RAD_S
Al contestar por favor cite:
Radicado No.: ***RAD_S***
Fecha: ***F_RAD_S***

Señor
JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA ETELINDA ATEHORTUA HINCAPIE
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG
RADICADO: 17001333900620220007000

Asunto: Contestación de demanda.

Yo, **Samuel David Guerrero Aguilera,** abogado en ejercicio, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía número 1.032.490.579 de Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional No. **354.085** del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la **NACIÓN - MINISTERIO DEEDUCACIÓN NACIÓNAL – FOMAG**, conforme con la sustitución de poder suscrito por el doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, abogado titulado, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá D.C., y portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292 del Consejo Superior dela Judicatura, quien este a su vez se le fue conferido poder principal y general por parte del de Dr. **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA**, jefe de la oficina asesora jurídica y delegado por el Ministerio de educación Nacional mediante resolución No. 014710 de 21 de agosto de 2018 "por la cual se hace un nombramientoordinario", por medio de la presente me permito presentar CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA del procesode la referencia en los siguientes términos:

I. A LAS PRETENSIONES

Manifiesto que me opongo a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, sus declaraciones y condenas, por carecer de fundamentos de derecho, debiéndose absolver a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO de todo cargo.

De acuerdo con lo anterior, me pronuncio de manera individual a cada una de las pretensiones de la demanda:

DECLARATIVAS:

PRIMERA: Me OPONGO a que se declare la nulidad parcial, o total, del acto administrativo demandado, por medio del cual se denegó la solicitud de compatibilidad entre pensión y salario, por cuanto, efectivamente, y de conformidad con el régimen jurídico aplicable, debe primero retirarse del servicio docente el demandante para gozar de su pensión.

SEGUNDA: Me OPONGO, a que se declare derecho alguno del docente a percibir la pensión de jubilación, sin antes cumplir con los requisitos de ley necesarios, así como su retiro del servicio docente.

CONDENATORIAS:

PRIMERA: Me OPONGO, a que se le reconozca al demandante la posibilidad de percibir pensión y salario al mismo tiempo, toda vez que ambas remuneraciones son incompatibles y al demandante solo le asiste el derecho a gozar de la pensión, toda vez ya le fue reconocida por resolución legalmente expedida.

SEGUNDA: Me OPONGO, se condene a mi representado a dar cumplimiento del fallo en 30 días.

TERCERA: Me OPONGO, A que se condene a mi representado, LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar de manera retroactiva mesadas pensionales que no le han sido reconocidas al demandante, y a las cuales no le asiste el derecho.

CUARTA: ME OPONOG, a que se condene a mi representada a pagar intereses moratorios sobre la suma que reclama el docente.

QUINTA: ME OPONGO, a que se le incluya en la nomina de pensionados, por cuanto sigue activo en el servicio docente, y primero debe retirarse, como requisito de la pensión de jubilación.

SEXTA: ME OPONGO, a que se indexen sumas inexistentes que no debe pagar mi representada, y que se le condene a pagar dicha indexación.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

SEPTIMA: ME OPONGO, a que se condene en costas a esta parte, la demandada, toda vez que la condena en costas, según el H. Consejo de Estado, no es de carácter objetivo, y solo se puede condenar en costas cuando se demuestre la mala fe, o el actuar negligente de la demandada.

II. A LOS HECHOS

PRIMERO: lo tomo como cierto conforme a la documentación allegada.

SEGUNDO: Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.
Se atiene al art. 167 del CGP.

TERCERO: Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.
Se atiene al art. 167 del CGP.

CUARTO: Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.
Se atiene al art. 167 del CGP.

QUINTO: Es cierto.

SEXTO: es cierto, conforme a documentación allegada.

SEPTIMO: No es un hecho en sí, es la valoración de otras situaciones fácticas, sin enunciar ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar exactos, sin embargo, me atengo a lo que dicta el artículo 167 del C.G.P.

OCTAVO: No es un hecho, es la interpretación de un apartado normativo, más no se narra ninguna situación de modo, tempo o lugar y frente al cual no cabe ningún pronunciamiento por parte de este apoderado.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

NOVENO: No es un hecho en sí, es la valoración de otras situaciones fácticas, sin enunciar ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar exactos, sin embargo, me atengo a lo que dicta el artículo 167 del C.G.P

III. EXCEPCIONES

PREVIAS:

- FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO POR PASIVA / NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES

El artículo 61 del Código General del Proceso, ordena establece que cuando más de uno de los intervinientes en los actos o en las situaciones a demandar, conllevara a que se necesitara fallar de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sobre los mismo sin tener su vinculación, deberá integrarse un litisconsorcio necesario y correrse traslado al o los litisconsortes para que contesten la demanda.

A su vez el artículo 224 del Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo, concerniente a la integración de un litisconsorcio facultativo, habilita a que justo antes del auto que fija fecha de audiencia inicial, aquellos que tengan interés puedan vincularse al proceso.

Ahora, como La ley 91 de 1989, creo al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio como una cuenta independiente del Ministerio de Educación Nacional, Sin personería jurídica, y como nos encontramos en la etapa procesal oportuna, solicito que por favor se vincule a la Entidad territorial, nominadora y empleadora de la docente, secretaria de Educación del Municipio de Pereira. Esto pues, dada la carencia de personería jurídica del Fondo, y la calidad de Sociedad Anónima y Sociedad de Economía Mixta de su administradora la Fiduprevisora S.A., se le delego a las Entidades territoriales el rol y el deber de reconocer y liquidar las prestaciones sociales de los docentes y expedir los actos administrativos necesarios para que el Fondo hiciera su pago.

Así las cosas, la entidad que tiene en su poder los antecedentes administrativos de la petición, así como la historia laboral del docente, el registro de su salario, su fecha de vinculación y quien, en ultimas expidió el acto administrativo fuera de tiempo, como lo arguye la demandante, fue el ente territorial.

Por lo tanto, señor juez como la demanda no se comprendió a todos los litisconsortes debe declararse esta excepción previa y terminarse el proceso, o, para evitar nulidades, debe vincularse al ente territorial y corrérsele traslado de la demanda para que la conteste

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

DE MERITO

- LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD

Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

- BUENA FE

Mi representado ha actuado de buena fe como quiera, que de acuerdo al trámite establecido en la Ley, los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de los docentes dependen no solo del correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos por parte de la entidad territorial que pertenece el docente y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino también de la disponibilidad presupuestal, teniendo en cuenta lo previsto en la Ley 38 de 1989 y demás normas que han modificado y/o adicionado, que regulan lo correspondiente al régimen presupuestal de las sociedades de economía mixta como lo es la Fiduprevisora S.A.

- IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS.

Debe precisarse que, conforme dispone el Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

> *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:*
>
> *[…] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. […]"*

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

El Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que la condena en costas no es objetiva, y en tal sentido se debe desvirtuar la buena fe de la entidad.

El Despacho se apartaría de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que, en la jurisdicción Contencioso-Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

> *"En cuanto a las costas, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda12 de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.*
>
> *En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada"4.*

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado, se demuestra que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente EL DESPACHO NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO– FOMAG, que desvirtúa la presunción de buena fe.

Ante la falta del cumplimiento del requisito procesal para realizar la respectiva condena en costas, la misma no procede, quien ha actuado en el curso del proceso en buena fe conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DEFENSA

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.

Mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, se 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, con la finalidad de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados al servicio de la educación primaria y secundaria del Estado, efectuando el pago de dichas prestaciones, que correspondan al personal afiliado y sus beneficiarios, garantizando la prestación de los servicios médico-asistenciales, entre otros aspectos de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la mencionada ley:

Los recursos de esta cuenta especial por mandato legal son administrados en fiducia, en los siguientes términos:

> *"(…) 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."*

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo, cabe reiterar que la Corte Constitucional ha considerado que, se trata de una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto del orden nacional.

Por lo anterior, la misma normativa que crea el Fondo, establece el mecanismo por el cual este actuará, quien será su administrador, su cara visible y vocero y es por ello por lo 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 misma, el Ministerio de Educación Nacional y la sociedad fiduciaria (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 notaria 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.

Ahora bien, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., es una Sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto del Sector Descentralizado del Orden Nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, autorizada por el Decreto Ley No. 1547 de 1984 y constituida mediante Escritura Pública No. 25 del 29 de marzo de 1985 de la Notaría 33 del Círculo Notarial de Bogotá, transformada en Sociedad Anónima mediante Escritura Pública No. 0562 del 24 de enero de 1994 Notaría 29 del Círculo de Bogotá, autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio en la ciudad de Bogotá e inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriormente detalladas.

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:

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"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."

Una vez descrita la naturaleza, finalidad y papel de: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FIDUPREVISORA obrando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG", es preciso referirnos a la demanda de la referencia bajo los siguientes parámetros:

INCOMPATIBILIAD PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y EL SALARIO

En primer lugar, la parte demandante a todas luces va en contravía de lo dispuesto por el Legislador en el artículo 128 de la Constitución Política Colombiana de 1991, que al tenor reza:

"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." *(Negritas fuera de texto).*

A su vez se tiene que, el régimen jurídico aplicable al demandante corresponde a docente vinculado como territorial de carácter municipal financiado con recursos propios del Municipio de Manizales conforme a los convenios, acuerdos y disposiciones legales reguladoras de las formas de vinculación al servicio docente; al respecto el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sentencia proferida por el consejero Ponente GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, radicado No. (4255-15), definió conforme al artículo 1 de la Ley 91 de 1989 quienes son docentes nacionales, y quienes ostentan vinculación nacionalizada y territorial, así:

> *"Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, particularmente en el artículo 10°. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10° de la Ley 43 de 1975. Luego es dable llegar a la conclusión de que, la reglamentación aplicable a los docentes municipales de recursos propios del Municipio de Manizales, se rigen por lo estipulado en el artículo 8° de la Ley 71 de 1988 el cual dispone: "Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidos, se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión."*

Con todo, mediante la Ley 60 de 1993, derogada por la Ley 715 de 2001 y su decreto reglamentario 196 de 1995 establecieron la posibilidad de afiliar a los docentes territoriales al FOMAG, a través de un convenio administrativo celebrado entre la entidad territorial y las entidades de orden nacional que administran los recursos de educación- Ministerio de Educación Nacional – Ministerio de Hacienda, en el cual se dispuso que estos serían afiliados de conformidad con las disposiciones que regían los empleados públicos del Municipio de Manizales, encontrando que en el convenio de afiliación no fue plasmada la prerrogativa de percibir salario y pensión simultáneamente, por lo que es indispensable acreditar el retiro del servicio para hacer efectivo el pago de la pensión de jubilación reconocida en el FOMAG.

De igual manera, en el acto administrativo censurado se dejó claro que existe comunicado DRL 898 del 20 de agosto de 1998 enviada a la Dra. María Eugenia Meneses Munar, Directora del FOMAG para dicha época, donde se estableció una directriz emanada del Municipio de Manizales en el que se manifestó que existe una fecha que constituye un corte legal para reconocer o negar esta prestación, fecha que se determina por la vigencia de la Ley 4° de 1992 es decir de mayo del año citado, que en su artículo 19, inciso g dispuso:

> *"ARTÍCULO 19. 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. Exceptúense las siguientes asignaciones: g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados."*

De lo que se concluye que, el municipio de Manizales en cumplimiento de la norma en cita con posterioridad a la vigencia de la ley 4° de 1992 ha negado la posibilidad de la doble asignación o pensión sin retiro del cargo. En síntesis, las pretensiones del actor no tienen vocación de prosperidad si se tiene en cuenta además, que la prerrogativa de compatibilidad entre la pensión de jubilación y salario no es aplicable a los docentes con vinculación territorial de carácter municipal financiados con recursos propios del municipio de Manizales conforme a los convenios, acuerdos y disposiciones legales reguladoras de las particulares formas de vinculación, sumado a que la negativa está sujeta a las disposiciones de orden constitucional y legal.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado explica que, conforme con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, y la aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, situación que resulta determinante para conocer la normativa aplicable, los requisitos para acceder a la pensión, la tasa de reemplazo y el periodo y la metodología que se tiene en cuenta para calcular el IBL, así:

Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territorialeslos vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entradaen vigor de la Ley 812 de 2003.

Normativa aplicable	Normativa aplicable
• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de laLey 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985	• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994
Requisitos	**Requisitos**
□ Edad: **55 años** (H/M) □ Tiempo de servicios: 20 años	✓ Edad: **57 años** (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
Tasa de remplazo - Monto	**Tasa de remplazo - Monto**
75%	65% - 85%[1] (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).

Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Último año de serviciodocente **(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)**	-Asignación básica - Gastos de representación - Primas de antigüe- dad, técnica, ascensional y de capacitación - Dominicales y feria- dos -Horas extras - Bonificación por ser- vicios prestados - trabajo Suplementa- rio o realizado en jornada nocturna o en díade descanso obligatorio **(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)**	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los **10 años** anteriores al reconocimiento de la pensión **(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)**	- Asignación básica mensual - Gastos de representación - Prima técnica, cuando sea factor de salario - Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factorde salario - Remuneración por trabajo dominical o festivo - Bonificación por servicios prestados - Remuneración por trabajo suplementario o dehoras extras, o realizado en jornada nocturna **(Decreto 1158 de 1994)**
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Finalmente, la Sentencia de Unificación establece las siguientes reglas:

> *"a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones."

Es así, que, para analizar el régimen jurídico aplicable, primero se debe establecer la fecha de vinculación o ingreso al servicio educativo oficial, para luego definir si se aplica los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y, por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. O si, por el contrario, pertenecen al régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

ANALISIS DEL CASO CONCRETO:

En el presente caso, se pide tener en cuenta tiempos de trabajo y cotización por fuera del FOMAG, para poder acceder a la pensión, a su vez se pide la compatibilidad de la pensión con el salario, y se pide no aplicar la ley 812 de 2003. Pero todas estas pretensiones están llamadas al fracaso, por cuanto no se cumplen los supuestos de hecho necesarios para la aplicación de una ley más favorable al docente que le permita acceder a su pensión. A su vez, su vinculación al FOMAG se da solo en la vigencia expresa de la ley 812 de 2003, por lo tanto, los requisitos para obtener la pensión de jubilación son los encontrados en dicha norma. Por último, al encontrarse todavía en el servicio activo, y sin tener aún el estatus de pensionado, no es posible reconocerle una pensión en compatibilidad con el salario.

Ahora, la primera afiliación al FOMAG, se da en virtud de su nombramiento en provisionalidad en el año 2004 probada mediante los documentos anexos a la demanda, sin embargo, el FOMAG, allega certificado de la ultima afiliación de la docente, la cual corresponde al año 2010, debido a su nombramiento en propiedad como docente. En ambos casos, se encuentra ante una situación regulada por la ley 812 de 2003, por lo tanto, la docente requiere de 20 años de servicio continuo o discontinuo en el FOMAG, independientes de sus aportes hechos a otros regímenes, los cuales aún así deben ser 1300 semanas, conforme a las modificaciones hechas por la ley 797 de 2003. La docente no tiene por lo tanto, ni las semanas cotizadas ni los tiempos de servicio, y aunque, se tuviesen en cuenta los contratos celebrados por OPS, estos son insuficientes, por cuanto no están hechos los aportes correspondientes.

V. PETICIONES

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones propuestas por esta parte.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración solicito al Despacho se sirva negar las pretensiones de la demanda de conformidad con la amplia argumentación expuesta a lo largo del escrito de contestación.

TERCERO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

CUARTO: Solicito que previo traslado para alegar de conclusión se profiera sentencia anticipada, teniendo en cuenta para ello que, en el presente asunto se reúnen los presupuestos contemplados por el articulo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080.

Sobre el particular, la norma en su parte pertinente reza:

"Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

(…) c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento. (…)"

VI. PRUEBAS

- Certificado de afiliación al FOMAG ultima vinculación año 2010.

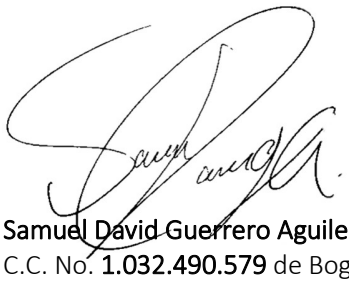
VII. ANEXOS

- Poder especial conferido a mi favor.
- Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo del 2019.
- Escritura Pública No. 480 del 03 de mayo de 2019.

VIII. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co. El suscrito apoderado en el correo t_sguerrero@fiduprevisora.com.co

Del señor Juez,



Samuel David Guerrero Aguilera
C.C. No. 1.032.490.579 de Bogotá D.C.
T.P. No. 354.085 del C. S. de la J.
Revisó: t_jotalora

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA