitucional contiene la prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Este precepto fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4 del 18 de mayo 1992, que dispuso lo siguiente:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

(...)

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

### 2.2.3. Compatibilidad pensional de los docentes

El ordinal 2 literal a) del artículo 14 de la Ley 91 de 1989, dispone:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y **será compatible con la pensión ordinaria de jubilación**, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación [...]

A su turno, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, en su inciso 4 señala:

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y **las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones**. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en su artículo 279, excluyó de su aplicación a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que fue creado por la Ley 91 de 1989, cuyo artículo 15 establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 15.-** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)

Como se desprende de las anteriores disposiciones, a los docentes nacionales vinculados a partir del 1 de enero de 1990 se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general del sector público. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectuará de conformidad con el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial.

En tales términos, el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional y, por ello, las disposiciones que regulan las pensiones de invalidez y jubilación en el presente asunto son las contenidas en la Ley 33 de 1985 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Ahora bien, conforme al artículo 5 del Decreto 224 de 1972 el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, es decir, al tenor de esta disposición pueden los educadores percibir la pensión de jubilación y el salario. Por consiguiente, los docentes están exceptuados de la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público, en tanto que el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dejó a salvo la compatibilidad entre las prestaciones pensionales y las asignaciones derivadas del ejercicio de la actividad docente. Así mismo, la ley permite la compatibilidad de las pensiones gracia y ordinaria.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”

El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1480 de mayo 8 de 2003, Consejera ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI respecto a la prohibición de percibir doble asignación por parte de los pensionados, señaló:

*“Con todo, una vez que el empleado afiliado al sistema general de pensiones adquiera el derecho a la pensión, de conformidad con el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la ley 100, pierde la estabilidad en el empleo, tanto en el sector público como en el privado”*

*“De aceptarse la posibilidad de esa nueva vinculación de pensionados a la fuerza laboral se generaría la inaplicabilidad de muchas disposiciones de carácter laboral a tal pensionado-trabajador, pues él no podrá tener la protección de estabilidad en el empleo que dan las leyes laborales, pues por definición del parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, modificador del mismo parágrafo del artículo 33º de la ley 100, es justa causa de terminación del contrato de trabajo el haber sido reconocida la pensión de vejez. De tal suerte se crearía una situación laboral del pensionado-trabajador a quien no se le podrían aplicar las normas del C.S. del T., circunstancia que impone la conclusión contraria.*

En cuanto a la posibilidad de ingreso al servicio público, las normas propias del servicio civil del Estado, las cuales tienen carácter especial y no han sido derogadas expresamente, establecen la prohibición de la reincorporación al servicio público de un pensionado, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley:

(...)"

Por otra parte, el Decreto 583 del 4 de abril de 1995 "Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial", consagra:

*ARTÍCULO 1º.- Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.*

*"ARTÍCULO 2º.- en ningún caso el valor anual que se reciba por concepto de asignación básica mensual, gastos de representación y demás emolumentos salariales, prestaciones sociales que se causen durante el servicio y diferencia por concepto pensional, según el caso, podrá ser superior a lo que le correspondería en el mismo período por concepto de pensión.*

Anualmente se solicitará a la entidad de previsión que tenga a su cargo el reconocimiento y pagos de la pensión, que certifique el valor de la misma y en caso de ser inferior a lo recibido por los factores antes enunciados, se deberá reintegrar la diferencia."

*"ARTÍCULO 3º.- Para los efectos del artículo anterior, el pensionado deberá informar de su situación a la entidad de Previsión Social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, para que suspenda el pago o asuma la diferencia."*

*"ARTÍCULO 4º.- La revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo Primero (1) de este Decreto, se sujetará a los términos y condiciones previstos en el artículo cuarto (4) de la Ley 17 de 1961."*

Con fundamento en lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, quien tenga el estatus de pensionado, como en el presente caso, le está prohibido por las normas propias del servicio civil, las cuales tienen carácter especial, que sea reincorporado al servicio público, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley, como en los empleos indicados anteriormente, siempre y cuando no se sobrepase la edad de retiro forzoso.

Por consiguiente, en el presente caso, no será procedente la vinculación de un pensionado que disfruta de pensión de jubilación, en un empleo de libre nombramiento y remoción de la administración municipal, distinto a los indicados en el artículo 29, inciso 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, y los demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de retiro forzoso.

En caso de que la persona no haya llegado a la edad de retiro forzoso y el empleo esté incluido entre las excepciones que consagra la ley, será procedente la vinculación del pensionado, en tal evento, se percibirá la asignación básica mensual correspondiente al respectivo empleo, y si fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.

En ningún caso el valor anual que se reciba por concepto de asignación básica mensual, gastos de representación y demás emolumentos salariales, prestaciones sociales que se causen durante el servicio y diferencia por concepto pensional, según el caso, podrá ser superior a lo que le correspondería en el mismo período por concepto de pensión.

No obstante, aun cuando la constitución y la ley disponen que no se podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, para el caso de los docentes la norma legal dispone que el ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre que el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco años (65) de edad.

Así mismo, la Ley 4ª de 1992 establece que se exceptúan las asignaciones que a la fecha de entrar en vigencia esa ley beneficien a los docentes oficiales, y en consecuencia, en dicho caso pueden percibir la pensión de jubilación y la asignación salarial por encontrarse activos desempeñándose como docentes.

De otra parte, es preciso considerar que la comisión de servicios, temporal, de que trata el Decreto 2277 de 1979, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, es para aquellos docentes que se encuentran en servicio activo. Así mismo, la excepción establecida para percibir la asignación salarial y la pensión de jubilación, es para docentes que se encuentren activos, desempeñándose como docente en la educación preescolar, básica (primaria – secundaria) o media y que no hayan cumplido la edad de retiro forzoso.

En conclusión, en atención a su consulta se considera que un docente activo que por reunir las condiciones de ley, se encuentra disfrutando igualmente de la pensión de

jubilación, podría ser comisionado para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, no podría percibir simultáneamente la asignación salarial del cargo en que esté comisionado y las mesadas pensionales, en atención a que la excepción que lo beneficia es en su condición de docente activo, y no se extiende a otro tipo de cargos que pueda desempeñar, como uno de libre nombramiento y remoción. Dado lo anterior, la persona debería dejar de recibir el pago de las mesadas pensionales mientras se desempeña en el cargo de libre nombramiento y remoción, con el fin de no incurrir en la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política de Colombia 28 de la Ley 1437 de 2011. Es por esto que para el caso en concreto el demandante no tiene derecho a la reclamación solicitada.

- EXCEPCIÓN GENÉRICA

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

Como es conocido el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios -FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afilados al mismo. Éste régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales -Secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las prestaciones sociales.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso en concreto se tiene que el docente solicita el pago indexado de las mesadas pensionales suspendidas a partir del mes de julio de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019, todo por haber solicitado una licencia no remunerada a su trabajo como docente y a la vez por tomar un cargo directivo de libre nombramiento y remoción al ser Secretario de desarrollo social y comunitario también se observa que el docente además de recibir su pensión laboraba como docente activo. De otra parte, es preciso considerar que la comisión de servicios, temporal de que trata el decreto 2277 de 1979 para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, es para aquellos docentes que se encuentran en servicio activo. Así mismo la excepción establecida para percibir la asignación salarial y la pensión de jubilación, es para docentes que se encuentran activos, desempeñándose como docente en la educación preescolar, básica (primaria-secundaria) o media y que no hayan cumplido la edad de retiro forzoso. En consecuencia, se considera que un docente activo que, por reunir las condiciones de ley, se encuentra disfrutando igualmente de la pensión de jubilación, podría ser comisionado para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, no podría percibir simultáneamente la asignación salarial del cargo en que este comisionado y las mesadas pensionales, en atención a que la excepción que lo beneficia es su condición de docente activo, y no se extiende a otro tipo de cargos que pueda desempeñar, como uno de libre nombramiento y remoción. Dado lo anterior la persona debería de dejar de recibir el pago de las mesadas pensionales mientras se desempeña en el cargo de libre nombramiento y remoción, con el fin de no incurrir en la prohibición del artículo 128 de la constitución política de Colombia. La fecha de solicitud de pago de las cesantías definitivas fue el **25 de Enero de 2017**, dicha petición fue resuelta con la expedición de la **Resolución 039 del 15 de Febrero de 2017**, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial por valor de \$ 135.221.711. Pesos. Dicho esto, los 70 días para efectuar el pago de las



cesantías feneció el 09 de Mayo de 2017 por lo que se tiene que la mora se configuraría a partir del 10 de Mayo de 2017, la fecha del pago de las cesantías fue el 24 de Abril de 2017, por lo que se pagó antes del tiempo establecido.

Nuevamente el apoderado de la demandante mediante solicitud radicada el día **22 de Agosto de 2018**, solicita el reconocimiento y pago de la SANCION POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 y la respectiva Indexación.

### ❖ COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO

El Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA - Ley 1437 de 2011) establece respecto a la condena en costas lo siguiente:

“Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.” (Actual Código General del Proceso) (Subrayados fuera del texto original).

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado, así:

□ La Subsección “A” de la sección segunda de esta corporación en sentencia dictada el 20 de enero de 2015, en relación con la norma antes transcrita expuso que contiene el verbo “dispondrá” que está encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera la sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

□ El término dispondrá de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir” “mandar” “proveer”, es decir que lo provisto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA





□ Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe, y la existencia de pruebas en el proceso sobre causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

A su turno, los incisos 5 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso facultan al juez para decidir sobre las costas, señalando textualmente lo siguiente:

“Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.” (Subrayados fuera del texto original).

La jurisprudencia ha definido las costas procesales como aquellos gastos que se deben sufragar en el trámite de un proceso y éstas se componen de expensas y agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, entre otras, mientras que las agencias en derecho, sí corresponden a los gastos u honorarios del abogado, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp.12425).

Por consiguiente, en materia de lo Contencioso Administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico





una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

En ese sentido, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, “la norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia”

La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...”

En conclusión, la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial. Por tal motivo, respetuosamente se solicita a su señoría no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia.

Finalmente señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. “

Por lo anterior, solicito de manera respetuosa que de existir una condena contra la Nación, al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos aquí señalados para exonerar de costas a la parte demandada conforme a las reglas del artículo 365 del Código General del Proceso.

## V. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y DE DERECHO





Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Decreto 196 de 1995, Decreto 3752 de 2003 y Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946, Ley 244 de 1995.

## VI. PRUEBAS

- Muy respetuosamente solicito, se oficie a la entidad territorial empleadora **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE SAHAGÚN (CORDOBA)**, para que, allegue respecto del señor **NESTOR ALBERTO MEDINA WHITAKER** copia autentica, integra y legible de su expediente administrativo.

## VII. ANEXOS

### DOCUMENTALES

Se anexan con este escrito:

1. Poder especial debidamente constituido.
2. Sustitución del antes referido poder.
3. Copia de la Escritura Pública No. 522 del 28 de Marzo de 2019, otorgada en la Notaria 34 del Circulo de Bogotá.
4. Copia de la Escritura Pública No. 0480 del 03 de Mayo de 2019, otorgada en la Notaria 28 del Circulo de Bogotá.

## VII NOTIFICACIONES

- Mi poderdante recibirá notificaciones personales en la Calle 72 No. 10 - 03 en la ciudad de Bogotá D.C; y dirección de correo electrónico [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co)

Del señor Juez,

Del señor Juez,

**MAURICIO CASTELLANOS NIEVES**

C.C. No. 79.732.146 Bogotá D.C.

T.P. No. 219.450 del C.S. de la J.

*Proyectó: Mauricio Castellanos Nieves*





**“Defensoría del Consumidor Financiero:** Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: [defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com](mailto:defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com) de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua”.

Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalia u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App “Defensoría del Consumidor Financiero” disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5  
Solicitudes: 018000 919015  
[servicioalcliente@fiduprevisora.com.co](mailto:servicioalcliente@fiduprevisora.com.co)  
[www.fiduprevisora.com.co](http://www.fiduprevisora.com.co)



El emprendimiento  
es de todos

Minhacienda