



Cartagena de Indias D. T. y C, veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018).

**I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO**

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-002-2015-00180-00
<b>Demandante</b>	EDUIN RAFAEL HERRERA MÁRQUEZ
<b>Demandado</b>	UGPP
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
<b>Tema</b>	<i>Pensión gracia</i>

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Segundo (02) Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

**II.- ANTECEDENTES**

**2.1. LA DEMANDA**

**2.1.1 Pretensiones.**

Se pretende la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones N° RDP043822 del 20 de septiembre de 2013, y RDP 049110 del 22 de octubre de 2013, mediante las cuales la UGPP negó la pensión gracia al señor Eduin Rafael Herrera Márquez.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicita se condene a la Unidad, para que, a partir del 02 de febrero de 2009, reconozca y pague al actor la pensión gracia de jubilación, en un monto mensual equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios y factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la constitución del estatus de pensionado.

**1.2. Hechos**

Se resumen así:

El señor Eduin Rafel Herrera Márquez, laboró en los municipios de Sanjuán de Nepomuceno y el Carmen de Bolívar desde 01 de febrero de 1980 al 16 de mayo de 2013 en intervalos mínimos.





Que el actor cumplió 50 años de edad 02 de febrero de 2009, que el docente fue vinculado antes del 31 de diciembre de 1980, ha completado más de 20 años de servicio, que actualmente cuenta con más de 50 años de edad y que no registra sanción disciplinaria alguna.

El 21 de agosto de 2013, actuando a través de apoderado el actor radicó ante la UGPP petición tendiente a obtener el reconociendo de la prestación.

Mediante oficio de fecha 27 de agosto de 2013, suscrito por la doctora Luz Adriana Sánchez Mateus en calidad de subdirectora de normalización de expediente pensionales de la UGPP con radicado n° 20139902426231, la entidad requirió al actor manifestando que para continuar con el trámite prestacional debía aportar actos administrativos de nombramiento y posesión correspondiente a los tiempos laborados con anterioridad al 01/01/1981.

En atención al oficio anterior, el 11 de septiembre de 2013, procedió a dar respuesta al requerimiento hecho por la UGPP explicando que dicha documentación no podía ser aportada debido a que no existían tales decretos de nombramiento y posesión, toda vez que dichas vinculaciones correspondieron a figuras contractuales distintas, las cuales a pesar de ser irregulares y opuestas a la filosofía y fines de la educación, no era óbice para que dichos tiempos fueran tenidos en cuenta para afectos del reconocimiento de la pensión gracia, por lo cual se solicitó a la entidad continuar con el trámite en mención.

Mediante las resoluciones que se demandan la entidad de previsión negó el reconocimiento pensional pedido por el actor.

### **1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.**

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

1) Constitucionales: artículos 1, 2, 13, 25 y 53.

2) Legales: literal a del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989; artículo 11 y 12 de la ley 43 de 1945; art. 17 de la ley 6ª de 1945; literal f del art. 36 del decreto 2277 de 1979, artículo 1 de la ley 33 de 19895, art. 9 y 21 del C.S. del T; ley 100 de 1993, código civil, ley 153 de 1887, leyes 114 de 1993, 116 de 1917 y 37 de 1933.

### **1.4. Concepto de violación.**



Se aduce de manera de conclusión, que es indiscutible que el tiempo laborado por el actor por contratos y OPS debe incluirse para completar los 20 años de servicio, y el tipo de vinculación se lo obtiene de la entidad por la que fue nombrado, en este caso la alcaldía municipal de San Juan de Nepomuceno y a la secretaria de educación de San Juan de Nepomuceno, así tal modalidad no aparezca certificado en el record de trabajo.

El contexto normativo y jurisprudencial citado en la presente demanda es suficiente para demostrar que la entidad demandada al no dar validez a los tiempos laborados por contratos y OPS para efectos de reconocer la pensión gracia, puede incurrir en presunto prevaricato por que desconoce la jurisprudencia.

## 2. LA CONTESTACIÓN. (fls. 52-62)

La parte demandada se opone a la totalidad de las pretensiones, porque al observar la documentación aportada por el demandante, negó el reconocimiento de la pensión al actor al observar que para reconocimiento de la pensión gracia no es admisible computar tiempo de servicios prestados cuyos nombramientos sea Nacional por ser estos incompatibles con los prestados en un departamento, municipio o distrito, razón por la cual los tiempos laborados como docente municipal con órdenes de servicios y/o de prestación de servicios, se desestimaron.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 103-110)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 18 de junio de 2018, negó las pretensiones de la demanda, con el siguiente argumento:

*" (...) el despacho considera los siguientes la ley 39 de 1913 estableció que la educación primaria estaría a cargo de los departamentos y la secundaria a cargo de la nación la ley 114 de 1913 creó la pensión gracia como una retribución a favor de los maestros de la de primaria del sector oficial cuyos salarios y prestaciones estaban a cargo de las entidades territoriales y que sustancialmente eran inferiores a los que recibían los docentes de la secundaria vinculados a la nación de este modo el artículo cuarto de la ley en mención que con posterioridad fue modificada por la ley 43 estableció como requisitos para ostentarse esta pensión gracia que los empleos que se han desempeñado se hagan con honradez con buena conducta que se hayan cumplido 50 años de edad y Asimismo 20 años de servicio al sector del magisterio esta ley 114 1913 que señaló los requisitos principales para esta prestación reiteramos 20 años de servicio al magisterio y cumplir con 50 años de edad también exigen que no se haya o que no se esté recibiendo otra pensión emolumento de carácter nacional se puede observar que está disposición admitido como válidos los servicios como maestros de escuelas primarias oficiales prestados en diversas épocas posteriormente las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 ampliaron el beneficio de la pensión a los empleados y profesores de las escuelas normales e inspectores de instrucción*



pública vinculados a las entidades territoriales y también a los maestros que completar en su tiempo de servicio en los establecimientos de enseñanza secundaria en los mismos términos y condiciones establecidos en el artículo cuarto de la ley 114 de 1903 Asimismo la ley 116 de 1928 en su Artículo sexto estableció que los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores instrucción pública tendrían derecho a la pensión de jubilación y demás y para este efecto se computarán el tiempo de servicios prestados en diversas épocas tanto en el campo enseñar en primaria como normalista pudiéndose contar como aquella a la que implica la labor de inspección de estas disposiciones se infiere que la pensión gracia no puede limitarse a los maestros de escuelas primarias oficiales Como consiste concibió en un principio sino que ella cobija que ellos aspectos o aquellas prestado servicio Como empleados y profesores de escuelas normales o efectores de instrucción pública o profesores de establecimientos de enseñanza secundaria siempre que la vinculación sea de carácter territorial Posteriormente la ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente prestaban los departamentos el distrito especial de Bogotá los municipios las intendencias y las comisarías de debe considerarse Iguualmente que el estatuto docente decreto 2277 del 79 define la profesión docente como el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de Educación en los distintos niveles de que trata este decreto Iguualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección coordinación de los planteles educativos y Asimismo las de supervisión e inspección ocular igual modo la ley 91 de 1989 por la cual se creó el fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio mantuvo el derecho a la pensión gracia solamente para que ellos docentes que se encontraban dentro del proceso de nacionalización de la educación y que vinculados con antelación al 31 de diciembre de 1980 por mandato de las leyes 114 de 1913 116 de 1928 37 de 1933 y demás normas que la hubieran desarrollado o modificado tuvieron o llegaré a tener derecho a la pensión gracia fue así que el artículo 15 de la mencionada disposición señaló lo siguiente los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 1913 116 de 1928 37913 y demás normas que la hubieran desarrollado modificado tuviere no llegaren a tener derecho a la pensión gracia se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos esta pensión seguirá reconociéndose por la caja Nacional de previsión social conforme lo anterior como consecuencia de la nacionalización de la educación el beneficio de la pensión de jubilación se limito siendo procedente su reconocimiento solamente para que ellos docentes que vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 reunieran los requisitos contemplados en el artículo cuarto de la ley 114 esto es que sus salarios y prestaciones estuvieron a cargo de las entidades territoriales en cuanto a la fijación de litigio y como quiera que se atiende a qué parte del tiempo de servicio atañe a la vinculación de carácter contractual debe señalarse que sobre este propósito la jurisprudencia del Consejo de estado ha sido ambigua alrededor de si debe considerarse la hora cátedra como tiempo computable para efectos prestacionales razón tiene la parte demandante al afirmar que el consejo de estado unifico el criterio en el sentido de que para efectos prestacionales y siendo consecuentes con los mandatos constitucionales del artículo 53 aquellas personas que tuvieron un vínculo Regido por una relación contractual pero que en la materia en la realidad se sustente sobre una verdadera relación legal y reglamentaria necesariamente debe complementarse o debe conjugarse ese tiempo de servicios para efectos prestacionales entre otras cosas está sentencia de unificación es congruente alrededor de la posición ya del Consejo de estado depositada para los casos de contrato realidad en donde como restablecimiento del derecho aparte de las condenas prestacionales se entiende la no solución de continuidad y el cómputo de todos esos tiempos de servicios para efectos de salud y pensión Sin embargo a pesar de esa variable puntual de la posición jurisprudencial de la hora cátedra como tiempo computable para efectos de la pensión gracia debe precisar este despacho que la disposición que mantuvo el derecho con posterioridad a la ley 91 del 90 del 89 fue revisada por la corte constitucional mediante la sentencia c 4 89 de 2000 en donde se condicionó la expresión hasta el 31 de diciembre de 1980 bajo el siguiente



*criterio bajo la siguiente condición siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieren consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91 del 89 esto es 29 de diciembre de 1989 queden a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador conocer quiere decir que la interpretación que la corte le dio como adecuada de cara al texto constitucional del mantenimiento de este derecho a la pensión gracia exigía que se consolidarán Al momento de entrar en vigencia esta Norma todos los requisitos para obtener la pensión gracia es decir el tiempo de servicio y Asimismo le da requerida que son 50 años bajo este criterio encuentra el despacho que la condición no se cumple de cara al caso concreto Pues si bien debe considerarse el tiempo de hora cátedra el tiempo de prestación de servicios para la tos es decir el comprendido entre el primero de febrero de 1980 y el 30 de diciembre de 1990 se estima Se supone que al 29 de diciembre de 1989 no reunía a cabalidad con todos los requisitos exigidos por la ley en mención y en principal por lo que exige la corte constitucional es decir los 20 años de servicio y los 50 años de edad De qué trata la Ley 114 de 1913 esta posición ha sido rectificada por parte del tribunal administrativo de Bolívar quién en otra oportunidad había dispuesto que la situación es en consolidación respecto de la pensión gracia con posterioridad a la ley 91 del 89 eran totalmente independientes a la vinculación anterior es decir que también se tenía en cuenta el tiempo computado con posterioridad a esta expedición de la ley 91 sin embargo el tribunal como hemos advertido corrigió su posición y este despacho atendiendo el criterio funcional de el tribunal administrativo atiende lo que dispone la corte constitucional en cuanto se exige Que al momento de expedirse esta ley 91 del 89 debían consolidarse en su totalidad todos los requisitos predicable es para la pensión gracia en cuanto a las costas este despacho encuentra que si bien el artículo 189 del cpaca establece una condena objetiva las reglas que deben tenerse en cuenta para determinar si proceden o no son las contenidas en el código general del proceso en donde se condiciona su condena única y exclusivamente cuando aparezca que se causaron y que tengan una evidencia física dentro de la actuación dentro del proceso de la referencia lo único que aparece registrado son los gastos ordinarios del proceso que constituyen una carga exclusiva para la parte actora con lo cual y al no haber erogación adicional este despacho se abstendrá de condenar a la parte vencida"*

#### 4. RECURSO DE APELACIÓN

##### De la parte demandante (fs. 147-149)

La parte demandada en el recurso de apelación sostiene que, con los elementos probatorios allegados a expediente se logra acreditar que el señor Eduin Rafael Herrera Marquez, es un docente con tipo de vinculación Municipal, vinculado inicialmente bajo la modalidad de órdenes y contratos de prestación de servicios entre el 01 de febrero de 1980 y el 31 de diciembre de 1996, al servicio de los municipios de San Juan de Nepomuceno y Carmen de Bolívar, por lo que le debe ser reconocida y pagada su pensión

#### 5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 05 de octubre de 2015, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante dentro del presente asunto (f. 160 cuaderno 2) y por auto adiado el 04 de diciembre de 2015, se ordenó



correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto (f. 162 cuaderno 2)).

## **6. ALEGACIONES**

Ambas partes presentaron sus alegatos de conclusión. (fls. 164-173)

## **7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Agente del Ministerio Público emitió concepto en el estricto sentido lo siguiente:

"En virtud de todo lo anteriormente expuesto, este despacho solicita se revoque la sentencia de primera instancia y su lugar se conceda las pretensiones de la demanda, y se reconozca y ordene el pago de la pensión gracia del señor Eduin Herrera Márquez."

## **II.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## **III.- CONSIDERACIONES**

### **Competencia**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

### **MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

La Sala, de conformidad con el artículo 328 del C.G.P. resolverá la apelación, la cual dispone:

"Artículo 328. Competencia del superior.

**El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.**



Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia." **(negrillas de la Sala)**

Con base a lo anterior y dado que solo la parte demandante apeló la Sala de decisión resolverá sólo el punto apelado y bajo el principio del non reformatio in peius.

En esas condiciones, la competencia del ad quem está delimitada, en este caso, por lo expuesto en el recurso de apelación. Por lo tanto, el análisis de la Sala se limita si el actor cumple o no los requisitos para ser beneficiario de la pensión de vejez.

### **PROBLEMA JURÍDICO.**

En los términos del recurso de apelación interpuestos por el actor, corresponde a esta Sala establecer si tiene derecho o no el reconocimiento y pago de la pensión gracia.

### **Tesis**

La Sala de decisión revocará la sentencia apelada, por considerarse por esta colegiatura que el actor cumple con los requisitos para ser favorecido con la pensión gracia.

### **Aspectos Generales de la Pensión Gracia.**

La Ley 114 de 1913 consagró en favor de los maestros de escuelas primarias oficiales, el derecho a devengar una pensión vitalicia de jubilación, previo cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicios y calidades personales previstos en la misma<sup>1</sup>. Entre los aspectos regulados por esta

<sup>1</sup> Artículo 1º de la Ley 114 de 1913.- Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley. Artículo 15 Ley 91 de 1989 Artículo 19 Ley 4 de 1992.

Artículo 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.
2. (Derogado por la Ley 45 de 1913).



disposición se encuentran los relativos a la prestación del servicio por un término no menor de 20 años, las condiciones especiales en materia pensional sobre la cuantía y la posibilidad de acumular servicios prestados en diversas épocas.

Este beneficio tuvo como fundamento para su consagración las precarias circunstancias salariales en las que se encontraban los profesores de las referidas instituciones educativas, por cuanto sus salarios y prestaciones sociales estaban a cargo de entidades territoriales que no disponían de los recursos suficientes para sufragar la deuda laboral adquirida.

Es decir, que la pensión gracia se constituyó en un beneficio de los docentes a cargo de la Nación encaminado a aminorar la desigualdad existente entre sus destinatarios, cuya remuneración tenía un bajo poder adquisitivo, y los educadores con nombramiento del Ministerio de Educación Nacional, que devengaban salarios superiores.

Posteriormente se expidió la Ley 116 de 1928, en su artículo 6º estableció lo siguiente:

*"Los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública tienen derecho a la pensión de jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas tanto en el campo de la enseñanza primaria como normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección."*

Por su parte la Ley 37 de 1933, en su artículo 3º, inciso segundo, dispuso:

*"Hácese extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados en la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria".*

Por último, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 preceptúa:

*"(...) 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 hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren 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*

3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento **Ver Artículo 19 Ley 4 de 1992 Artículo 6 Ley 60 de 1993 Decreto Nacional 224 de 1972**  
**Nota : Esta vigente el régimen de excepción para el personal docente en materia de edad. En el sector docente la edad y el tiempo de servicios es la misma para el hombre y la mujer o sea 50 años y 20 años de servicios.**
4. Que observe buena conducta.
  1. **(Derogado artículo 8 Ley 45 de 1913).**
  2. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.



081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación".

De los antecedentes normativos precitados se infiere que la pensión gracia no puede limitarse a los maestros de escuelas primarias oficiales, como se concibió en un principio, sino que ella cobija a aquellos que hubieren prestado servicios como empleados y profesores de escuela normal, inspectores de instrucción pública o profesores de establecimientos de enseñanza secundaria, siempre y cuando la vinculación sea de carácter municipal, departamental o regional y la misma se haya efectuado hasta el 31 de diciembre de 1980.

En Sentencia de mil novecientos noventa y nueve (1.999).- Consejero Ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA, Radicación número: 0156(2360-98), el Consejo de Estado precisó:

"Ahora bien, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia de fecha 26 de agosto de 1997, recaída dentro del expediente S-699, actor: WILBERTO THERAN MOGOLLON, Consejero Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, sostuvo:

La pensión gracia, establecida por virtud de la Ley 114 de 1913, comenzó siendo una prerrogativa gratuita que reconocía la Nación a cierto grupo de docentes del sector público: los maestros de educación primaria de carácter regional o local; grupo que luego, cuando se expidieron las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 se amplió a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de enseñanza secundaria de ese mismo orden. Y se dice que constituye privilegio gratuito porque la nación hace el pago sin que el docente hubiese trabajado para ella.

El artículo 1º de la Ley 114 mencionada es del siguiente tenor: (...)

El numeral 3º del artículo 4º ib. prescribe que para gozar de la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe 'Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional...'

Despréndese de la precisión anterior, de manera inequívoca, que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales.

El artículo 6º de la Ley 116 de 1928 dispuso: (...)

Destaca la Sala que, al sujetarse la regla transcrita a las exigencias de la Ley 114 de 1913 para que pudiera tenerse derecho a la pensión gracia, dejó vigente lo que éste ordenamiento prescribía en el sentido de que dicha prerrogativa no se otorgaba a docentes que recibieran pensión o recompensa nacional.

Y la Ley 37 de 1933 (inc. 2º art. 3º) lo que hizo simplemente fue extender la pensión aludida, sin cambio alguno de requisitos, a los maestros de establecimientos de enseñanza secundaria.



No es de recibo el argumento que en ocasiones se ha expuesto para sostener que con motivo de la expedición de esta norma, pueda reconocerse la pensión gracia a todos los que prestan sus servicios a la Nación, por ser los maestros a que ella se refiere docentes de carácter nacional. Dos son las razones fundamentales que conducen al rechazo de tal aseveración, así:

Como se dijo, la Ley 37 de 1933, examinada en relación con la Ley 116 de 1928 y la 114 de 1913, no introdujo modificación alguna a las exigencias establecidas en estos ordenamientos normativos.

No es acertada la afirmación de que los establecimientos oficiales de educación secundaria fuesen nacionales en su totalidad en 1933. Tanto, que fue con la Ley 43 de 1975 que se inició el proceso de nacionalización tanto de la educación primaria como de la secundaria. Por eso en su encabezamiento se lee: 'por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías, se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones'. Y en su artículo primero se prescribe hacia el futuro: 'La educación primaria y secundaria serán un servicio público de cargo de la nación.'

Se repite que a partir de 1975, por virtud de la Ley 43, empieza el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales a que se refieren los ordenamientos anteriormente citados (L.114/13; L. 116/28, y L. 28/33), proceso que culminó en 1980.

El artículo 15, No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989 establece: (...)

La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dió la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad '...con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar a cargo total o parcial de la Nación'; hecho que modificó la ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera '...otra pensión o recompensa de carácter nacional'.

La norma pre transcrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.

**De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la '...pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año', que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No 2, artículo 15 ib.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber**



**estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 'tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia...siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos'.**

En su más reciente pronunciamiento del Consejo de Estado respecto a la pensión gracia, ratifico su posición que venía sosteniendo en el sentido de que:

"a. La pensión gracia fue consagrada mediante el artículo 1° de la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales, que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años.

b. Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados docentes y profesores de las escuelas normales y a los Inspectores de Instrucción Pública, autorizando a los docentes, según su artículo 6, a completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, al asimilar para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

c. Más adelante, con la Ley 37 de 1933, el beneficio gratuito de la pensión gracia se hizo extensivo a los maestros de escuela que hubieren completado el tiempo de servicios señalado por la ley en establecimientos de enseñanza secundaria.

d. Finalmente, la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, numeral 2°, literal a), limitó la vigencia temporal del derecho al reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales, al señalar textualmente la norma en mención que:

"[...] Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión 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. [...]."

f. La disposición transcrita fue objeto de análisis por la Sala Plena del Consejo de Estado, pronunciamiento en el cual se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia y en el que a propósito del artículo 15, puntualizó:

"[...] También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia (...). siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos". Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley."

La postura jurisprudencial anterior fue reiterada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia del 12 de mayo de 2011, con radicación número: 25000-23-25-000-2005-08901-01(2045-09), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

#### **CÓMPUTO DE TIEMPOS DE SERVICIO COMO DOCENTE EN LA MODALIDAD DE PRESTACIÓN DE**



## SERVICIOS.<sup>2</sup>

"Aclarado lo anterior, procede la Sala a estudiar lo relativo a la prestación del servicio docente a través de contratos de prestación de servicios. Al respecto, el Decreto 2277 de 1979, define la profesión docente, en los siguientes términos:

**«ARTÍCULO 2. PROFESION DOCENTE.** Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

**ARTÍCULO 3. EDUCADORES OFICIALES.** Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto" (Subrayado fuera de texto).»

No obstante lo anterior, las entidades territoriales contrataron los servicios de los denominados «docentes temporales», ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, por cuanto la legislación vigente, prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.

Por ello, en sentencia C – 555 del 6 de diciembre de 1994, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inexequibilidad, entre otros, del artículo 6º de la Ley 60 de 1993, estableció que respecto al desempeño de funciones docentes, las mismas no se pueden adelantar mediante contratos de prestación de servicios, en cuanto dichas actividades presuponen la subordinación o dependencia propias de la relación laboral. Lo anterior, lo corrobora, el hecho de que la labor docente consagrada en el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) prevé que «El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos ... »; de tal suerte que la labor docente no es independiente, sino corresponde a un servicio que se presta en forma personal y de manera subordinada, que no es posible disfrazar mediante contratos de prestación de servicios. Dijo textualmente dicha Corporación:

«La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferírle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA. Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017). Rad. No.: 13001 23 33 0002 013 00378 01. NÚMERO INTERNO: 2341 – 2015. DEMANDANTE: ROSA DELIA DURÁN QUINTERO. DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. Asunto: Pensión Gracia. MAGISTRADO PONENTE: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.



*la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal» (Negrillas fuera del texto original).*

*De ahí que deba arribarse a la conclusión, que la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, a una planta de personal y a la disponibilidad presupuestal correspondiente."*

Lo anterior indica que por el hecho que los docentes se vinculen por medio de un contrato de prestación de servicios no hace que se exente este periodo para el computo de la pensión gracia debido a que, como lo expresó la alta superioridad en lo contencioso, esta modalidad lo que busca es disfrazar la realidad laboral.

De acuerdo al marco normativo antes planteado, se procederá a verificar si el demandante cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión gracia.

#### **Caso en concreto.**

Pues bien, en este caso se acreditó que el señor HERRERA MARQUEZ EDUIN RAFAEL, nació el 02 de febrero de 1959 (fl. 25). También se demostró que solicitó el reconocimiento de su pensión gracia el día 21 de agosto de 2013 (fls. 20), es decir que al momento de su solicitud tenía más de 54 años de edad.

Con respecto al tiempo de servicio, se llegó a este proceso como prueba, lo siguiente:

Certificación laboral expedida por el Alcalde del Municipio de San Juan Nepomuceno - Bolívar, la cual contiene: (fl. 26 cuad. N° 1), que el señor EDUIN RAFAEL HERRERA MARQUEZ, presto sus servicios como docente en la modalidad de órdenes de prestación de servicios desde el 01 de febrero de 1980 a 30 de noviembre de 1990, con intervalo de dos (02) meses entre un contrato y el otro.

Obra en la foliatura certificación laboral expedida por la Secretaria de Educación y Cultura Municipal del Carmen de Bolívar, la cual contiene: (fl. 27 cuad. N° 1), que el señor EDUIN RAFAEL HERRERA MARQUEZ, prestó sus servicios como docente Municipal desde el 01 de febrero de 1991 hasta al 31 de diciembre de 2002.

Se encuentra acreditado en el plenario certificado de historia laboral expedido por la Gobernación de Bolívar, donde se tiene que el actor es docente del régimen municipal en provisionalidad desde 24 de septiembre de 1997 hasta el 20 de noviembre de 2013. (fl.28-30 cuad. N° 1).



El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio certificó el salario consecutivo del 2009 que devengaba el actor, por un valor de 2.293.854, que incluyen como factores salariales asignación Básica, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones docentes y subsidio de alimentación. (fl. 32 cuad. N° 1).

Obra a folio certificado de antecedes, expedido por la Procuraduría General de la Nación donde consta que el señor Eduin Rafael Herrera Márquez, no registra sanción ni inhabilidad vigente. (fl. 33 Cuad. N° 1)

Lo anterior le permite la Sala establecer que es posible analizar si el actor reúne los requisitos para acceder a la pensión gracia, toda vez que la expresión "*docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980*", contemplada objeto de análisis, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, pues lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional.

Pues bien, descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que para que un docente pudiera tener derecho al reconocimiento de la pensión gracia, tenía que cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar vinculado hasta el 31 de diciembre 1980;
2. Haber cumplido 20 años de servicios y más de cincuenta de edad y;
3. No recibir otra prestación de carácter nacional.

En el sub judice, se demostró que el señor EDUIN RAFAEL HERRERA MARQUEZ, a la fecha de solicitud de su pensión gracia (21 de agosto de 2013), tenía cincuenta y cuatro (54) años, como ya se anotó.

Con respecto a que estuviera vinculada al 31 de diciembre de 1980, se tiene que la certificación que reposa en folio 26 del expediente, establece que el señor EDUIN RAFAEL HERRERA MARQUEZ, prestó sus servicios como docente en el Municipio de San Juan de Nepomuceno – Bolívar, en la modalidad de contratación desde el 01 de febrero de 1980 hasta el 30 de noviembre de 1990; lo anterior por lo que está acreditado que estaba vinculado a la fecha mencionada.

En ese sentido, y sumados los años de servicio prestados desde 01 de febrero de 1980, fecha inicial que empezó a prestar el servicio como docente hasta el día que solicitó su pensión gracia, 21 de agosto de 2013, (esto en acatamiento



de la jurisprudencia que indica que para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, el señor HERRERA MARQUEZ, había prestado sus servicios por más de veinte (20) años, de manera que había cumplido con la totalidad de los requisitos exigidos para obtener el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, desvirtuándose con ello, la legalidad de los actos administrativos demandados.

A la anterior conclusión se arriba atendiendo los lineamientos jurisprudenciales expuestos por el H. Consejo de Estado anteriormente citado.

Razones suficientes para que este despacho acceda a las pretensiones de la demanda.

### **Prescripción.**

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, preceptúa:

*"Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."*

El señor Herrera Márquez, nació el 02 de febrero de 1959, es decir, que cumplió los 50 años de los que trata la norma el día 02 de febrero de 2009. Por su parte, se tiene que comenzó a laborar al servicio del sector público, el día 01 de febrero de 1980<sup>3</sup>, cumpliendo entonces los 20 años de servicios el día 31 de diciembre de 2002, de manera discontinua, teniendo en cuenta que la ley, establece que son 20 años de servicio continuos o discontinuos. Por ello, es claro que los requisitos tanto de edad como tiempo de servicios fueron satisfechos solo a partir del 02 de febrero de 2009.

Por lo tanto, la entidad demandada debe reconocer y pagar la pensión gracia de al actor, con base en lo dispuesto en la Ley 114 de 1913, a partir del 02 de febrero de 2009. Sin embargo, elevó ante la UGPP, la solicitud de reconocimiento de la pensión gracia el día 21 de agosto de 2013, por lo cual en dicha fecha interrumpió el término de prescripción, y contando tres años hacia atrás de la fecha de interrupción del termino de prescripción nos arroja al día 21 de agosto de 2010, se evidencia que los valores anteriores, se encuentran prescritos, de conformidad con lo establecido en la norma en comentario.

<sup>3</sup> Certificado de servicios prestados n °004-13.



Así las cosas, la Sala advierte que se logró desvirtuar la presunción de legalidad que revestían los actos administrativos demandados, incurriendo así la entidad demandada en la causal de nulidad denominada infracción de las normas en que debía fundarse, consagrada en el inciso 2º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual, se declarará la nulidad aludida y en consecuencia se ordenará a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, que reconozca y pague a al señor EDUIN RAFAEL HERRERA MARQUEZ, la pensión gracia, liquidada sobre el 75% de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior a adquirir el status de pensionado.

Las sumas reconocidas serán reajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de liquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

### **Condena en costas en segunda instancia.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, al resolverse favorable la apelación al apelante, no habrá lugar a costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**



**PRIMERO: REVÓCASE** la sentencia fechada 18 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo considerado en esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRESE** la nulidad de los siguientes actos administrativos: Resolución No. RDP 043822 del 20 de septiembre de 2013, por la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación gracia y RDP 0049110 del 22 de octubre de 2013, por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 43822 del 20 de septiembre de 2013, proferido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

**TERCERO:** Como consecuencia de la declaratoria de la nulidad antes mencionada, y a título de restablecimiento del derecho lesionado por los actos administrativos precitados, se ordenará a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP", reconocer y pagar la pensión gracia de jubilación a al señor EDUIN RAFAEL HERRERA MARQUEZ, a partir del 21 de agosto de 2010, y liquidada con el 75% de todo lo devengado en el último año en que consolidó su status pensional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: DECLÁRASE** prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2010, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**QUINTO:** Las sumas reconocidas serán reajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de liquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

**SEXTO:** La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP", deberá



dar cumplimiento a la sentencia con observancia de las previsiones establecidas en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

**SÉPTIMO:** Sin costas. (Art. 188 Ley 1437 de 2011).

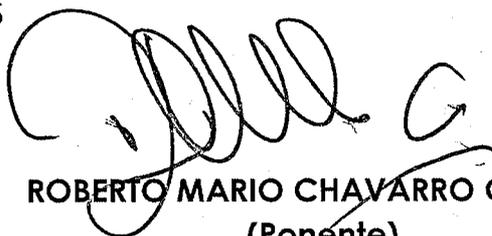
**OCTAVO:** Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

**QUINTO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

**LOS MAGISTRADOS**



**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**  
(Ponente)



**ARTURO MATSON CARBALLO**



**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**  
Salvo voto.