

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2022)

Sentencia No. 0025

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante	Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional y Otros.
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia anticipada dentro del proceso de la referencia, en atención a lo dispuesto en el literal b y d del numeral 1 del artículo 182A del CPACA¹.

II. ANTECEDENTES

El señor Néstor Alberto Medina Whitaker, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1. Declarar que es nulo el acto administrativo contenido en el Oficio N° 1000 (suyo CDG- 20-210, creado el 04 de agosto de 2020, notificado personalmente al apoderado el 10 de agosto de 2020, suscrito por la doctora LUCILA MARIA MORELOS PAEZ, Secretaria de Educación Departamental

¹ Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, el cual, establece: “(...) se podrá dictar sentencia anticipada: ...
1. Antes de la audiencia inicial:
...b) Cuando no haya que practicar pruebas;...
d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles...” (Subrayado fuera del texto original).

del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante el cual negó las peticiones:

1.2. *Declarar que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago indexado de las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas a partir del mes de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019.*

1.3. *Declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF a partir de la ejecutoria de la sentencia, en los términos del inciso tercero del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y a una tasa comercial si el pago no se cumple dentro del término previsto en el numeral 4 del artículo 195 EJUSDEM.*

1.4. *Declarar que es obligación de la entidad demandada pagar de pagar las agencias en derecho y las costas del proceso*

1.5. *CONDENAR a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante de manera indexada las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas a partir del mes de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019.*

1.6. *Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar de manera indexada los dineros que resulten a favor del demandante, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.*

1.7. *Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar de los intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF a partir de la ejecutoria de la sentencia, en los términos del inciso tercero del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y a una tasa comercial si el pago no se cumple dentro del término previsto en el numeral 4 del artículo 195 EJUSDEM.*

1.8. *Condenar a la entidad demandada a cumplir la sentencia de conformidad con los artículos artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.*

1.9. *Condenar a la entidad demandada a pagar los gastos del proceso y las agencias en derecho”.*

- HECHOS

El demandante por intermedio de apoderado judicial, sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue²:

² Artículo 187 del CPACA. “Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y su contestación...”.

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Que nació el 29 de octubre de 1954, teniendo a la fecha de la radicación de la demanda 66 años.

Señala que presta sus servicios a la entidad demandada desde el 12 de febrero de 1974, y mediante Decreto 036 del 18 de febrero de 1993, expedido por el alcalde del Municipio de Providencia y Santa Catalina fue nombrado docente estatal en propiedad.

Manifiesta que, el 1 de marzo de 1993 se posesionó en dicho cargo.

Sostiene que al momento de la ocurrencia de los hechos y en la actualidad es docente activo de Matemáticas y Física en la Institución Educativa “JUNIN” de Providencia.

Indica que, según la Resolución N° 037 del 04 de septiembre de 2012, se encuentra Escalafonado en el grado 14.

Afirma que está afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aduce que mediante Resolución N° 000733 del 24 de febrero de 2010, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la Secretaría de Educación le reconoció pensión de jubilación, la cual, es pagada por la Fiduciaria La Previsora S. A.

Señala que dicha pensión fue reajustada por orden judicial acatada mediante la Resolución N° 000770 del 03 de marzo de 2017.

Alega que el 9 de julio de 2018, solicitó licencia laboral no remunerada concedida mediante la Resolución N° 005664 del 09 de julio de 2018, expedida por la Doctora Sandra Victoria Howard Taylor (Gobernadora Encargada).

Sostiene que mediante Decreto N° 122 del 27 de junio de 2018, fue nombrado Secretario de Desarrollo Social y Comunitario de Providencia y Santa Catalina islas, y se posesionó en el cargo el 10 de julio de 2018.

Manifiesta que el 17 de diciembre de 2019, presentó renuncia al cargo de libre nombramiento y remoción, que fue aceptada mediante Decreto 2020 del 31 de diciembre de la misma anualidad.

Asegura que el 1 de enero de 2020, renunció a la licencia laboral no remunerada, solicitó el reintegro al cargo docente, y a la nómina de pensionados.

Relata que el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante Decreto 0026 del 02 de enero de 2020 ordenó su reintegro al cargo de docente.

Asevera que la última mesada pensional que percibió durante el año 2018 fue la correspondiente al mes de junio.

Por último, expresa que durante el ejercicio del cargo de libre nombramiento y remoción ostentaba un salario mensual de \$3.867.454, que sumado con el valor de la mesada pensional suspendida da como resultado un ingreso inferior al salario percibido por un ministro del despacho del Presidente de la República.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

El extremo activo de la litis considera que el acto enjuiciado vulnera las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

- Constitución Política: se vulneraron los artículos 1, 2, 6, 13, 23, 29, 53, 58, 83, 84, 90, 95 (1), 123, 124, 125, 128, 228, 230, 287, 298.
- Legales: se vulneró el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, artículo 153 de la Ley 115 de 1994, artículos 1-6; 38 y 39 de la

Ley 489 de 1998, artículo 7° de la Ley 715 de 2001, numeral 9 del artículo 33; numeral 19 del artículo 35, de la Ley 734 de 2002.

- Se vulneró el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.
- Se vulneraron los numerales 2, 26 y 27 del artículo 3 de la Ley 1454 de 2011.
- Decretos Leyes: se vulneró el artículo 1234 del Decreto 410 de 1971- Código de Comercio, artículos 3°, 10,31.36, literal f del Decreto 2277 de 1979 y, artículo 6 del Decreto 1222 de 1986.
- Decreto 1272 del 23 de julio de 2018.

En el acápite de concepto de violación, el apoderado de la parte actora transcribe apartes de la Ley 1437 de 2011 que versan sobre la de nulidad de los actos administrativos, hace referencia a la violación de las garantías sustanciales y define el concepto de violación. Además, enuncia apartes de la sentencia del 22 de febrero de 2002, radicado S – 051 del Consejo de Estado y, las sentencias del 4 de septiembre de 2012 y 16 de octubre de 2013 de la Corte Suprema de Justicia.

Violación de la Constitución y la Ley como causal de nulidad:

Alega que el acto acusado, se expidió con infracción en las normas en que debería fundarse, debido a que, desconoce los derechos adquiridos por el demandante como beneficiario de un régimen especial que le permite acceder a la pensión de jubilación aun cuando esté percibiendo un salario, pues se trata de una de las excepciones consagradas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, artículo 6 de la Ley 60 de 1993, y artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo dispuesto en el artículo 128 constitucional.

Asegura que la demandada no debió negar el pago de las mesadas pensionales suspendidas desde el mes de julio de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019, bajo el argumento de que el actor durante dicho término desempeñó un empleo de libre nombramiento y remoción, dado que los docentes estatales gozan de las compatibilidades entre sueldo docente y pensión y entre pensión de jubilación docente y sueldo de otra entidad del Estado.

Indica que, el acto administrativo enjuiciado reviste la característica de complejo, motivo por el cual, debió haber sido creado, adoptado y ejecutado de manera coordinada por la Fiduprevisora y la entidad territorial certificada en educación, no solamente por esta última entidad, actuar que vulnera lo dispuesto en el artículo 6°, el numeral 1 del artículo 95 y el artículo 121 de la Constitución Política.

En tal sentido, considera que se debe declarar la nulidad del acto administrativo demandado y proceder al restablecimiento pleno del derecho.

- CONTESTACIÓN

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La entidad acusada actuando a través de apoderado judicial, contestó la demanda manifestando que se opone a la totalidad de las pretensiones, por considerar que el demandante no tiene derecho a la reclamación solicitada.

Aduce que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una subcuenta del estado de creación legal que carece de personería jurídica, por lo tanto, no es sujeto de derechos y obligaciones.

Sostiene que, un docente activo que está recibiendo pensión de jubilación si puede ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción bajo la figura de la comisión de servicios temporal de que trata el Decreto 2277 de 1979, pero mientras ejerce dicho empleo no puede percibir las mesadas pensionales, sino solamente la asignación salarial del cargo, pues la compatibilidad solo se permite mientras esté en servicio activo como docente.

Propuso la excepción de no comprender la demanda al litisconsorcio necesario, argumentado que los actos administrativos allegados con la demanda (Resoluciones No. 00733 del 24 de febrero de 2010 y No. 770 del 8 de marzo 2017), fueron expedidas por la Secretaría de Educación del Archipiélago de San Andrés

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Providencia y Santa Catalina y la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina Islas, entes que no habían sido vinculados al proceso.

Vinculado - Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - Secretaría de Educación.

Una vez vinculado al proceso mediante auto del 18 de mayo de 2021, a través del cual, se resolvieron las excepciones previas planteadas por la demandada, esté ente territorial por medio de apoderado judicial recorrió el traslado de la demanda manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto el acto administrativo atacado está revestido de la legalidad que le imprime el haber sido expedido por la autoridad administrativa competente, en apego a la Constitución y la ley.

En tal sentido, señaló que el demandante no establece de manera clara y concisa los cargos mediante los cuales manifiesta existió quebrantamiento legal al momento de proferirse el acto administrativo demandado, sino que solo se limita a mencionar las normas jurídicas presuntamente vulneradas.

Asimismo, indicó que es errónea la interpretación dada por el accionante de proponer una doble asignación del erario en razón de un cargo público de libre nombramiento y remoción y una pensión, pues dicha posibilidad dista únicamente de la compatibilidad reglamentaria frente a su función activa en calidad de docente.

Bajo estas razones solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2020.

El despacho sustanciador en proveído No. 0017 del 28 de enero de 2021, admitió la demanda y notificó en debida forma a las partes.

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda dentro del término legal para ello y propuso excepciones.

Por Traslado No. 008 del 5 de marzo de 2021, la Secretaria del Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina corrió traslado de las excepciones formuladas por la parte demandada.

Mediante auto No. 0070 del 18 de mayo de 2021, el Despacho declaró parcialmente probada la excepción previa propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio de *“No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”*, respecto del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Secretaría de Educación. En consideración a ello, se ordenó la vinculación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Secretaría de Educación al extremo pasivo de la litis.

La entidad territorial vinculada dentro del término legal contestó la demanda y propuso excepciones.

Por Traslado No. 017 del 21 de julio de 2021, la secretaria del Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina corrió traslado de las excepciones formuladas por el apoderado del Departamento.

Encontrándose el proceso de la referencia, el Despacho observó que podría configurarse la hipótesis de dictar sentencia anticipada en virtud de los postulados normativos previstos en el numeral 1 del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021. Por tal razón, mediante auto No. 0107 del 5 de agosto de 2021, fijó el litigio objeto de controversia.

Ejecutoriado dicho proveído, mediante Auto No. 0117 del 23 de agosto de 2021, se corrió traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presentaran sus alegatos de conclusión.

Dentro de la oportunidad señalada, las partes presentaron sus alegatos conclusivos, mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

ALEGACIONES

PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante oportunamente arrimo sus alegatos de conclusión, reiterando los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en el escrito de demanda, relativos a que el actor tiene derecho a percibir de manera conjunta, simultánea y compatible la pensión de jubilación y el salario otorgado por ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción y las correspondientes prestaciones sociales de contenido económico.

PARTE DEMANDADA

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Esta entidad replicó los argumentos y manifestaciones realizadas en la contestación de la demanda referentes a que, solo se permite la compatibilidad entre pensión y salario en el régimen especial de docentes estatales, mientras estén en servicio activo ejerciendo funciones de docencia.

Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Secretaría de Educación.

El ente territorial manifestó nuevamente los argumentos esbozados en su contestación y agregó que son improcedentes las pretensiones del demandante,

pues la razón legítima para suspender el pago de sus mesadas pensionales mientras ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción, es que no se le podían reconocer tres asignaciones paralelas e incompatibles, como lo son; la asignación de carácter pensional a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los salarios, prestaciones sociales u honorarios en el cargo de docente y los honorarios devengados en el cargo de libre nombramiento y remoción.

A su vez, señaló que las funciones del actor en el cargo de docente respecto de los tiempos alegados obedecen a una mera vinculación reglamentaria o jurídica en ese sentido, y no conforme a la ejecución cierta de las actividades de docente, en la medida que este solicitó licencia no remunerada para ocuparse en otro cargo aceptando que su asignación sería suspendida por disposición reglamentaria taxativa que prohíbe la doble asignación del erario público.

Finalmente reiteró que, la parte demandante no logra desvirtuar en la más mínima forma la legalidad del acto acusado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público en esta oportunidad guardó silencio.

III.- CONSIDERACIONES

Prevía la decisión que corresponde, procede la Sala a examinar los presupuestos procesales de la acción:

- Jurisdicción y competencia

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. (Art.

104 C.P.A.C.A.). En el presente caso, se demanda un acto administrativo expedido por la Secretaría de Educación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, lo que hace que esta jurisdicción sea la apta para administrar justicia en este proceso.

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvierta actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 152 del CPACA.

A su turno, el artículo 157 del CPACA, establece que cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de 3 años.

En este orden, encuentra el Despacho que la pretensión consolidada en la demanda fue estimada por la suma de cincuenta y siete millones trescientos cuatro mil trescientos tres pesos (**\$57.304.303**), suma que supera los 50 S.M.L.M.V.³ a la fecha de presentación de la demanda⁴, por tanto, se concluye, que este Tribunal es competente para conocer del litigio de la referencia, en razón de la cuantía de acuerdo al numeral 2° del Art. 152 del CPACA.

En cuanto al factor territorial, es igualmente competente en razón a que el último lugar donde el señor Néstor Alberto Medina Whitaker prestó sus servicios fue en el Municipio de Providencia y Santa Catalina en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (Art. 156 No. 3° del CPACA).

- Caducidad

³ El Decreto 2360 del 26 de diciembre de 2019, fijó a partir del primero (1°) de enero de 2020, como Salario Mínimo Legal Mensual para los trabajadores de los sectores urbano y rural, la suma de ochocientos setenta y siete mil ochocientos tres pesos (\$877.803 pesos).

⁴ La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2020, según Acta Individual de reparto visible en el cuaderno digitalizado.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, establece que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, cuando: “... c) *Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas*”.

Teniendo en cuenta que este asunto versa sobre un acto que negó el pago de las mesadas pensionales en favor del señor Néstor Alberto Medina Whitaker, encuentra la Sala que a la presente demanda no le aplica el fenómeno de la caducidad.

- Legitimación en la causa

Por activa: Tiene legitimación en la causa por activa, el señor Néstor Alberto Medina Whitaker, a quien el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Secretaría de Educación, mediante el acto que se demanda, le negó el pago de las mesadas pensionales suspendidas desde el mes de julio de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019.

Por pasiva: La legitimación en la causa por pasiva se encuentra en cabeza de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Secretaría de Educación, pues considera el actor, han lesionado su derecho adquirido.

- PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala de Decisión en esta oportunidad, determinar la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1000 (suyo CDG- 20- 210) No. Radicado SAA2020EE3298 del 4 de agosto de 2020, por medio del cual, se niega al actor el pago de las mesadas pensionales suspendidas desde el mes de julio de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019, por habersele otorgado una comisión de servicios no remunerada en un cargo de libre nombramiento y remoción distinto al servicio docente.

- TESIS

Luego del juicioso análisis y estudio probatorio dentro el asunto de la referencia, el Tribunal negará las pretensiones de la demanda, por considerar que el acto antes mencionado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, pues fue expedido conforme a las normas en las cuales debía fundarse y por la entidad competente para ello, tal como se pasa a explicar.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

(i) Del régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como un administrador de las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados y territoriales. La precitada ley en su artículo 15 señala el régimen que se debe aplicar al personal docente, de la siguiente manera:

“Artículo 15º. 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 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.

2.- Pensiones: (...) A.- Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 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 nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”. (Subrayado fuera de texto)

De la citada normatividad se desprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º 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 o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, pauta normativa que constituía en la época el régimen general de pensión.

De otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social al señalar que, *“Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”*.

Luego, la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985, en el siguiente sentido:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.

Con posterioridad a ello, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece el nuevo Régimen prestacional de los docentes oficiales señalando:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003.

Régimen prestacional de los docentes oficiales. 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 presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente 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.”

Del mismo modo, el Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" en el Parágrafo transitorio 1º, preceptúa:

“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”.

En ese contexto, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵, recordó que de acuerdo 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. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, Rad. número: 68001-23-33-000-2015-00569-01 (0935-17)SUJ014-CE-S2-19, C.P. Cesar Palomino Cortés.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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.

(ii) Fundamento normativo de la prohibición de doble erogación con cargo al tesoro público.

El artículo 128 constitucional consagra que:

“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.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas...” (Subrayado fuera de texto original)

De este precepto constitucional se deduce la imposibilidad de recibir doble asignación del erario, salvo las excepciones legales.

Frente a esta situación, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de junio de 2011, señaló: *Ahora bien, la locución “desempeñar más de un empleo público” que trae el artículo 128 no resulta tautológica respecto de la que proscribe “recibir más de una asignación”, como podría creerse a primera vista, pues cada una de ellas produce consecuencias jurídicas diferentes: una, prevenir el ejercicio simultáneo de empleos públicos remunerados, con la consabida acumulación de funciones públicas y, otra, impedir que quien ostenta una sola investidura - reciba otra asignación proveniente del tesoro público, distinta del salario⁶.*”

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, Sentencia del 30 de junio de 2011, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00145-01(2701-04), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paez.

El mandato contenido en el artículo 128 constitucional, fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992⁷, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-133 del 1º de abril de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, la norma estipula 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. Exceptúense las siguientes asignaciones:

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

(...)

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados... (subrayado fuera de texto original)

Ahora bien, en tal disposición, se señalan puntualmente los casos en los cuales se permite recibir de manera simultánea dos asignaciones provenientes del erario, no obstante, el Consejo de Estado en pronunciamiento del 02 de agosto de 1996⁸, indicó respecto de los docentes que, *“dicha excepción sólo aplicaría para aquellos que a 18 de mayo de 1992, fecha en que entró a regir la Ley 4ª de 1992, hubieran adquirido la pensión, es decir que los que no contaran con todos los requisitos legales para obtener el estatus, no estarían cobijados bajo dicha disposición, y no podrían devengar una doble asignación del tesoro público como docente y pensionado.”*

Posteriormente, en providencia del 04 de diciembre de 2008, el Consejo de Estado con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve⁹, refirió lo siguiente:

⁷ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, 02 de agosto de 1996, Rad. No. 11840, . C.P. Dolly Pedraza de Arenas.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia del 4 de diciembre de 2008, Rad.No. 0500-1233-1000-2005-03811-01 C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

“Vistas así las cosas, la Sala advierte la contradicción que surge entre el literal g) del artículo 19 de la Ley 4a de 1992 y el inciso 3o del artículo 6o de la Ley 60 de 1993, pues mientras aquella disposición establece que los docentes que no reunían los requisitos legales indispensables para obtener el reconocimiento de la pensión al entrar en vigencia la misma ley no pueden recibir dos asignaciones del Tesoro Público, esta otra norma consciente para todos los educadores, sin excepción alguna, percibir la pensión gracia con cualesquiera otra clase de remuneraciones, a pesar de que ambas provengan del erario.

La anterior discordancia legal, para el caso en concreto, habrá que solucionarla, mediante el criterio hermenéutico fijado por el artículo 2o de la Ley 153 de 1887, en el entendido de que ambas leyes son preexistentes al hecho que se juzga, y en consecuencia deberá aplicarse la ley posterior, es decir el artículo 6o de la Ley 60 de 1993”.
(Subrayado fuera de texto original)

Por lo tanto, en dicha sentencia conforme al artículo 6º de la Ley 60 de 1993, se hizo uso del criterio de interpretación, “La ley posterior deroga a la anterior”, para interpretar que el docente pensionado indistintamente de la consolidación de su derecho podría percibir sueldo y pensión.

Siguiendo la misma línea, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 14 de agosto de 2009¹⁰, precisó:

“De la normatividad en cita se concluye que la excepción consagrada en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, a favor de los docentes debe interpretarse en forma conjunta con las disposiciones que regulan el régimen especial docente antes reseñado que, aún con posterioridad a la citada norma, mantienen la compatibilidad de la pensión de jubilación con otras remuneraciones como el sueldo.

(...)

Lo expuesto permite concluir que la excepción consagrada en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 no sólo cobija a los docentes pensionados con anterioridad a su entrada en vigencia sino también

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia del 14 de agosto de 2009, Radicación No. 05001-23-31-0002004-03824-01 (2170-08), C.P. Bertha Lucia Ramirez de Paez.

a los que accedan a la pensión ordinaria y/o gracia con posterioridad, dado que es precisamente su condición de pensionados la que les permite acceder a los beneficios consagrados en normas anteriores como el contemplado por el artículo 5 del Decreto 224 según el cual “el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación”.

La excepción no está condicionada en el tiempo, como lo afirma la entidad demandada al manifestar que ésta sólo es aplicable a los pensionados con anterioridad a su entrada en vigencia, sino que debe entenderse con respecto a los beneficios que, para la fecha de su entrada en vigencia, 18 de mayo de 1992, cobijan a los docentes que adquieran la calidad de pensionados.

(...)

Así las cosas, el demandante tiene derecho a que el ente demandado le reconozca la pensión de jubilación sin necesidad de demostrar retiro definitivo del servicio porque el régimen especial docente lo permite y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 no restringe tal compatibilidad, al contrario, mantiene los beneficios otorgados a los docentes pensionados, además, su vinculación es anterior a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, que sí la restringió.”

Del marco jurisprudencial reseñado, se observa que en Consejo de Estado aplicó el criterio de ley posterior y contempló las actividades de los docentes de manera integral, para establecer la posibilidad que estos servidores de naturaleza especial, devengarán al amparo de la ley sueldo y pensión.

En este orden de ideas, bajo los fundamentos anteriores, la normatividad analizada, refiere exclusivamente a la función de docentes y resalta que debe efectuarse un análisis conjunto de las disposiciones que regulan su actividad.

Se observa que en dichas decisiones, la Ley 60 de 1993 primó en virtud de la aplicación del criterio de ley posterior, pues esta norma surgió con posterioridad al desarrollo legal de la prohibición constitucional, la cual señaló que el régimen prestacional aplicable a los 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.

Ahora bien, en otra oportunidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de septiembre de 2011¹¹ sostuvo que aquellos docentes que presten sus servicios institucionales y se les haya reconocido una pensión de jubilación, podrán percibir otra asignación, siempre que estén desempeñándose como tal hasta su retiro, razonando así:

“De acuerdo con las normas transcritas, debe decirse que no es posible percibir más de una asignación proveniente del tesoro público y mucho menos desempeñar simultáneamente dos empleos públicos. No obstante, lo anterior, en punto de la actividad docente, se exceptúan de dicha prohibición, en primer lugar, los honorarios por concepto de hora cátedra, los cuales resultan compatibles con el ejercicio del empleo de educador y, en segundo lugar, las asignaciones de que gocen los docentes oficiales pensionados, en los términos de la Leyes 4 de 1992 y 60 de 1993”.

En consecuencia, se evidencia que, frente a la actividad de docentes es compatible percibir una pensión y a su vez recibir honorarios por concepto de hora cátedra y aquellas asignaciones de las cuales gocen los educadores oficiales pensionados conforme a lo establecido en las Leyes 4ª de 1992 y 60 de 1993.

(iii) De la comisión de servicios para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción a los docentes oficiales.

El artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, reguló las comisiones de los docentes oficiales, en los siguientes términos:

“Artículo 66º.- Comisiones. El educador escalafonado en servicio activo puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia del 15 de septiembre de 2011, Rad. No. 680012315000200202200 01 (1803-2008), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

de carácter profesional o sindical. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones. (...)

El salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo. El tiempo que dure la comisión será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón. Si la designación para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple, el educador se considerará retirado del servicio activo en la docencia.”. (Negrilla fuera de texto original)

La comisión de servicios para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción es entonces una situación administrativa en virtud de la cual, el docente es autorizado por su entidad nominadora para ejercer temporalmente funciones o actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular. No obstante, dicha autorización se realiza por la entidad respectiva mediante acto administrativo, y constituye este un requisito para conservar los derechos de carrera administrativa una vez sea terminado el ejercicio de las funciones para el que fue nombrado en el cargo de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, según la precitada norma, el docente devengará el salario del cargo de libre nombramiento y remoción y en cuanto a los efectos prestacionales, el Consejo de Estado ha señalado que debe tenerse en cuenta que el ejercicio de las actividades estatales de manera transitoria no provoca desvinculación de la entidad nominadora, pero la remuneración corresponde al empleo para el cual es asignado y sus prestaciones deben ser proporcionales a la cantidad y calidad del trabajo que exige el mismo. Indicó, entonces el alto tribunal:

“La comisión para desempeñar otro empleo público implica atender labores estatales en forma transitoria, diferentes a las propias del cargo del que se es titular, sin que ello provoque una desvinculación de la entidad nominadora y el comisionado tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo para el cual es asignado, pues de lo contrario se atentaría contra principios mínimos laborales constitucionales, entre otros, al de percibir una

retribución económica acorde con la calidad y cantidad de trabajo, en los términos del artículo 53 de la Constitución Política¹².

(iv) Del trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en su artículo 5 estipuló:

“Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

Por su parte, la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso:

“Artículo 56. Racionalización De Trámites En Materia Del Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”. (Subrayado fuera de texto original)

Siguiendo esta línea, el Decreto 1272 de 2018, *“Por el cual se reglamentan modifica el Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación-, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 18 de mayo de 2006, Radicación No. 63001-23-31-000-2002-01017-01(4557-05), C.P. Jaime Moreno García, Página 22 de 42

disposiciones” norma aplicable al presentarse la solicitud de reconocimiento pensional en sede administrativa, dispuso:

“Reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.1. Radicación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser presentadas, ante la última entidad territorial certificada en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de estudio de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada en educación y en dicha sociedad.

El sistema de radicación único debe permitir a los solicitantes y actores del proceso, conocer electrónicamente el estado del trámite, desde su radicación hasta su resolución y pago, asimismo debe permitir identificar aquellos casos en los que se realicen pagos oficiosos ya sea en cumplimiento de una orden judicial o por disposición administrativa.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.2. Gestión a cargo de las Secretarías de Educación. La atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones económicas que reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de la entidad territorial certificada en educación o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la entidad territorial certificada en educación correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones económicas, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normativa vigente.

3. Subir a la plataforma que se disponga para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la sociedad fiduciaria.

4. Suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas, de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley y en esta Subsección.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos del pago.

PARÁGRAFO . Todos los actos administrativos que sean expedidos por la entidad territorial certificada en educación, a través de los cuales se reconozcan prestaciones económicas a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberán contar con la aprobación previa por parte de la sociedad fiduciaria, so pena de incurrir en las responsabilidades de carácter disciplinario, fiscal y penal correspondientes.”
(Subrayado fuera de texto original)

De la normativa reseñada se encuentra que, las Secretarías de Educación como entidad territorial certificada en educación, son competentes para expedir el acto administrativo, por medio del cual, se reconoce o niega una prestación económica a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, previa revisión del proyecto de acto por parte de la sociedad fiduciaria que está a cargo de manejar los recursos del fondo, es decir que, es un procedimiento conjunto entre la entidad y la sociedad fiduciaria.

- Del Acto demandado

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

El acto demandado en este caso, está contenido en el Oficio N° 1000 (suyo CDG-20-210, del 4 de agosto de 2020, suscrito por la doctora Lucila María Morelos Páez, Secretaria de Educación Departamental del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante el cual, negó el pago indexado de las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas a partir del mes de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019 a favor del demandante, de la siguiente manera:

“Asunto: respuesta a su derecho de petición interpuesto por docente pensionado mediante apoderado, en contra de la Secretaría de Educación con radicado SAA2020ER001493 ANE: FOL: 18 "FC: 2020-07-06 FV: 2020- 08-04.

Reciba un cordial saludo,

Con el fin de dar respuesta a su solicitud elevada ante este despacho, según oficio del asunto en referencia, con radicado SAA2020ER001493 ANE: FOL: 18 "FC: 2020-07- 06 FV: 2020- 08-04 y solicitando de manera formal la siguiente petición; PETICION: de pago INDEXADO de las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas a partir del mes de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019 a favor de NESTOR ALBERTO MEDINA WHITAKER identificado con la cedula de ciudadanía No. 4034723 de conformidad con la norma requerida.

Constituyen sus argumentos los siguientes:

(...)

*Que el profesor **NÉSTOR ALBERTO MEDINA WHITAKER** identificado con la cedula de ciudadanía No. 4034723 de Providencia, docente del área de Ciencias Naturales: Matemáticas y Física de la institución educativa Junín del municipio de Providencia, mediante oficio radicado No. 17513 del 12 de junio del 2018 y radicado No. 09-07-18, en donde **solicita una comisión no remunerada para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción** en la alcaldía municipal de Providencia y Santa Catalina islas y a su vez **solicita que se le suspendan las mesadas pensionales correspondientes a su jubilación , durante el periodo de dicha comisión.***

Que según la resolución no. 005664 del 9 de julio del 2018, por medio de la cual se autoriza una comisión no remunerada para ocupar cargo de libre nombramiento y remoción de educador, al profesor NÉSTOR ALBERTO MEDINA WHITAKER identificado con la cedula de ciudadanía No. 4034723 de Providencia, según el artículo 66 del decreto 2277 de 1979.

Que mediante decreto No. 122 del 27 de junio del año 2018 el profesor NESTOR ALBERTO MEDINA WHITAKER identificado con la cedula de ciudadanía No. 4034723 de Providencia, fue nombrado en el cargo de secretario de Desarrollo Social y Comunitario, nivel directivo, con clasificación código 020 grado 1 con una asignación salarial de \$ 3.867.454 MCTE en la Alcaldía de Providencia y Santa Catalina Islas.

*Que mediante solicitud hecha ante la secretaria de educación el primero de enero del año 2020 donde solicita el reintegro a la planta de docentes del Departamento, para continuar con el cargo que venía desempeñando en la institución educativa Junín del municipio de Providencia y Santa Catalina islas y según decreto No. 0026 del 2 de enero del 2020, por medio del cual se termina una comisión no remunerada a un servidor público y se **reintegra** a su cargo de docente".*

En consecuencia, solicita el pago INDEXADO de las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas a partir del mes de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019 a favor de NESTOR ALBERTO MEDINA WHITAKER según la parte motiva del presente escrito de los hechos enunciados por la parte del peticionario.

No obstante 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 o en las que tenga parte mayoría 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 decreta retiro forzoso del servicio del servidor público con más de setenta (70) años de edad. esta forma se tiene que la Ley 1821 de 2016 por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas definen que la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años Asimismo la ley 4ta de 1992 establece que se exceptúan las asignaciones que a la fecha de entrar en vigencia esa ley benefician 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 encuentran activos, desempeñándose como docente en la educación preescolar, básica (primaria-secundaria) o media y que no hayan cumplido la edad de retiro forzoso.

*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 o remoción, con el fin de no incurrir en la prohibición del artículo 128 de la constitución política de Colombia.

Artículo 128 C.N: "(...)

"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,"

Pues bien, resulta improcedente el pago de las mesadas pensionales no recibidas durante el periodo de la comisión, en el sentido que el 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 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.

Sin otro particular y a la espera de haber atendido su petición.

Atentamente,

LUCILA MARILA MORELO PAEZ

Secretaria de Educación Departamental

Proyecto y Elabora Enid Martínez

Aprob: Lucía Morelos Páez

Archivo: Steve Barrios/José Rico

- CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que nos ocupa, es menester recordar que el docente Néstor Alberto Medina Whitaker, por medio de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual, le fue negado el pago de las mesadas pensionales suspendidas desde el mes de julio de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante de manera indexada i) las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas, y ii) el pago de intereses moratorios en los términos del inciso tercero del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Siendo, así las cosas, este cuerpo colegiado tiene como tarea verificar que con base en las pruebas que obran en el expediente, se haya demostrado la configuración de alguna causal que dé lugar a la declaratoria de nulidad o si contrario a ello, el acto se encuentra ajustado a derecho.

- DE LAS PRUEBAS

Revisado el expediente observa la Sala que fueron allegadas al plenario las siguientes pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Néstor Alberto Medina Whitaker y copia de su registro civil de nacimiento.
- Poder para reclamar devolución de las mesadas pensionales suspendidas por el ejercicio de un cargo público no docente - reclamación administrativa - recurso legales obligatorios - información, documentos e información laboral - expedición del acto administrativo que ordene cumplir la sentencia - cobrar los dineros que disponga la sentencia judicial... conferido por el demandante a Rafael Antonio Diaz Cantillo y otros.
- Decreto No. 036 del 18 de febrero de 1993, por medio del cual, la Alcaldía Municipal de Providencias Islas nombró en propiedad al actor.
- Acta de posesión de fecha 1 de marzo de 1993, mediante la cual, el demandante se posesionó en propiedad como docente.

- Resolución No. 000733 del 24 de febrero de 2010, a través de la cual, la Secretaría de Educación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en nombre y representación de la Nación — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció una pensión de jubilación al demandante.
- Notificación personal de la Resolución No.000733 de fecha 24 de febrero de 2010.
- Resolución No. 000770 del 3 de marzo de 2017, por medio de la cual, la Secretaría de Educación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en nombre y representación de la Nación — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de un ajuste a la pensión de jubilación del actor.
- Solicitud del 9 de julio de 2018, a través de la cual, el demandante petitionó a la Gobernadora Departamental de San Andrés Islas, una comisión laboral no remunerada para ocupar cargo de libre nombramiento y remoción.
- Resolución 005664 del 9 de julio de 2018, mediante la cual, la Gobernadora del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, autoriza una comisión no remunerada al demandante para ocupar cargo de libre nombramiento y remoción.
- Decreto No. 122 del 27 de junio de 2018, mediante el cual, la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina, Islas, nombra al demandante en el cargo de Secretario de Desarrollo Social y Comunitario.
- Acta de posesión del 10 de julio de 2018, a través de la cual, el demandante se posesionó como Secretario de Desarrollo Social y Comunitario de la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina, Islas.
- Renuncia del 17 de diciembre de 2019, al cargo de Secretario de Desarrollo Social y Comunitario, presentada por el demandante ante la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina, Islas.

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

- Decreto No. 220 del 31 de diciembre de 2019, por medio del cual, el alcalde Municipal de Providencia y Santa Catalina, Islas, aceptó la renuncia del demandante al cargo de Secretario de Desarrollo Social y Comunitario.
- Solicitud de reintegro a la planta docente, presentada por el accionante ante Secretaría de Educación Departamental, el 1 de enero de 2020.
- Solicitud de reintegro a la nómina de pensionados, presentada por el accionante ante la Fiduprevisora S.A., el 1 de enero de 2020.
- Decreto No. 0026 del 20 de enero de 2020, a través del cual, el Gobernador Departamental de San Andrés Islas, termina la comisión no remunerada del demandante, lo reintegra a su cargo docente y da por terminado un nombramiento temporal.
- Certificación del 7 de enero de 2020, mediante la cual, la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina Islas, hace constar que el actor fue nombrado como Secretario de Desarrollo Social y Comunitario.
- Comprobante No. 201806300200625 del Banco Agrario Providencia ISL, donde consta el pago de la mesada pensional de junio de 2018, a favor del demandante.
- Captura de pantalla, notificación del acto acusado de nulidad.
- Acto demandado: Oficio No. 1000 (suyo CGD — 20-210), del 4 de agosto de 2020, suscrito por la doctora Lucila María Morelos Páez, Secretaria de Educación Departamental del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante el cual, negó el pago indexado de las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas a partir del mes de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019 a favor del demandante

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

- Circular No. 0004 del 15 de enero de 2019, a través de la cual, la ministra de Trabajo fijo el reajuste de pensiones para el mencionado año.
- Resolución No. 037 del 4 de septiembre de 2012, a través de la cual, El Comité de Inscripción y ascenso en el Escalafón de docentes del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas, asciende al actor al Grado 14 en el Escalafón Nacional Docente.
- Certificado de historia laboral del accionante del 27 de agosto de 2020, expedido por la Fiduprevisora S.A.
- Acta de no conciliación del 11 de noviembre de 2020, expedida por la Procuraduría 17 Judicial II Ambiental y Agraria.

Con la contestación de la demanda, el Departamento Archipiélago de San Andrés Isla, Providencia y Santa Catalina allegó:

- Copia del expediente administrativo del demandante generado por la Secretaría de Educación del Departamento Archipiélago de San Andrés Isla, Providencia y Santa Catalina.

Análisis de la Sala

La Sala procederá con el estudio de legalidad del acto administrativo objeto de demanda, haciendo su confrontación con las normas superiores en las cuales debió fundarse.

De las pruebas allegadas al legajo, se tiene que, el demandante Néstor Alberto Medina Whitaker, fue vinculado al servicio de docencia en el año de 1974, con vinculación vigente al momento del reconocimiento de la pensión de jubilación, realizado mediante Resolución No. 000733 del 24 de febrero de 2010, signada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en cuantía de \$1.915.052, y efectiva a partir del 30 de octubre de 2009.

También obra prueba en el plenario de que, el 9 de julio de 2018, el demandante solicitó a la Gobernadora Departamental de San Andrés Islas, comisión no remunerada para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, la suspensión de sus mesadas pensionales durante el periodo de duración de dicha comisión, y que se tuviera en cuenta la excepción consagrada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 relativa a la compatibilidad entre sueldo y pensión.

A través de Resolución N° 005664 del 9 de julio de 2018, la Secretaria de Educación Departamental de San Andrés Islas, concedió al actor la comisión solicitada, señalando que de conformidad con el artículo 66 del Decreto Ley 2277 de 1979, el educador escalafonado puede ser comisionado para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, en este caso para desempeñarse como Secretario de Desarrollo Social y Comunitario, Nivel Directivo, con Clasificación Código 020, Grado 01, en la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina Islas.

Mediante Resolución No. 122 del 27 de junio de 2018, la Alcaldía de Providencia y Santa Catalina islas, nombró al demandante como Secretario de Desarrollo Social y Comunitario.

Por medio de Acta del 10 de julio de 2018, el actor tomó posesión del cargo de Secretario de Desarrollo Social y Comunitario.

Mediante Oficio No. 2018EE1720 del 18 de julio de 2018, el secretario de educación departamental de San Andrés Islas, solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la suspensión del pago de las mesadas pensionales del demandante en virtud de la comisión otorgada, solicitud que fue aceptada por la Fiduprevisora S.A., a través de Oficio No. 20180941168171 del 30 de julio del mismo año.

El 17 de septiembre de 2019, el demandante presentó renuncia al cargo de Secretario de Desarrollo Social y Comunitario, la cual, fue aceptada por la

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Secretaría de Educación Departamental de San Andrés Islas, mediante Decreto No. 220 del 31 de diciembre de 2019.

El 1 de enero de 2020, el actor solicitó ante las entidades encargadas, su reintegro a la planta docente y a la nómina de pensionados.

Mediante el Decreto No. 0026 del 20 de enero de 2020, el Gobernador Departamental de San Andrés Islas, termina la comisión no remunerada del demandante, lo reintegra a su cargo docente y da por terminado su nombramiento temporal.

El 6 de julio de 2020, mediante apoderado judicial, el demandante solicitó a la Secretaría de Educación Departamental de San Andrés Islas, el pago de las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas a partir del mes de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019.

Mediante Oficio No. 1000 (suyo CGD — 20-210) del 4 de agosto de 2020, la Secretaría de Educación Departamental de San Andrés Islas, negó el pago de las mesadas pensionales del actor, por considerar que durante el tiempo que demora el desempeño del cargo de libre nombramiento y remoción, el docente no se encuentra activo y, por tanto, no se le puede pagar la pensión, pues constituye una prohibición constitucional recibir dos asignaciones del tesoro público.

El actor acudió a esta jurisdicción solicitando la nulidad del acto administrativo antes mencionado y el restablecimiento de sus derechos.

Lo primero sea precisar que, pese a que los actos expedidos por las autoridades administrativas tienen implícito el principio de legalidad que no es más que la presunción de ser expedidos de conformidad a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, al observarse cualquiera de los siguientes vicios¹³, se podrá

¹³ Los vicios que atacan la presunción de legalidad de los actos administrativos son de dos clases; **los vicios formales**, que operan de pleno derecho, habida cuenta que representan la vulneración a la objetividad del ordenamiento jurídico y los **vicios materiales**, qué, por el contrario, no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración. Por lo anterior, quien pretenda demandar la nulidad de un acto

desvirtuar dicha presunción a través del medio de control que nos ocupa, cuya finalidad es sacar de la vida jurídica el acto administrativo;

- Cuando quebranten las normas en las que deberían fundarse, es decir, que no exista una concordancia entre la norma base del acto y el contenido de este.
- Cuando sean expedidos sin competencia, el órgano que los profirió no era el competente para expedirlo.
- Expedición en forma irregular
- Con desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa.
- Mediante falsa motivación, es decir, los fundamentos del acto no son reales.
- Con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió

En este caso se itera, el demandante invocó como causal de nulidad la violación a las normas en que debió fundamentarse el acto enjuiciado, pues según afirma, se encuentra dentro de la categoría de docente nacionalizado y frente a éstos existe compatibilidad para percibir la pensión de jubilación y los sueldos, tal como lo señala la Ley 4ª de 1992, el Decreto 2277 de 1979, la Ley 91 de 1989, por lo que la negativa del pago de sus mesadas pensionales mientras estuvo vinculado a la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina, desconoce el derecho que le asiste como educador a percibir los dos emolumentos.

Conforme al marco normativo y jurisprudencial precedentemente reseñado, está claro que, la incompatibilidad de las asignaciones surge por la prohibición constitucional (artículo 128 de la constitución política) de recibir más de una asignación del Tesoro Público, en cambio la compatibilidad nace por la autoridad delegada por el constituyente al legislador para consagrar las excepciones.

Dentro de estas excepciones, se encuentra el ejercicio de la docencia, que no es incompatible con el goce de la pensión de jubilación, según lo estipulado en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y artículo 6 de la Ley 60 de 1993.

administrativo. Debe demostrar en el concepto de violación, la configuración de vicios, bien sean de carácter formal o material. De acuerdo, con los numerales dispuestos en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011.

En virtud de lo anterior, los docentes estatales a quienes se les reconozca pensión de jubilación pueden seguir activos laboralmente como educadores, y recibir de manera concomitante el sueldo y las mesadas pensionales.

Ahora bien, el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, consagra que un docente escalafonado en servicio activo puede ser comisionado para ejercer entre otros, cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su escalafón y pudiendo regresar al cargo de educador cuando renuncie o sea separado de dichas funciones. A su vez, la norma señala que, mientras el docente esté comisionado, su salario y las prestaciones sociales serán los asignados al respectivo cargo.

En el caso bajo estudio, el actor es un docente activo pensionado, a quien le fue conferida una comisión para ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción en una Alcaldía, pero durante el tiempo que duró en comisión sus mesadas pensionales fueron suspendidas y posteriormente negadas. Según asegura, tiene derecho al pago de dichas mesadas por la compatibilidad entre pensión y salario concedida por la ley a los docentes estatales.

Frente a esta situación, el Consejo de Estado¹⁴ en sentencia del 16 de agosto de 2017, al resolver un caso de similares circunstancias al de la referencia, expresó:

“(…)

Por medio de Resolución No. 703 de 30 de marzo de 2012, el Secretario de Educación del Distrito aceptó la renuncia al cargo de Director Técnico, código 009 Grado 05 de la Dirección Local de Educación, la cual hace parte de la planta de la Secretaría de Educación, a partir del 2 de mayo de 2012.

Se establece a través de la prueba que el docente demandante fue nombrado en comisión mediante la Resolución No. 972 del 03 de abril de 2008, para ocupar un empleo de libre nombramiento y remoción, y revisadas las funciones del cargo no cumplía funciones de docente ni de directivo docente,

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 16 de agosto de 2017, Rad.25000-23- 42 -000 -2013 -06968 -01 (1990-2016), C.P. Sandra Lissette Ibarra Vélez.

sino de carácter administrativo, las cuales no se enmarcan dentro de la compatibilidad posible para los docentes entre pensión y salario.

(...)

Ahora revisará la Sala, de la confrontación efectuada de las funciones realizadas por el docente demandante y las determinadas por el Estatuto Docente, el Decreto Extraordinario 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, con el ánimo definir la función de docente y aquellos cargos que se entienden como administrativos, en sus artículos 32 y 35, se encuentra que las funciones desempeñadas por el actor no están comprendidas en el artículo 32, lo cual permite concluir que no se encuentra dentro de las excepciones del Decreto Ley 1278 de 2002.

De esta manera, la comisión de que trata el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, no es condición ni referente de la doble erogación permitida para el docente, ya que solo refleja el derecho que tiene éste para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, y que supone el escalafón del educador.

(...)

En este orden de ideas, la Sala señala que la función del docente es una labor que históricamente ha sido reconocida por su importancia frente a la sociedad y la responsabilidad que este tiene con respecto a los educandos, tanto es así que se ha permitido que tenga la excepción de poder trabajar en la docencia aun recibiendo pensión gracia, precisamente, para enaltecer la misma, no obstante no se puede confundir la función del docente, con la que realice un educador en un cargo administrativo (...).” (Subrayado fuera de texto original)

En base a la sentencia citada, observa el Tribunal que, si las funciones que está ejerciendo el docente pensionado en el cargo comisionado por libre nombramiento y remoción, no son de las estipuladas para docente ni directivo docente, sino administrativas o de otro tipo, este no tiene derecho a recibir las mesadas pensionales durante el tiempo que dure su comisión, pues las tareas o labores que desempeña no son propias de la docencia, y por tanto, no se enmarcan dentro de la excepción de poder recibir doble asignación del tesoro público, esto es, pensión y salario.

Tal como se evidencia en las pruebas aportadas en la demanda, el actor en comisión ejerció el cargo de libre nombramiento y remoción de Secretario de Desarrollo Social y Cultural Nivel Directivo, con Clasificación Código 020, Grado 01, en la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina Islas, desde el 10 de julio de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019, periodo durante el cual, no desempeñó ninguna función de tipo docente, pues este empleo es del nivel directivo de la entidad territorial. En ese sentido, se genera una incompatibilidad entre la pensión de jubilación recibida como docente y la asignación percibida como empleado directivo de la Alcaldía, de manera que no se trata de honorarios por concepto de hora cátedra ni de asignación percibida como docente.

Acogiendo los criterios y postura del órgano de cierre, se colige que, reconocer el pago de las mesadas pensionales al demandante durante el tiempo que no desempeñó labores como docente, es decir, que no estuvo cobijado por la compatibilidad de doble asignación del erario que la ley les otorga, implica permitir que además del salario que recibió en ese tiempo como empleado de la entidad territorial perciba la pensión a cargo del Fomag, situación que prohíbe expresamente el artículo 128 constitucional en tanto ambos emolumentos provienen del tesoro público, tal como lo señalan las entidades demandadas.

Además, conforme al análisis realizado por el Consejo de Estado en la sentencia del 16 de agosto de 2017, antes referenciada, la comisión estipulada en el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, únicamente refleja el derecho que le asiste al docente de ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, y que supone el escalafón del educador, pero no es condición ni referente de la doble asignación que de manera excepcional la ley les permite.

Sobre la violación directa de la ley respecto de la competencia para la expedición del acto acusado de nulidad planteada en la demanda, la Sala precisa que, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fomag tiene un procedimiento propio estipulado en el artículo 2.4.4.2.3.2.2. del Decreto 1272 de 2018, que se puede resumir de la siguiente forma:

1. Radicación de solicitud ante la entidad territorial certificada en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado.
2. Expedición por parte de la entidad territorial certificada en educación con destino a la sociedad fiduciaria de la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente peticionario o causahabiente.
3. La entidad territorial certificada en educación debe subir a la plataforma que se disponga para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la sociedad fiduciaria.
4. Una vez sea revisado el proyecto por la sociedad fiduciaria, la entidad territorial certificada en educación debe suscribir el acto administrativo de reconocimiento o no de prestaciones económicas.
5. Por último, debe remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos del pago.

En ese contexto, se tiene que la entidad territorial certificada en educación es competente para expedir el correspondiente acto administrativo definitivo, mediante el cual, se reconoce o niega una prestación económica a cargo del Fomag, previa revisión de dicho proyecto por parte de la sociedad fiduciaria.

La Sala observa que, no obra prueba dentro del expediente administrativo aportado por la entidad demandada (Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Secretaria de Educación) de que el proyecto de acto administrativo, por medio del cual, se negó al demandante el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales suspendidas o no pagadas a partir del mes de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019, se hubiera subido a la respectiva plataforma para que la Sociedad Fiduciaria, en este caso la Fiduprevisora S.A., lo sometiera a revisión y posteriormente manifestara si estaba de acuerdo o no con la decisión planteada.

Vistas, así las cosas, es dable afirmar que, la Secretaria de Educación Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas,

desconoció una parte del procedimiento estipulado en el artículo 2.4.4.2.3.2.2. del Decreto 1272 de 2018, para la expedición del acto administrativo, circunstancia que no obedece a una falta de competencia como lo plantea el demandante, sino a una posible expedición irregular del acto demandado.

Sobre la nulidad de un acto administrativo por haber sido expedido de manera irregular, el Consejo de Estado¹⁵ ha señalado que, “(...) *la expedición irregular de los actos se configura cuando la administración vicio las normas que establecen el procedimiento para la formación de los actos administrativos o la manera como estos deben presentarse. Si embargo, el Consejo de Estado ha dicho que para que se configure la nulidad de los actos administrativos por expedición irregular, es menester verificar si el vicio cometido en el trámite incide en el sentido de la decisión, al punto de afectarla, pues, en caso de que el vicio se intrascendente, no habrá lugar a declarar la nulidad del acto.* Lo anterior es así, porque, en virtud del principio de eficacia, los procedimientos se siguen para que cumplan la finalidad para la que fueron creados. En esa medida, la administración pública está facultada para remover, de oficio, los obstáculos puramente formales que puedan dar lugar a decisiones inhibitorias, o para sanear, de oficio o a petición de parte, los vicios de procedimiento que puedan ser objeto de saneamiento”. (Subrayado fuera de texto original)

La Sala considera que, la irregularidad procedimental encontrada en la expedición del acto demandado no tiene la entidad suficiente para dejarlo sin efectos jurídicos, pues no hubo violación del derecho al debido proceso del actor, quien pudo demandar dicho acto ante esta jurisdicción. Además, tal defecto se torna intrascendente, en la medida que constituye un aspecto de forma y no de fondo en el presente asunto, pues del análisis normativo y jurisprudencial realizado se allegó a la conclusión de que al demandante no le asiste el derecho a recibir el pago de las mesadas pensionales suspendidas mientras ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción con funciones totalmente distintas a las realizadas como

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 12 de julio de 2012, Rad. 25000-23-27-000-2008-00188-01(17892), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

docente, quedando excluido del beneficio legal de poder recibir doble asignación del erario.

Bajo este derrotero, esta Corporación considera que el acto administrativo demandado fue expedido conforme con la normatividad vigente aplicable al caso, todo lo cual impone concluir que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

- COSTAS

No hay lugar a condenas en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO. -NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDA. - No hay lugar a condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZALEZ**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2019-00002-01)

Firmado Por:

Jose Maria Mow Herrera

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 002 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Noemi Carreño Corpus

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 003 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Expediente: 88-001-33-33-000-2020-00095-00
Demandante: Néstor Alberto Medina Whitaker
Demandado: Nación –Ministerio de Educación Nacional
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Código de verificación:

59dd815d2b01ee91271df809c62eb94dd14d6c16ec091c5f48cbfe0755c604b3

Documento generado en 10/02/2022 10:31:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>