



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintidós (22) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-005-2016-00177-01
DEMANDANTE:	JUDITH ISABEL NAVARRO DOMÍNGUEZ
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 9 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **JUDITH ISABEL NAVARRO DOMÍNGUEZ**, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el fin que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0302 del 21 de septiembre de 2010, por medio de la cual, se reconoció la pensión de jubilación; y la nulidad total del acto ficto o presunto surgido del silencio administrativo de la petición radicada el día 23 de septiembre

¹ Folios 1 – 2, y 29 -30 del cuaderno de primera instancia.

de 2015, por medio de la cual se solicitó el ajuste de una pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales.

A título de restablecimiento, solicita la demandante se ordene a la entidad accionada, reliquide su pensión de jubilación a partir del 8 de julio de 2010, teniendo en cuenta la prima semestral como factor salarial y devengada en el último año de servicio.

Así mismo, pide que se ordene el pago de los intereses moratorios y la respectiva indexación, así como el pago de los intereses comerciales generados durante los primeros seis meses, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que revisó la pensión de jubilación.

1.2.- Hechos²:

La señora **JUDITH ISABEL NAVARRO DOMÍNGUEZ**, laboró al servicio de la educación oficial. Por haber reunido los requisitos legales, a través de Resolución N° 0302 del 21 de septiembre de 2010, la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Sincelejo, en nombre de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció pensión de jubilación; pero, sin la inclusión de la prima semestral.

La accionante presentó un escrito el día 23 de septiembre de 2015, tendiente a que se le reliquidara su pensión; sin embargo, la entidad accionada guardó silencio al respecto, configurándose el acto ficto que también se demanda.

1.3.- Contestación de la demanda³:

La entidad accionada se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por carecer, a su juicio, de sustento fáctico y jurídico. Adujo, que no se

² Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

³ Folios 48 - 62 del cuaderno de primera instancia.

acreditó que los actos deprecados, hayan sido expedidos con infracción de las normas que debían fundarse, de forma irregular, sin competencia, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, con falsa motivación o con desviación de poder.

Consideró, que se reconoció la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de la misma anualidad, sin menoscabar derechos adquiridos. Agregó, que la respectiva liquidación se hizo teniendo en cuenta todos los factores salariales, respecto a los aportes proporcionales a la remuneración de un empleado oficial, como es el caso del demandante.

Propuso como excepciones las de: ineptitud de la demanda, no agotamiento de vía gubernativa; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; prescripción; falta de legitimación en la causa por pasiva; y compensación.

1.4. Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, a través de sentencia del 9 de marzo de 2018, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y por ende, negó las súplicas de la demanda.

Consideró el A-quo, que no podía ser incluida la prima semestral en la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, en razón a que su fundamento normativo, es decir, la Ordenanza 08 de 1985 expedida por la Asamblea Departamental de Sucre, fue declarada nula por este Tribunal, mediante sentencia del 22 de mayo de 2008, con efectos retroactivos.

Siendo así, indicó, que se imposibilitaba la aplicación para el efecto de la teoría de los derechos adquiridos, pues, en tal circunstancia se carecía de un título jurídico que sirviera de soporte a la adquisición del derecho.

⁴ Folios 84 - 87 del cuaderno de primera instancia.

1.5.- El recurso⁵.

La parte demandante apeló la decisión anterior con el fin de que sea revocada y en su lugar, se ordene la reliquidación pensional con la inclusión de la prima semestral, por haber sido devengada en la fecha en que adquirió su status pensional.

Como fundamento de su recurso, la demandante se refirió a la posición adoptada por este Tribunal en sentencia de fecha 7 de febrero de 2013⁶, en la cual se desató de manera favorable un caso idéntico al que aquí nos ocupa, cuál era el reconocimiento de la prima semestral devengada por el docente en el año de su status pensional.

Así mismo, señaló que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación, fijó parámetros que permitieron aclarar el tema sobre el reconocimiento de la prima de servicios y/o prima semestral.

Concluyó, que tenía derecho al reconocimiento y pago del factor salarial "prima semestral" dentro de su base de liquidación pensional, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, fecha en la cual se encontraba vigente la Ordenanza 08 de 1985 que creó tal emolumento salarial y que ella como docente percibió en el año de su status pensional, tal como se demostraba en el certificado de factores salariales allegado.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 19 de julio de 2018⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

⁵ Folios 96 - 102 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Proferida dentro del proceso radicado No. 70-001-33-31-004-2088-00064-01. M.P. Silvia Rosa Escudero Barboza.

⁷ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

Posteriormente, a través de providencia de 30 de agosto de 2018⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión

La **parte demandante**⁹, reiteró su postura de inclusión de la prima semestral en la base pensional, fundamentándose en pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el tema.

El señor **Agente del Ministerio Público**¹⁰, emitió concepto, señalando que la parte demandante reclamaba la inclusión de la prima semestral en el IBL pensional, ya que dicho elemento lo devengaba a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, tal como lo determinó esta normativa y conforme a la interpretación dada por el Honorable Consejo de Estado. Sin embargo, afirmó, que para cuando se pronunció la alta Corporación en sentencia de unificación del 14 de abril de 2016, ya el Tribunal Administrativo de Sucre había declarado la nulidad de la Ordenanza 08 de 1985, expedida por la Asamblea Departamental de Sucre, cuyo fallo anulatorio se profirió el 22 de mayo de 2008.

Por lo tanto, anotó, que teniendo en cuenta que la providencia del alto Tribunal no tenía efectos de reviviscencia de la norma territorial anulada, no podía pretenderse que el factor salarial sacado del ordenamiento jurídico, hubiere revivido para efectos de lo pretendido por la accionante en sede judicial. Y precisa, que solo hasta la expedición del Decreto 1545 de 2013, este gremio, sin distingo alguno, tenía derecho a la prima de servicios, pero a partir del año 2014, situación que no era la que se presentaba en el caso bajo estudio.

Siendo así, solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia.

⁸ Folio 8 del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 12 - 14 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 15 -22 del cuaderno de segunda instancia.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar: ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación docente de la parte actora, incluyendo la prima semestral como factor salarial devengado previo a la adquisición de su status pensional?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. La pensión de jubilación dentro del régimen aplicable al magisterio.

En materia de seguridad social, el régimen aplicable para los maestros y docentes del sector público, es el régimen del magisterio regulado en las leyes 50 de 1886 (artículos 12 y 13), 114 de 1913, 42 de 1933, 33 de 1985, 91 de 1989, 100 de 1993, 115 de 1994 y 812 de 2003.

Al efecto, la Ley 50 de 1886, fue una de las primeras que fijó reglas sobre el tema de la jubilación y la concesión de pensiones, específicamente se estableció allí, lo siguiente:

“Artículo 12°.- Son también acreedores a jubilación los empleados en la instrucción pública por el tiempo indicado (20 años)”.

“Artículo 13°.- Las tareas de Magisterio privado quedan asimilados a los servicios prestados a la Instrucción pública y serán estimadas para los efectos legales en los términos del artículo anterior”.

Posteriormente, la Ley 114 de 1913 indicó, que los maestros de escuelas primarias oficiales que hubiesen servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tendrían derecho a una pensión de jubilación vitalicia.

De estas dos normas, principalmente de los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886, se deriva, que desde dicho año, todas aquellas personas que se dedican a la actividad de la docencia, tienen derecho a una pensión de jubilación, si han realizado la actividad mencionada por más de 20 años.

Esta Ley creó la pensión de jubilación para los maestros de escuela y estableció, que todos los maestros que hubieran prestado sus servicios por no menos de veinte años (1000 semanas), tendrían derecho a una pensión de jubilación vitalicia, equivalente a la mitad del sueldo que hubiesen devengado durante los últimos dos años de servicio, siempre y cuando hubieran cumplido cincuenta años de edad.

Vale la pena mencionar, además, la Ley 6 de 1945 que estableció un régimen de prestaciones sociales, tanto para los particulares, como para los empleados públicos¹¹; esta ley bifurcó el régimen de prestaciones sociales y estableció dos grandes vertientes, la de los particulares y la del sector oficial. Su artículo 14 establece lo siguiente:

“Artículo 14.- La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;

b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en

¹¹ RENGIFO Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 30, 89, 241.

establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Esta primera etapa de la seguridad social en Colombia, fue conocida como “*de prestaciones patronales y seguros sociales diversificados*”. En este período, el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6 de 1945, establecieron los beneficios de la seguridad social, como prestaciones sociales a cargo del empleador y separaron el sistema prestacional de los sectores público y privado. Para el sector privado se indicó, que las prestaciones sociales a cargo del empleador serían transitorias, hasta que se creara una entidad estatal de seguridad social¹².

La Ley 33 de 1985, establecía como requisitos para que los maestros del sector oficial obtuvieran la pensión de vejez, que tuvieran más de 55 años de edad y 20 años de servicios como docentes en el sector público.

La ley 91 de 1989 establece, que se denominará personal nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y personal nacionalizado, a aquellos vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1967 y a los vinculados a partir de la vigencia de la mencionada ley, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975. Se indica que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, que se causen a partir de la vigencia de la ley, son de cargo de la Nación y deben ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones

¹² ARENAS Monsalve Gerardo, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2011, p. 64.

Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta que las Entidades Territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, tendrán que pagarle al Fondo, las sumas que adeuden a dicho personal, hasta la fecha de promulgación de la ley en comento, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Se establece además, que a partir de la vigencia de la ley, los docentes nacionalizados que figuren vinculados como tal, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 11 establece, que el Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional. En su artículo 15 indica, que la mencionada ley opera respecto de todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, de las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, respecto de los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas, sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

El artículo 17 establece, que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas, con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. El artículo 22 indica, que el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, para lo cual debe descontar del salario de cada afiliado, el monto de las cotizaciones. En todo caso, el empleador

deberá responder por la totalidad del aporte, aún en el evento de que no hubiere efectuado los descuentos.

Por su parte, el artículo 31, establece el régimen de prima media, definido como aquel mediante el cual, los afiliados obtienen su pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes o una indemnización sustitutiva. Los requisitos para la obtención de la pensión de vejez, están consagrados en el artículo 33 y son los siguientes:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Para el cómputo de las semanas a que se refiere el segundo numeral, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; (negrillas fuera del texto).

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a la vigencia de la mencionada ley.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado, que antes de la Ley 100 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece además, un régimen de transición según el cual, a partir de la entrada en vigencia de la misma y hasta el 31 de diciembre del año 2007, las mujeres que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad, los hombres que a la misma fecha tuviesen cuarenta o más años de edad o las personas que tuviesen 15 años o más de servicios cotizados, podrán pensionarse con la edad, el tiempo de servicios, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, establecidos en el régimen anterior a la Ley 100, al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1° de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en dicho artículo, se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior, al cual se encontraban afiliadas.

Por último, es importante mencionar que el artículo 37 establece, que las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas.

Se debe mencionar además, en este marco normativo, la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81 establece, que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley. Establece además, que los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media, establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Dejándose claridad, que en todo caso, a aquellos docentes que no resulta aplicable el contenido de la Ley 100 de 1993, lo es por exclusión expresa del art. 279 de la misma ley.

En síntesis, (i) para el caso de las personas que se rigen por el régimen del magisterio, las normas aplicables son aquellas que regían en cada entidad territorial a la vigencia de las leyes 114 de 1919, 91 de 1989, 6 de 1945, 33 de 1985 y 71 de 1988. Existe también, (ii) un régimen de transición que establece, que aquellos que queden cobijados por el mismo, se pensionarán a los 50 años de edad si tuvieran 15 años de servicio, tal y como lo establece el párrafo 2 de la Ley 33 de 1985. Por su parte, los docentes hombres con vinculación nacional se pensionan con 55 años de edad sin excepción.

Por otro lado, (iii) la Ley 812 de 2003, creó un nuevo régimen en materia pensional, según el cual, los docentes que se vinculen durante su vigencia, tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad que será la de 57 años para hombres y mujeres.

De ahí que, en casos como el tratado, cuando comenzó a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad aplicable para la pensión de jubilación y su liquidación en el sector educativo, era la Ley 33 de 1985, la cual era extensible a todos los servidores públicos de todos los niveles, que no se encontraran exceptuados de ella.

2.3.2. El régimen de los docentes, a partir de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

El párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, se ocupa, expresamente, de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

“Párrafo transitorio 1o. 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 ésta. 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.”

De la norma transcrita se desprende, que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio, a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la ley 100 de 1993, pero con la edad de 57 años para hombres y mujeres; y quienes se vincularon antes, se rigen por la ley 91 de 1989 en materia pensional.

Estos dos regímenes, se conservan para quienes adquirieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo No. 01 del 2005.

Al efecto, las iniciativas de reforma constitucional presentadas por el Gobierno Nacional, para adicionar el artículo 48 de la Carta con miras a garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, incluyeron las siguientes propuestas:

“Artículo 1o. Se adicionan los siguientes incisos al artículo 48 de la Constitución Política:

“... Salvo lo dispuesto en el último inciso del presente acto, no habrá regímenes pensionales especiales, ni exceptuados, con excepción del aplicable a la fuerza pública...”

“... La vigencia de los regímenes pensionales de transición, los especiales, los exceptuados así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las reglas generales de la Ley 100 de 1993 y sus reformas expirarán el 31 de diciembre del año 2007...”.

El Congreso de la República aprobó la iniciativa, prohibiendo los regímenes especiales y exceptuados, con excepción de la Fuerza Pública y el Presidente de la República, a partir de la vigencia de la reforma

constitucional, pero consagrando, expresamente, tanto el respeto por los derechos adquiridos como varias disposiciones de transición, entre ellas, la extensión hasta el 31 de julio del año 2010, de los regímenes especiales, exceptuados o distintos del régimen general; y también adoptando una norma especial de transición para los docentes.

El acto legislativo en comento, entró a regir el 25 de julio del 2005, fecha que determina la supresión de los regímenes especiales y exceptuados y los demás que sean distintos al sistema general, conforme lo regulan el inciso octavo y el párrafo segundo transitorio.

Para los docentes, el párrafo transitorio primero del artículo primero del Acto Legislativo No. 01 del 2005, elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos regímenes pensionales del artículo 81 de la ley 812 del 2003 y del mismo modo, esto es, también como norma constitucional, estableció la fecha a partir de la cual perderán su vigencia, puesto que en el párrafo transitorio segundo del artículo primero del Acto Legislativo, ordena que el 31 de julio del 2010 expirarán todos los regímenes que sean distintos al sistema general de pensiones.

Interesa en este punto, detenerse en la expresión *“sin perjuicio de los derechos adquiridos”*, para precisar, que si bien en materia pensional la tradición de nuestro ordenamiento jurídico ha sido la de configurar el derecho adquirido, cuando la persona reúne los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos en el régimen que le sea aplicable para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez, que en el lenguaje de la reforma se denomina como *“causación del derecho”*, el Acto Legislativo No. 01 del 2005 es explícito en el punto, estatuyendo en el inciso tercero del artículo 1º, lo siguiente:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley...”

La aplicación de este conjunto de disposiciones de rango constitucional a los docentes oficiales, deja sustentado que:

- a) En ningún caso se podrá causar una pensión bajo el régimen especial de los docentes, a partir del 31 de julio del 2010;
- b) Los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003, se pensionarán con la edad de 57 años, para hombres y mujeres, con los demás requisitos y condiciones del régimen de prima media regulado por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003;
- c) Los docentes cuya vinculación al servicio educativo estatal haya sido anterior al mismo 27 de junio del 2003, se pensionarán con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 91 de 1989¹³ y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

Luego, se trata de un régimen distinto al que regulan las reglas generales.

2.3.3. La prima semestral.

La prima semestral, fue creada por la Asamblea Departamental de Sucre, mediante la Ordenanza N° 08 de 1985, la cual en su artículo 1° dispuso: *“Créase una Prima Semestral equivalente a un mes de sueldo, a favor de los*

¹³ “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 1o de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:...

“2. Pensiones:

“A. 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 llegasen a tener derecho a la pensión de 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.

“B. Para los docentes vinculados a partir del 1o de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

empleados al servicio del Departamento, y de la Contraloría Departamental, ya sean trabajadores oficiales o empleados públicos".

Posteriormente, mediante Ordenanza No. 08 de Septiembre 23 de 1999, se derogó expresamente la Ordenanza N° 08 de Noviembre 6 de 1.985; sin embargo, en el párrafo del artículo segundo, se dispuso: *"Aquellos derechos derivados de los actos administrativos cuya derogatoria se pide, seguirán vigentes en cabeza de los servidores públicos del Departamento hasta tanto se produzca su desvinculación definitiva de la administración departamental"*.

En este orden, en principio se entendería que a pesar que la Ordenanza N° 08 de Noviembre 6 de 1.985, fue derogada por la Ordenanza N° 08 de 23 de Septiembre de 1999, ésta última mantuvo la vigencia de los derechos creados en ella, en cabeza de los Servidores Públicos del Departamento, hasta tanto se produjera su desvinculación definitiva, de la Administración Departamental.

Más adelante, mediante Sentencia de mayo 22 de 2008¹⁴, tanto la Ordenanza N° 08 de Noviembre 6 de 1.985, como el párrafo del artículo Segundo de la Ordenanza No. 08 de Septiembre 23 de 1999, fueron declarados nulos, por el Tribunal Administrativo de Sucre, al resolver demandas de Simple Nulidad, interpuestas en contra de las mismas.

En relación a los efectos de las sentencias, que declaran la nulidad simple de un acto administrativo general, este Tribunal, en sentencia 25 de junio de 2015¹⁵, señaló:

"El tema de los efectos en el tiempo de los fallos en donde se declara nulo un acto administrativo de contenido general, suscita en todos los niveles cierta incertidumbre, dado que si se estudian las normas relacionadas con ello no encontramos regulación

¹⁴ (Procesos Acumulados No. 2004-00390-00 y 2005-01524-00). M. P. Armando Sumosa Narváez.

¹⁵ Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Radicación: 70-001-33-33-005-2013-00104-01, Demandante: Ubadel José Mercado Mercado, Demandado: Departamento De Sucre. M. P. Luis Carlos Alzate Ríos.

expresa que dé respuesta a esta inquietud jurídica, limitándose el Código Contencioso Administrativo a determinar que el fallo es obligatorio una vez en firme (artículo 174 del C.C.A.) y a afirmar que en esta clase de acciones hace tránsito a cosa juzgada erga omnes (artículo 175 ibídem)¹⁶.

En igual sentido, la normativa vigente a la fecha, contenida en la Ley 1437 de 2011 regula el tema de la misma forma en el artículo 189, trayendo solo una norma especial para lo relacionado con la acción de nulidad por inconstitucionalidad como control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Presidente de la República de los que no conoce en su constitucionalidad la Corte Constitucional, partiendo de la base de los efectos ex nunc, pero dejando en manos del Juez natural, el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, quien conoce de esta clase de acciones en única instancia, el disponer lo efectos ex tunc, tal como se encuentra regulado en la actualidad con relación a los efectos en el tiempo de la declaratoria de inexequibilidad de una norma por parte de la Corte Constitucional (Artículo 45 de la Ley 270 de 1996).

Sin embargo, para este Tribunal¹⁷, existe claridad suficiente en determinar que, salvo en los casos en los que la ley de forma expresa le da efectos hacia el futuro a los fallos de nulidad¹⁸, estos poseen efectos hacia el pasado, respetando los derechos adquiridos.

De otro lado, es menester señalar que se entiende por derecho adquirido, para efectos de determinar si la prima pretendida por el actor lo es. Con el fin de ahondar en uno y en otro concepto, realizaremos las siguientes precisiones:

La Corte Suprema de Justicia, definió el derecho adquirido de la siguiente manera:

¹⁶ Cita 9: Se cita en el presente aparte las normas del C.C.A. o Decreto 01 de 1984, dado que el fallo de nulidad simple que da lugar a la demanda, fue expedida en su vigencia, ver fol. 1 y 27 C. Pruebas.

¹⁷ Cita 10: Este Tribunal se ha pronunciado a profundidad, en varias oportunidades sobre el tema de los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad simple de actos administrativos, y trae a colación la siguiente providencia y su argumentación, que no se transcribe en la presente en aras de la concreción en el tema en estudio, pero que puede ser consultada en la página web de la Rama Judicial: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE. SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL. MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS. Sentencia del 10 de abril del 2014. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2013-00217-00. DEMANDANTE: BLAS RAFAEL ROMERO HERNÁNDEZ. DEMANDADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Ver: <http://www.ramajudicial.gov.co:8080/csj/downloads/UserFiles/File/SUCRE/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO%20DE%20SUCRE/BOLETINES%20%20DECISIONES%20SALA%20-%20DR%20LUIS%20CARLOS%20ALZATE%20%20RIOS/2013-217-00%20BLAS%20ROMERO%20FISCALIA.pdf> consultada el 18-06-2015.

¹⁸ Cita 11: Estas normas son los artículos 24 de la Ley 35 de 1993, 38 de la Ley 142 de 1994 y 6 numeral 6.3. de la Ley 1150 de 2007.

“(…) Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que **ha entrado al patrimonio** de una persona natural o jurídica, que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quién lo creó o reconoció legalmente. (...)”¹⁹

Sin perder de vista el aparte jurisprudencial transcrito, debemos establecer de manera concreta y específica qué ha entendido la doctrina como mera expectativa, así:

“(…) Según Ruggiero, Tomo I, página 174, “Las simples expectativas son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de algunos de los requisitos exigidos por la ley; por ejemplo, la expectativa a la sucesión del patrimonio de una persona viva (...)”.²⁰

Es importante anotar de conformidad a lo expuesto que, solo se puede predicar la existencia de un derecho adquirido cuando el mismo ya ha ingresado a su patrimonio, o al menos ya se han cumplido los requisitos exigidos por la ley para obtenerlo, empero, si el derecho aún no ha entrado al patrimonio del titular por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley para su obtención, no es más que una mera expectativa que no posee amparo legal alguno. La Corte Suprema de Justicia sobre el particular, es clara en explicar lo siguiente:

“(…) Quienes tienen que aguardar el transcurso de un término para adquirir derechos, durante la espera no son titulares de ninguna facultad jurídica, constituida plenamente con objeto cierto sobre el cual ejercerla. En tales circunstancias las esperanzas todavía no se han transformado en derecho, éste no ha surgido, no forma parte de ningún patrimonio y, en suma por inexistente, se halla fuera de la protección del artículo 30 de la carta²¹, el cual apenas concierne a derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles²². (...)”.

Conforme a lo anterior queda claro que la naturaleza jurídica del derecho adquirido tiene raigambre constitucional y sustento filosófico en el principio de la seguridad jurídica, sin embargo, el mismo no debe ser confundido con las meras expectativas, las cuales no gozan de ningún tipo de protección.

¹⁹ Cita 12: Sala Plena, Bogotá D.E., sentencia de 15 de noviembre de 1990.

²⁰ Cita 13: Citado por la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 4 de abril de 1972, publicada en la obra: cinco años de jurisprudencia laboral. Legis 1977, páginas 33 y ss.

²¹ Cita 14: Se refiere a la Constitución de 1886.

²² Cita 15: Sentencia del 4 de abril de 1972, publicada en la obra: cinco años de jurisprudencia laboral. Legis 1977, páginas 33 y ss.

Por su parte, la CORTE CONSTITUCIONAL nos enseñan sobre el tema en debate, diferenciándolo de las meras expectativas:

(i) La Corte Constitucional ha precisado que los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Existe un derecho adquirido cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento. Por contraste, las meras expectativas, consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad."²³

Igualmente, es importante aclarar que conforme la norma constitucional que protege los derechos adquiridos (artículo 58 de la C.P.) su blindaje jurídico se condiciona a la legalidad del mismo, lo que se desprende de la frase "...con arreglo a las leyes civiles..."²⁴.

2.4.- Caso concreto.

En el *sub lite*, se encuentran demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. A través de Resolución N° 302 del 21 de septiembre de 2010, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, por intermedio de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Sincelejo, le reconoció a la señora JUDITH ISABEL NAVARRO DOMINGUEZ una pensión de jubilación, en cuantía de \$982.731.00, efectiva a partir del 9 de julio de 2010, tomando como base el 75% del salario promedio de factores salariales

²³ Cita 16: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 de 2009.

²⁴ Cita 17: En este sentido se ha pronunciado este Tribunal: "Dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, desde la Constitución se plantea la protección de los derechos adquiridos de las personas, pero condicionada dicha tutela a que el derecho sea obtenido conforme a las reglas legales. Lo anterior posee un claro sustento en los artículos 1, 58, 83 y 95 de la C.P., al momento que consagran que Colombia es un Estado Social de Derecho, que los derechos adquiridos deben respetar las leyes civiles, el deber de buena fe del particular para con el Estado y la obligación de no abusar del derecho." TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – Sala Primera de Decisión Oral - MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS. Sentencia del 19 de marzo de 2015. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. RADICACIÓN: 70-001-33-33-006-2012-00112-01. DEMANDANTE: SIXTA ELENA PATERNINA MATHIEU. DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO.

devengado en el último año de servicio anterior al status, con la inclusión de la asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad²⁵.

-. El 23 de septiembre de 2015, fue recibida petición en la que la demandante requiere la reliquidación de su pensión²⁶, sin embargo, la entidad accionada guardó silencio al respecto, configurándose el acto ficto que se demanda.

-. La señora JUDITH ISABEL NAVARRO DOMINGUEZ, devengó durante su último año de prestación de servicios -8 de julio de 2009 – 8 de julio de 2010- previo a la adquisición de su status pensional, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad, prima vacacional docente, prima de alimentación y prima semestral**²⁷.

Ahora bien, como quiera que la controversia radica en establecer la inclusión de la prima semestral como factor salarial a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida, es menester señalar desde ya, que no es posible acceder a dicha pretensión.

En efecto, se advierte que la mesada pensional de la parte accionante, fue debidamente liquidada con los factores salariales devengados previo a la adquisición de su status pensional, sin que pueda incluirse la prima semestral en el procedimiento liquidatario, pues, como acertadamente lo indicó el A quo, tal factor salarial carece de soporte legal para ser objeto de reconocimiento, en tratándose de docentes nacionalizados.

Es decir, en la liquidación pensional solo es dable incluir la prima semestral en tratándose de empleados del orden nacional, en virtud de su régimen salarial y prestacional; por lo que tienen derecho a percibir esta prima, que

²⁵ Folios 13 - 15 del cuaderno de primera instancia.

²⁶ Folios 18 - 20 del cuaderno de primera instancia.

²⁷ Constancia de factores salariales visible a folio 16, cuaderno de primera instancia.

es denominada por el Decreto 1042 de 1975, como prima de servicio o semestral.

Dicha calidad que no la ostenta la demandante, pues, del certificado obrante a folio 16 del cuaderno de primera instancia, se avizora que ostenta la condición de docente nacionalizada y así se dejó expresado en el acto de reconocimiento pensional, si es que hubiere discusión al respecto.

En ese orden, se precisa, que dicha prima fue reconocida en su momento para los empleados territoriales del Departamento de Sucre (Ordenanza 08 de 1985); sin embargo, los actos administrativos que la crearon, se declararon nulos por parte de este Tribunal, mediante sentencia de mayo 22 de 2008, que definió con efectos de cosa juzgada erga omnes, al ser consecuencia de acción de simple nulidad, la suerte de las normas que servían de fundamento a la prima semestral reclamada.

En ese sentido, no es procedente reconocer la prima semestral, pues, quedó sin sustento legal, al haber desaparecido del mundo jurídico, los actos que la crearon y que extendieron su vigencia, hasta la desvinculación definitiva del empleado, del ente departamental.

Igualmente, se precisa, que ni siquiera es procedente reconocer la prima semestral, que se hubiese reconocido con anterioridad a la fecha de expedición de la citada sentencia, porque la declaratoria judicial de la nulidad de los actos administrativos, tiene efectos retroactivos, es decir, se aplican, como si el acto, cuya nulidad se decretó, no hubiera existido; siendo ello así, resulta imposible, usar para el efecto, la teoría de los derechos adquiridos, pues, en tal circunstancia, se carecería de un título jurídico, que sirva de soporte a la adquisición del derecho²⁸.

De ahí que, frente a la alegación de la existencia de derechos adquiridos, relacionada con la prima semestral, contemplada en la Ordenanza No. 08

²⁸ En este mismo sentido se ha expresado este Tribunal. Cfr. Nota al pie 11 y 13 de esta providencia.

de Noviembre 6 de 1985, se itera lo dicho por el A-quo, en el sentido de que tal prima, nació de manera ilegítima, pues, dicha ordenanza fue declarada ilegal, mediante sentencia, la cual se encuentra en firme, por tanto, no se tiene como un derecho adquirido.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandante y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el A quo, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 23 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancias a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0036/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA