



13-001-33-33-008-2013-00393-01

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

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-008-2013-00393-01
<b>Demandante</b>	ROMUALDO CABRALES ARDILA
<b>Demandado</b>	NACIÓN - UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
<b>Tema</b>	<i>Gracia de la pensión/Sustitución pensional</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha tres (03) de octubre de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES

### 2. LA DEMANDA

#### 2.1. Pretensiones (Fls. 1 - 2)

La parte demandante solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos emitidos por la entidad demandada:

- El acto negativo presunto surgido por no haberse decidido la solicitud de pensión Gracia Vitalicia de Jubilación Post – Mortem elevada en escrito radicado el 21 de junio de 2012.

- La Resolución N.º RDP 004322 de fecha 31 de enero de 2013, por la cual se resuelve negativamente el recurso de reposición interpuesto por el demandante.

A título de restablecimiento del derecho pide que se condene a la UGPP a pagarle al actor pensión Gracia de jubilación post-mortem y la sustitución de la misma, a partir del 17 de abril de 1995 y cuyas mesadas pensionales deben ser liquidadas en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado



13-001-33-33-008-2013-00393-01

por la docente fallecida, por concepto de sueldos y demás factores salariales del año de servicios inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios.

## **2.2. Hechos (Fls. 1 - 4)**

La parte demandante aseguró que la causante de la pensión señora ROSSI TRESPALACIOS nació el 17 de abril de 1945, se vinculó al servicio docente antes de 1° de enero de 1981, permaneciendo en este servicio por más de 20 años, tiempo que se distribuyó de la siguiente forma:

- Colegio Tomasa Nájera de Mompox – Bolívar desde el 31 de marzo de 1967 hasta el 09 de marzo de 1970.
- Escuela Normal Nacional de señoritas de Mompox – Bolívar (Hoy Escuela Normal Nacional Mixta de Mompox – Bolívar) desde el 1° de marzo de 1970 hasta el 16 de mayo de 1967 SIP.
- Concentración Escolar Mixta Inmaculada Concepción de Morales – Bolívar desde el 17 de septiembre de 1980 hasta el 17 de enero de 1990.
- Escuela Nuestra Señora de Fátima de Cartagena – Bolívar desde el 10 de enero de 1991 hasta el 29 de diciembre de 1996.

De conformidad con lo anterior, la señora ROSSI TRESPALACIOS adquirió el status jurídico de pensionada el 17 de abril de 1995 por edad.

Así mismo, asegura la parte actora que contrajo matrimonio por el rito de la iglesia Católica, el día 27 de mayo de 1998, con la señora ROSSI TRESPALACIOS, y que ésta falleció el día 25 de marzo de 1996.

En virtud de lo anterior el señor ROMUALDO CABRALES ARDILA como cónyuge sobreviviente, en su propio nombre y como padre representante legal de sus hijas menores para entonces MAGALI REGINA CABRALES ROSSI y ANEGÉLICA MARÍA CABRALES ROSSI, solicitó el día 11 de marzo de 1998 a la Caja Nacional Previsión Social E.I.C.E el reconocimiento y pago de la pensión Gracia post-mortem y sustitución de la misma.

Ante lo anterior se pronunció la Caja Nacional Previsión Social E.I.C.E mediante la Resolución N.º 002398 de fecha 08 de marzo de 1999, negando tal solicitud, contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron rechazados mediante auto N.º 102083 de 07 de



13-001-33-33-008-2013-00393-01

mayo de 1999, igualmente contra esta decisión se interpuso el recurso de queja, que fue resuelto mediante Resolución N.º 002127 de 09 de junio de 2000.

Basada en la reclamación anterior se presentó Demanda de Nulidad y restablecimiento del Derecho contra los actos mencionados, de la cual se denegaron las pretensiones por parte del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena en la primera instancia, decisión que fue revocada por la Sala de decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar, la cual se declaró inhibida para resolver de fondo por indebido agotamiento de la vía gubernativa.

A partir de lo anterior en escrito radicado el 21 de junio de 2012 el actor volvió a solicitar el reconocimiento de la pensión especial, ante lo cual la parte demandada no notificó la respuesta al demandante, lo que generó el silencio administrativo negativo de la petición.

Ante ello se interpuso recurso de reposición contra el acto negativo presunto, mediante escrito de fecha 10 de enero de 2013, el cual fue resuelto mediante la Resolución N.º RDP 004322 de 31 de enero de 2013 denegando el reconocimiento del derecho pensional.

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

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

#### **1. Constitucionales:**

Artículos 2,6, 13, 25, 53,58 y 84.

#### **2. Legales:**

- a). Ley 114 de 1913.
- b). Ley 116 de 1928.
- c). Ley 37 de 1933.
- d). Ley 4 de 1966.
- e). Decreto 546 de 1971.
- f). Ley 91 de 1989.
- g). Ley 4 de 1992.
- h). Ley 60 de 1993.
- i). Ley 115 de 1994.
- j). Código Sustantivo del Trabajo.

### **3. LA CONTESTACIÓN**



13-001-33-33-008-2013-00393-01

### **3.1 Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP (177 -185)**

La entidad demandada mediante apoderada judicial se refirió a cada uno de los hechos, y se opuso a la totalidad de las pretensiones, asegurando que no es posible reconocer el derecho al actor por no existir el derecho en cabeza de la causante, por tanto, no se puede sustituir un derecho que no se ha generado.

Lo anterior teniendo en cuenta que la UGPP al momento de resolver la solicitud del actor mediante la Resolución N.º RDP 004322 de 31 de enero de 2013, la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto ficto o presunto originado en el silencio de la administración, negó la pensión post-mortem de Gracia, en razón a que la señora REGINA ROSSI TRESPALACIOS, cónyuge fallecida del solicitante, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 114 de 1913, no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley, de prestar servicios como docente en un término no menor de 20 años, pues sólo pudo probar como tiempo laborado de carácter Nacionalizado de 15 años y 01 día, por lo que se concluye que no cuenta con los 20 años correspondientes.

### **4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 201 - 214)**

El Juzgado Octavo (08) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en sentencia del tres (03) de octubre de dos mil catorce (2014), negó las pretensiones de la demanda en razón a que, según este, revisadas las pruebas obrantes en el expediente, se observa que la demandante no reunía los requisitos establecidos para el otorgamiento de la pensión Gracia, tal y como lo estableció la UGPP, pues no cuenta con los 20 años de servicios necesarios para su reconocimiento.

El a – quo determinó que los tiempos totales sin discusión que laboró la señora ROSSI TRESPALACIOS como docente con vinculación territorial fueron de 15 años y 1 día, distribuidos así:

- Tiempo laborado en el Departamento de Bolívar: 9 años, 4 meses y 1 día.
- Tiempo laborado en el Municipio de Morales: 1 año, 3 meses y 18 días.
- Tiempo laborado en el Distrito de Cartagena: 4 años, 4 meses y 12 días.

La discusión se presenta con los tiempos laborados en el Colegio Tomasa Nájera de Mompox, pues se considera que dicha institución es de carácter nacional, como se indica a folio 57 del expediente, donde obra certificación del tiempo de servicios que estuvo vinculada la señora ROSSI TRESPALACIOS a



13-001-33-33-008-2013-00393-01

dicha institución, el cual corresponde a 2 años, 11 meses y 10 días, que si en gracia de discusión se suman a los 15 años y un día, igual no alcanza para el tiempo requerido de 20 años.

## **5. RECURSO DE APELACIÓN**

### **5.1. De la parte demandante (Fls. 219 - 222)**

La parte demandante mediante apoderado aduce que el a – quo para denegar las súplicas de la demanda desestimó los tiempos de servicios prestados por la demandante en el Colegio Nájera de Mompox y en la Escuela Normal Nacional Mixta de Mompox, aduciendo que este nombramiento era de carácter nacional, ante ello expone la evolución normativa que ha mantenido la prestación a lo largo de la historia, concluyendo que el Juzgado si debió contabilizar dichos periodos de tiempo.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia de la primera instancia y en su lugar profiera fallo acogiendo integralmente las pretensiones del actor.

## **6. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto N.º 173/2015 de fecha 05 de junio de 2015 (Fl. 232), se admite el recurso de apelación y con auto N.º 316/2015 de fecha 07 de septiembre de 2015 (Fl. 235), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

## **7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

7.1. La parte demandante presentó sus alegatos. (Fls. 237 - 240)

7.2. La parte demandada presentó sus alegatos. (Fls. 241 - 245)

## **8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público no emitió concepto.

## **III. 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



13-001-33-33-008-2013-00393-01

que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

#### IV. CONSIDERACIONES

##### 4.1. 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.

##### 4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la capacidad de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional, que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

***“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*”**

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por



13-001-33-33-008-2013-00393-01

el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que opera tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*".

#### **4.3. Problema jurídico.**

La presente decisión se enmarcará en el desarrollo de la siguiente pregunta polémica:

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar conceder el derecho a la pensión de jubilación "Gracia" al actor por cumplir con los presupuestos solicitados para ello?

#### **4.4. Tesis.**

Se decretará la falta de legitimación en la causa por activa por cuanto no acreditó el actor su condición e cónyuge supérstite.

#### **4.5. Marco normativo y jurisprudencial**

**De la gracia de la pensión de jubilación vitalicia otorgada a los docentes territoriales en procura de la mejora de sus condiciones de existencia, y sus generalidades normativas.**

La labor docente concebida como el arte de orientar y facilitar la construcción de nuevos saberes en los educandos, a partir de la interacción de sus conocimientos previos con los compartidos por el maestro (a), ha mantenido una evolución en Colombia, en lo referido al tipo de vinculación de los encargados de desarrollar tal labor, esto es los docentes; es por ello que en un principio los educadores de básica primaria mantenían una vinculación distinta a los de la básica secundaria, pues estos últimos eran nombrados directamente por la Nación, mientras que los primeros tenían un nombramiento territorial al ser designados por la entidad territorial municipal o departamental.

Lo anterior generaba un marco de condiciones desiguales entre los docentes de los dos niveles de formación, en la medida en que los profesores de la básica secundaria al percibir su asignación salarial directamente de la Nación



13-001-33-33-008-2013-00393-01

obtenían salarios mucho más altos que los del nivel de primaria, pues los Distritos y/o Departamentos encargados del pago de los salarios de éstos últimos, no contaban con la misma cantidad de recursos que la Nación para el pago de sus docentes, lo cual determinaba una situación de menos favorabilidad para los maestros de primaria, quienes pese a desarrollar una labor tan importante para la sociedad, mantenían difíciles condiciones de existencia al terminar su etapa laboral.

Por consiguiente, es en este contexto de discrepancia fáctica entre docentes de secundaria y primaria que surge la pensión objeto de estudio, la cual debe su nombre a la razón misma de su origen, pues la "gracia" de dicha pensión fue precisamente compensar los bajos ingresos de los maestros de primaria, mediante la entrega de una prestación económica que en su etapa no productiva les permitiera mantener un estilo de vida en condiciones dignas, como era meritorio de un formador de las futuras generaciones.

Es así como el Legislador mediante la expedición de la **Ley 114 de 1913** en su artículo 1º que indica:

*Artículo 1.º 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.*

Se establece el derecho a una pensión de jubilación vitalicia especial, en cabeza de los docentes de básica primaria exclusivamente, imponiendo como requisitos para su reconocimiento la prueba de condiciones inherentes a las circunstancias socio – económicas del maestro, tal y como se observa en el artículo 4º de la norma precitada así:

*"Artículo 4. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado comprobe:*

*1º Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.*

*2º Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.*

*3º 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 y por un Departamento.*

*4º Que observa buena conducta.*

*5º Que si es mujer, está soltera o viuda.*

*6º Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento" (Negrillas fuera de texto).*

En este orden de ideas, continúa el legislador regulando dicha pensión bajo los parámetros de la **Ley 116 de 1928**, que en su artículo 6º efectúa los siguientes cambios:



13-001-33-33-008-2013-00393-01

- a). Amplía el radio de beneficiarios a los empleados y profesores de las Escuelas Normales, así como a los Inspectores de instrucción pública.
- b). Estipula que para el cómputo de los 20 años de servicios requeridos, es posible acumular los años en que se ejerció como docente de primaria, con los de docente normalista y el tiempo como inspector.

Por ende, prosigue la evolución normativa de la llamada pensión de gracia con la expedición de la **Ley 37 de 1933**, que en su artículo 3º además de regular la cuantía de la prestación, extiende el reconocimiento de tal derecho a los maestros que hayan completado los 20 años de servicios requeridos en centros educativos del nivel básica secundaria.

En ese mismo sentido, es pertinente hacer alusión a la **Ley 43 de 1975**, que si bien no reglamentó directamente la pensión gracia si influyó en su continuidad, en la medida en que establece el proceso de nacionalización de la educación, al determinar ésta como un servicio público a cargo de la Nación, lo cual posibilitó que se acabara la diferencia salarial entre docentes de primaria y secundaria, y por ende las condiciones de desigualdad salarial, que dieron lugar a la mencionada pensión, quedando así sin fundamento fáctico la perpetuación en el tiempo de una prestación creada para una población de profesores con características específicas (Los de primaria).

Así las cosas, al unificarse el sistema educativo en el país, estando todos los salarios de los docentes a cargo del presupuesto de la Nación, surge la **Ley 91 de 1989**, que en su artículo 15, numeral 2 referido a las pensiones indica:

**"2. Pensiones:**

**A.** Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o 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.

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

Es así que, se instituye un límite temporal y poblacional al reconocimiento de la pensión de gracia, **i).** El primero fijado en el día 31 de diciembre de 1980,



13-001-33-33-008-2013-00393-01

pues es hasta ésta fecha que las vinculaciones de los docentes posibilitan obtener a sus titulares el derecho a la pensión, y el segundo **ii)**. El límite subjetivo, que hace referencia a los sujetos o población que cuentan con el derecho a la prestación, siendo estos los maestros que cumplieran con dos condiciones: **a)**, que fueran nombrados como docentes antes de 31 de diciembre de 1980 y **b)**, que reúnan todos los requisitos legales.

Además de lo anterior, la norma en estudio expone la compatibilidad entre la pensión gracia con la pensión de jubilación ordinaria para los profesores nombrados antes de 31 de diciembre de 1980, así como excluye del derecho a los adscritos como maestros después del 1 de enero de 1981, a quienes sólo les correspondía la pensión de jubilación ordinaria equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, tal y como se ilustra a continuación:

PERSONAL VINCULADO COMO DOCENTE	
HASTA 31 DE DICEIMBRE DE 1980	DESDE 1 DE ENERO DE 1981
<p>Pueden obtener:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Pensión gracia.</li> <li>- Pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.</li> </ul>	<p>Pueden obtener:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.</li> </ul>

En este orden, es preciso establecer que la pensión gracia mantiene elementos puntuales que deben ser tenidos en cuenta al momento de su configuración tales como: **i)**, Tiempo objeto de liquidación, **ii)**, Factores salariales a tener en cuenta **iii)**, Cómputo y acumulación de tiempos **iv)**, Origen de los dineros para pago de salarios a docentes **v)**, Prueba de la vinculación y **vi)**, Requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho; los cuales serán abordados por la Sala a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, así como de las normas reguladoras de cada tópico, en los siguientes términos.

#### Tiempo objeto de liquidación

De acuerdo a los planteamientos del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial SUJ – 11 – S2 de fecha 21 de junio de 2018, el tiempo que se debe tener en cuenta para calcular la pensión de gracia de los



13-001-33-33-008-2013-00393-01

docentes, es el comprendido en el último año de servicios, tal y como lo establece el artículo 4º de la Ley 4 de 1966 así:

*"Artículo 4º. A partir de la vigencia de ésta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio obtenido **en el último año de servicios**" (Negritas fuera de texto).*

Del que se resalta la última parte de la prescripción normativa, pues el Ingreso Base de Liquidación de dicha prestación, demarcado en un 75% del promedio obtenido, debe calcularse sobre lo percibido por el docente en el "último año de servicios prestados", éste lapso de tiempo no debe ser en ninguna manera confundido con otra etapa o momento representativo de la prestación, como es el "año en el cual el maestro adquiere el status de pensionado".

Lo anterior, se deja por sentado en aras de procurar la claridad sobre el periodo llamado a tenerse en cuenta para la promediación del IBL, pues éste aspecto representa uno de los puntos críticos que más generan controversias judiciales, en la medida en que algunas entidades administradoras de pensiones e incluso operadores judiciales, inducidos en error por las peticiones desacertadas de algunos usuarios, han efectuado la liquidación de la pensión de gracia teniendo como periodo de tiempo para el cálculo no el último año de servicios prestados por el docente, sino el año en el que éste adquirió el derecho pensional.

Tal situación representa incrementos injustificados en el monto pensional que luego deben ser objeto de revisión en sede jurisdiccional.

#### **Factores salariales a tener en cuenta.**

En la sentencia de unificación SUJ- 11-S2 precitada, se instaura por parte del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo la tesis sobre los factores salariales a tener en cuenta al reconocer el derecho a los docentes de la pensión objeto de estudio, haciendo una especial referencia al concepto de salario así:

"(...)

*Así las cosas, la Sala encuentra necesario determinar ahora, que factores son los que vienen a integrar el concepto de salario, pues sobre él es que se entra a precisar la base líquida para obtener el 75%, que corresponde al monto final de la pensión.*

*La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral; comprende entonces los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción*



13-001-33-33-008-2013-00393-01

(...)"

De lo que se colige, que los factores salariales que se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión gracia, serán todos aquellos emolumentos que integran el salario del docente y que percibe habitual, periódica y permanentemente.

### **Cómputo y acumulación de tiempos.**

Para la obtención de la pensión bajo análisis se debe tener como mínimo 20 años de ejercicio docente al servicio del Estado. Sin embargo, es muy probable que dicho periodo de tiempo no transcurra bajo una línea uniforme en cuanto a la forma de vinculación, por lo que se hace necesario dejar claridad sobre cuáles son los tiempos que si se pueden acumular para el cómputo de los 20 años y aquellos que en definitiva deben ser excluidos.

Es por ello, que se considerarán los dos tipos de modalidades de inserción a la planta de personal de docentes oficiales, que con mayor frecuencia desencadenan debates al momento de efectuar el cómputo del tiempo de servicios, como son: **a)**, La vinculación mediante contrato de prestación de servicios y **b)**, La vinculación de carácter nacional, así:

#### **a).** La vinculación mediante contrato de prestación de servicios

La prestación de servicios profesionales ha sido una de las formas en que el Estado Colombiano ha provisto las plazas de docentes, a fin de cumplir con la prestación del servicio público de educación; dicha modalidad de nombramiento aunque denote una relación civil y no laboral, si debe ser tenida en cuenta al momento de acumular el tiempo de servicio, pues lo fundamental es que la vinculación del educador sea de orden territorial o nacionalizada.

En ese sentido, **lo determinante es el tipo de vinculación, pues si ésta última es territorial o nacionalizada, aunque la modalidad del nombramiento sea de carrera, provisional o bajo una relación de prestación de servicios, el tiempo de ejercicio docente bajo dicha relación laboral o civil, si debe ser tenido en cuenta al momento de acumular los 20 años;** ello encuentra asidero en la sentencia de fecha 14 de junio de 2018 emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso identificado con el número: 17001-23-33-000-2013-00374-01(4791-14) así:



13-001-33-33-008-2013-00393-01

(...)

En el anterior orden, cuestiona el apelante de manera puntual, que el demandante no acreditó los tiempos de servicio anteriores al 31 de diciembre de 1980, y que se desempeñó bajo la modalidad de prestación de servicios, por tanto el tiempo de servicio prestado entre el 30 de septiembre al 14 de noviembre de 1980, por un periodo de 45 días, lo que consideró que es un tiempo de servicio breve, y que no fue un nombramiento en propiedad. Frente a ello, **la Sala reitera que existen diferentes modalidades de vinculación al sector docente, tales como nombramientos en provisionalidad, interinidad, contratos de prestación de servicios, las cuales son válidas siempre que se certifiquen en la forma debida como la definió la jurisprudencia citada,** y en este orden, en el caso objeto de estudio existe un acto administrativo, esto es, el Decreto No. 1083 de 1980, el cual reconoció los servicios prestados en el ramo de la Educación como profesor con funciones de rector en el Colegio Pío XII en el Corregimiento Florencia del municipio de Samaná (Caldas), en el cual se visualizan los tiempos de servicio prestados por parte del actor como docente al servicio de una entidad territorial, desde el 30 de septiembre al 14 de noviembre de 1980..." (Negrillas fuera de texto).

**b) La vinculación de carácter nacional.**

Este tipo de adscripción al servicio educativo estatal, tal y como se expresó en la parte introductoria, en la actualidad es generalizada para todos los docentes nombrados luego de la vigencia de la Ley 43 de 1975, no obstante, antes de la existencia de la norma aludida, el carácter nacional de un docente lo fijaba el origen de los recursos con los cuales se pagaba su salario, por tal motivo un docente nacional era aquel cuya asignación básica estaba a cargo de la nación, por tanto, éstos gozaban de mayores ingresos que los territoriales, situación que los exoneraba del pago de la pensión gracia.

Por lo cual, el tiempo que un docente haya ejercido en una plaza de carácter nacional, bajo este tipo de vinculación, no puede ser incluido en la sumatoria de los 20 años, tal y como lo prevé el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente, Dr. William Hernández Gómez, en el proceso identificado con radicado N° 52001-23-31-000-2012-00187-01(1031-16), dentro de la sentencia de fecha 21 de junio de 2018 así:

"L.G. I. V no acreditó el requisito de tiempo para efectos de hacerse merecedor de la pensión gracia, el cual debe ser prestado en su totalidad en virtud de vinculación territorial o nacionalizada, en los términos de la Ley 43 de 1975. Bajo esta misma línea argumentativa, se resalta que, si bien no se desconoce que la primer vinculación como docente fue de carácter territorial, lo cierto es que, a partir del 7 de noviembre de 1975 esta varió con ocasión de su nombramiento en el Colegio Nacional Sucre del municipio de Ipiales, Nariño, en calidad de profesor nacional, tal como consta en la certificación del 9 de octubre de 2000 emitida por la sección de archivo del departamento de Nariño, así: «Nombramiento de carácter Departamental y por Resolución Nacional continúa como profesor Nacional» Aunado a lo anterior, la Subsección considera **que la regla legal contenida en el artículo 1 de la Ley 91 de 1989, despeja cualquier duda en este asunto, puesto que los nombramientos realizados en planteles nacionales no pueden tenerse en**



13-001-33-33-008-2013-00393-01

*cuenta para efecto de contabilizar el tiempo exigido para obtener el reconocimiento de la pensión gracia" (Negritas fuera de texto).*

### Origen de los dineros para pago de salarios a docentes.

La clasificación del tipo de vinculación de los docentes oficiales como territoriales, nacionalizados o nacionales se hace en virtud del origen de los ingresos para el pago de la asignación salarial, por ello, **es primordial fijar una postura uniforme sobre la naturaleza de los recursos para el pago de los maestros, de hecho, ese fue el motivo principal por el que se desarrolló la pluricitada sentencia de unificación**, la cual conceptualiza los tipos de vinculación de maestros en los siguientes términos:

**"Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

**Personal nacionalizado.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

**Personal territorial.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975; esto es que **la plaza a ocupar haya sido creada de forma exclusiva por el ente local y los gastos que esta genere se cubran con cargo a su propio presupuesto"** (Negritas fuera de texto).

De lo que se desprende que a los docentes territoriales les paga su salario la entidad territorial, este tipo de docentes pasan luego a ser nacionalizados, pero su vinculación inicial fue de orden territorial; mientras que los docentes nacionales siempre percibieron su sueldo directamente de la nación.

Ahora bien, al momento de reconocer el derecho a la prestación, las entidades encargadas han fijado el tipo de vinculación al origen de los dineros de los salarios, negando el derecho a quienes se les pagaba con capital proveniente del Situado Fiscal, Sistema General de Participaciones y de los Fondos Educativos Regionales, hecho que fue materia de regulación en la sentencia citada SUJ -11-S2, de la cual se infieren las siguientes premisas:

#### a). Naturaleza jurídica del dinero proveniente del Situado Fiscal.

Concibiendo el Situado Fiscal como el porcentaje de ingresos corrientes de la Nación, que se cede a los Departamentos y Municipios, es posible afirmar que el capital emanado de dicho régimen legal, al provenir de una fuente exógena como son los recursos nacionales tributarios y no tributarios, que al ser cedidos a las entidades territoriales e incorporados a sus presupuestos,



13-001-33-33-008-2013-00393-01

**pasaban a ser considerados como de propiedad exclusiva de la localidad destinataria**, tienen una naturaleza jurídica territorial.

**b).** Naturaleza jurídica del dinero proveniente del Sistema General de Participaciones (SGP).

Entendiendo el Sistema General de Participaciones como el nuevo régimen legal de recursos que entra en vigor para reemplazar al Situado Fiscal, se puede aseverar que dicho capital también tiene una naturaleza territorial, pues en este no se hace una cesión de dinero a las entidades territoriales, sino que **se configura la asignación directa de los dineros de la Nación a los Departamentos y Municipios**, por tanto, ellos se convierten en "titulares directos" de los peculios.

**c).** Naturaleza jurídica del dinero proveniente de los Fondos Educativos Regionales (FER).

Entiéndanse a los Fondos como la agrupación de recursos provenientes de la Nación y las entidades territoriales, administrados por las autoridades y supervisados por el Ministerio de Educación Nacional, para la fijación de la naturaleza jurídica de sus recursos, se debe partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.

Lo preliminar, en virtud de que antes de la entrada en vigor de la mencionada norma, los montos allegados a los Fondos Educativos Regionales emanaban del Situado Fiscal, por tanto, al ser éste tipo de dineros territoriales, hasta ese momento el dinero de los FER era de tipo territorial.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 60 de 1993, que obliga a que éstos recursos tengan la intervención técnica y administrativa de la Nación, hasta que los Departamentos y Municipios se certificaban en materia educativa, cumpliendo el requisito comprendido en el artículo 4º de la norma señalada, los recursos adquieren un carácter nacional.

En este orden de ideas, se deduce que los docentes pagados con recursos provenientes del Situado Fiscal, Sistema General de Participaciones y de los Fondos Educativos Regionales, (de éste último régimen antes de la entrada en vigor de la Ley 60 de 1993), si tienen derecho a la pensión de gracia, por ser capitales de orden territorial, mientras que los provenientes de los FER después de la vigencia de la Ley 60 de 1993, no tienen derecho al reconocimiento de la prestación, pues en ese momento, dichos emolumentos eran de carácter nacional.



13-001-33-33-008-2013-00393-01

### Prueba de la vinculación

Hace referencia a la manera como se acredita el tipo de vinculación del docente, el cual es abordado por el pronunciamiento de unificación antes señalado así:

*"... Prueba de calidad de docente territorial. Se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha provisto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial de carácter territorial"*

Se tiene también la sentencia de fecha 14 de junio de 2018 emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso identificado con el número: 17001-23-33-000-2013-00374-01(4791-14) que al respecto indica:

*"Debe señalarse, que si bien la manera idónea de probar la efectiva prestación de un servicio como empleado público, es el acto de nombramiento y la posesión, para efectos de la pensión gracia, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta sección, también puede hacerse con certificados expedidos por autoridades competentes que indistintamente de su denominación, ofrezcan certeza sobre el cargo ocupado, plantel educativo, su nivel, naturaleza de la vinculación, y duración; aspectos, que en juicio de la Sala están cumplidos con los documentos previamente analizados" (Negrillas fuera de texto).*

De lo anterior se teoriza que hay dos formas de validar la clase de vinculación del docente; la primera con los actos administrativos de nombramiento y posesión que hagan constar además que la plaza sea de orden territorial y la segunda por medio del certificado del nominador, donde se evidencie el tipo de vinculación.

### Requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho

Los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión se condensan a continuación, a partir de todo el desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido dicha prestación, sobre todo la tesis impuesta por el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación aludida en repetidas ocasiones SUJ -11 – S2, de fecha 21 de junio de 2018 así:

- a). Tiempo de servicio: 20 años como docente oficial.
- b). Tiempo de vinculación: anterior al 31 de diciembre de 1980.
- c). Edad: 50 años.
- d). Conducta: Ajustada a la honradez y consagración por la profesión.



13-001-33-33-008-2013-00393-01

e). Tipo de vinculación: Nacionalizada o territorial.

Ahora bien, en cuanto a éste punto ha considerado la Corte Constitucional en la sentencia C – 84 de 2000:

*"...la Corte considera importante hacer claridad en lo siguiente: a los docentes que antes de entrar a regir la ley 91/89 (diciembre 29/89) hubieran completado todos los requisitos exigidos en el ordenamiento positivo para tener derecho a la pensión de gracia, deberá reconocérseles, pues los derechos adquiridos, por expreso mandato constitucional (art. 58 C.P.), deben ser protegidos y respetados por la ley nueva. De ahí que esta corporación haya reiterado la regla general contenida en el artículo 58 de la Carta, de acuerdo con la cual: una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. En consecuencia, la expresión que aquí se acusa en estos casos no tendría operancia.*

*No sucede lo mismo con quienes para esa fecha aún no habían cumplido los requisitos para gozar de tal pensión, pues frente a ellos simplemente existía una mera expectativa o probabilidad de obtener algún día ese beneficio, esto es, cuando cumplieran la condición faltante. Por tanto, bien podía el legislador modificar esas expectativas de derecho, sin vulnerar norma constitucional alguna" (Negrillas fuera de texto).*

Se puede colegir que existe otra exigencia para el reconocimiento del derecho a la pensión gracia, como es que el docente haya cumplido todos los requisitos expuestos, antes del 29 de diciembre de 1989.

Sin embargo, ésta Sala de decisión no acoge la postura del Tribunal Constitucional, pues se suscribe a la tesis del Consejo de Estado decantada en su última sentencia de unificación, la cual constituye un precedente vinculante en sentido vertical y horizontal para la jurisdicción Contencioso Administrativa, además que comporta un pronunciamiento reciente y actual, a diferencia de la perspectiva de la Corte, que fue instaurada desde el año 2000, es decir hace más de 7 años.

Finalmente se concluye que el docente que logre acumular 20 años de servicios como docente oficial, tenga mínimo 50 años de edad, observe buena conducta y acredite en debida forma una vinculación de carácter territorial o nacionalizada anterior al 31 de diciembre de 1980, ostenta el derecho al reconocimiento a una pensión de jubilación "Gracia".

### **Reconocimiento de pensión Gracia Post-mortem y sustitución pensional**

Sobre el particular ha decantado el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortés, en la sentencia de fecha 18 de mayo de 2018, del proceso identificado con número: 73001-23-33-000-2015-00440-01(4754-16) lo siguiente:



13-001-33-33-008-2013-00393-01

*"Atendiendo el vacío legal en la sustitución pensional en los eventos que el docente fallezca previamente a cumplir los requisitos para reconocer la pensión gracia, se acudirá a lo previsto en el artículo 7 del Decreto ley 224 de 1972, que previó lo relacionado con el reconocimiento de la pensión post mortem. Para el caso concreto, en atención a los principios de equidad, proporcionalidad y favorabilidad se aplica el artículo 7 del Decreto ley 224 de 1972, y determina la Sala que el causante al vincularse al magisterio el 28 de noviembre de 1977 hasta el 1 de enero de 1994, día en el que fallece, no alcanzó a cumplir 18 años en la prestación de servicio de docente con carácter nacionalizado, lo que implica que no acreditó las exigencias previstas por el régimen general de los docentes para acceder a la pensión gracia post mortem de la cual solicita el cónyuge supérstite la sustitución. En estas condiciones, se confirmara la sentencia apelada, pues es requisito sine qua non que el causante hubiese trabajado como docente oficial por lo menos 18 años para que se le reconozca el derecho a la pensión gracia post mortem y de esa forma sustituírsela a favor de la demandante, y en el caso del sub lite Jesús María Díaz Quintero (q.e.p.d.) laboró como docente nacionalizado por el espacio de 16 años, 1 mes y 3 días".*

Se debe recurrir entonces, según lo que viene de citarse, para el reconocimiento de pensión post-mortem, a lo dispuesto en el Decreto – Ley 224 de 1972 que en su artículo 7º dispuso:

**"ARTÍCULO 7º.-** En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años."

De lo que se desprende, que para el caso del reconocimiento de pensión de jubilación especial "Gracia" cuando haya fallecido el causante, antes del debido perfeccionamiento del derecho, esto es antes de haber obtenido el status pensional, el tiempo de servicio requerido varía de 20 años, como lo indica la norma especial a 18 años.

Ahora bien, ha sido línea pacífica y consolidada del Consejo de Estado, a la cual se adscribe esta Sala de Decisión, aquella según la cual, ante la ausencia de regulación normativa, en tratándose de sustitución de pensión gracia, "resultan aplicables en tal sentido las normas generales que regulan la materia, vigentes al momento del deceso del docente"<sup>1</sup>, tal y como se expone<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de marzo de 2010, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 08-001-23-31-000-2006-00004-01, demandante Francisco Coronel Vásquez, demandado Cajanal, número interno: 0824-2009

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 47001-23-33-000-2016-00099-01(0042-17). Actor: RAMIRO GUILLERMO FONSECA MARTÍNEZ. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, UGPP



13-001-33-33-008-2013-00393-01

"(...)

6.- En este orden de ideas, como lo ha señalado esta Corporación<sup>3</sup> es necesario concluir que la pensión gracia, es una pensión especial de origen legal cuya gratuidad, es decir, la ausencia de aportes o cotizaciones para tal efecto, no impide su consolidación como derecho adquirido con justo título y por ende su aptitud para ser sustituida en caso de muerte del beneficiario, toda vez que **una vez configurados los elementos que permiten su otorgamiento, se entiende que el derecho ingresa al patrimonio del docente tornándose potencialmente sustituible dada su naturaleza pensional y la categoría de derecho adquirido que obtiene una vez consolidado.**

Debe aclararse además que dentro de nuestro ordenamiento legal el régimen de sustitución pensional se consagró como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger el núcleo familiar inmediato del empleado que muere siendo titular de una pensión, de manera que éstos gocen del mismo grado de seguridad social y económica con que contarían en vida del fallecido, lo que independiza la viabilidad del derecho a la sustitución pensional de la existencia de aportes para conformar el derecho pensional primigenio.

**7.- Ahora, si bien la normativa especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de aquella a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.**

**Bajo la motivación precedente se concluye la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, pues si bien su causa jurídica es diferente, estas comparten por voluntad del legislador la misma naturaleza, y en materia de sustitución, idéntica finalidad de amparo a la familia más próxima de quien antes de fallecer adquirió el derecho, de manera pues, que resultan aplicables en tal sentido las normas generales que regulan la materia, vigentes al momento del deceso del docente<sup>4</sup>**

La regla aplica incluso respecto de los docentes con derecho a la prestación que no se les haya reconocido<sup>5</sup>:

"(...)

**Ahora bien, tratándose de la pensión gracia, si bien la normatividad especial que la regula no contempla la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en aceptarla, pues no existe una prohibición expresa para su aplicación y tampoco una causal de extinción del derecho, mucho menos está contemplado su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente**

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de marzo de 2010, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 08-001-23-31-000-2006-00004-01, Sentencia del 22 de marzo de 2018, Consejero ponente: William Hernández Gómez. Radicación expediente: 15-001-23-33-000-2013-00077-01. Número interno: 4526-2013 y Sentencia del 321 de abril de 2016, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00125-01(2368-14).

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de marzo de 2010, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 08-001-23-31-000-2006-00004-01, demandante Francisco Coronel Vásquez, demandado Cajanal, número interno: 0824-2009

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Sentencia de veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2013-00190-01(1666-15).





13-001-33-33-008-2013-00393-01

con derecho<sup>6</sup>. Así lo ha señalado esta Sala:

«Corolario de lo expuesto, si bien la normatividad relativa a la pensión gracia de jubilación no contempla en caso de fallecimiento del docente la sustitución pensional en cabeza de sus posibles beneficiarios, como se observa, esta jurisdicción en diversos pronunciamientos ha hecho referencia a lo aquí planteado, **haciendo procedente la sustitución de la pensión gracia de jubilación.**

[...]

Dentro del anterior contexto, habrá de revocarse la providencia apelada y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenando el reconocimiento de la pensión gracia de jubilación post – mortem a favor del señor Orlando Alberto Gutiérrez Zapata (q.e.p.d.) a partir del 20 de octubre de 1999, fecha en que ocurrió su deceso y se ordenará la sustitución a favor de los demandantes, de acuerdo con las previsiones de ley. La liquidación de ésta prestación se realizará tomando en cuenta el promedio de los últimos factores salariales percibidos por el señor Gutiérrez Zapata antes de ocurrido su fallecimiento»<sup>7</sup>.

Esta posición fue reiterada en providencia de 4 de marzo de 2010, así:

«Ahora, si bien la normatividad especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.

Bajo la motivación precedente **se concluye la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, pues si bien su causa jurídica es diferente, estas comparten por voluntad del Legislador la misma naturaleza, y en materia de sustitución, la misma finalidad de amparo a la familia más próxima de quien antes de fallecer adquirió el derecho, de manera pues, que resultan aplicables en tal sentido las normas generales que regulan la materia, vigentes al momento del deceso del docente**»<sup>8</sup> (negritas fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, es clara entonces la posibilidad de sustituir la pensión gracia."

En suma, lo que sigue es precisar que, aunque por regla general, a partir del 1 de abril de 1994 la norma aplicable sería la Ley 100 de 1993, las normas en materia de sustitución pensional contenidas en la Ley 71 de 1988 y el Decreto

<sup>6</sup> Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 5 de febrero de 2009; radicación número: 08001-23-31-000-1998-0158-01(3084- 01), C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez;; Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección "A", No. Interno. 1259-2009., C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Rad. 0500 -23-31-000-2004-05315-01(1026-07), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 4 de marzo de 2010, Radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



13-001-33-33-008-2013-00393-01

Reglamentario 1160 de 1989 continuaron produciendo efectos jurídicos para aquellas personas excluidas del régimen general de seguridad social, por disposición expresa de su artículo 279 de la citada ley 100 de 1993, que reza:

*"ARTICULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

*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»<sup>9</sup>.*

Es decir, involucra la excepción a aquellos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre el particular, el último de los citados fallos informó:

*"En ese entendimiento, la aplicación del anterior régimen de sustitución pensional frente a los trabajadores y servidores excluidos de la Ley 100 de 1993, fue definida por esta Sección en sentencia del 10 de octubre de 1996<sup>10</sup> al realizar el estudio de legalidad del artículo 6º del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, el cual quedó delimitado en los siguientes términos:*

**«2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.**

*No obstante lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 (sic) de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279.*

*A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, **porque los exceptuados en el Artículo 279 ibidem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios»** (Resalta la Sala)*

**Al respecto, la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de**

<sup>9</sup> Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461-95 del 12 de octubre de 1995 "... siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar".

<sup>10</sup> Expediente No. 11223, Sentencia del 10 de octubre de 1996. C.P. Dolly Pedraza de Arenas.



13-001-33-33-008-2013-00393-01

**sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles.** Asimismo, en su artículo 3 extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al conyugue supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido.<sup>11</sup>

Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó los casos en los que resulta procedente la sustitución del derecho pensional, los beneficiarios de la misma, la cuantía y porcentaje correspondiente de acuerdo al orden sucesoral, y la forma de probar la calidad bajo la cual se acude, prescripciones que se formularon en los siguientes términos:

«ARTICULO 5o. Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

**a). Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;**

b). Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

**ARTICULO 6o. Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional:**

1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente (y a falta de éste), al compañero o a la compañera permanente del causante.

{Se entiende que falta el cónyuge:

- a). Por muerte real o presunta;
- b). Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c). Por divorcio del matrimonio civil.}

2o. A los hijos menores de 18 años, inválidos o cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.

<sup>11</sup> «ARTICULO 3o. Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.
2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.
3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.
4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.»



13-001-33-33-008-2013-00393-01

4o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos y padres con derecho a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante y hasta cuando cese la invalidez." <sup>12</sup>

(...)

ARTICULO 8o. Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

1o. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

2o. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante. (...)

PARAGRAFO. Cuando falte alguno de los beneficiarios del respectivo orden por extinción o pérdida del derecho, la parte de su pensión acrecerá a la de los demás, en forma proporcional.

(...)

ARTICULO 14. Prueba del estado civil y parentesco. El estado civil y parentesco del beneficiario de la sustitución pensional, se comprobará con los respectivos registros notariales o en su defecto con las partidas eclesiásticas y demás pruebas supletorias».

De las normas transcritas aplicables al sub examine, se infiere que hay lugar a la sustitución pensional cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o en este caso con derecho a la pensión de jubilación vitalicia consagrada en la Ley 114 de 1913, derecho que surge para sus beneficiarios en cada orden, en los porcentajes arriba señalados, con la posibilidad de acrecer la cuantía respectiva en ausencia de alguno de ellos o en el evento en que acaezca para éstos la pérdida del derecho.

Huelga entonces colegir que quien pretenda sustituir en la pensión gracia, deberá acreditar, o que cumple los requisitos de la ley 100 de 1993 (artículo 47), esto si no estuviera afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, o los del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, si acaso se tratase de un docente adscrito al régimen exceptuado por encontrarse afiliado al aludido Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En uno y otro caso deberá en principio acreditar la condición de sobreviviente del causante.

<sup>12</sup> Apartes entre corchetes, declarados vigentes por el Consejo de Estado, mediante Auto del 30 de marzo de 1995 y Sentencia del 10 de octubre de 1996, Expediente No. 11223, Magistrado Ponente, Dra. Dolly Pedraza de Arenas.



13-001-33-33-008-2013-00393-01

#### **4.6. El caso concreto.**

##### **4.6.1. Hechos relevantes probados.**

a). Con el certificado expedido por el Ministerio de Educación Nacional ostensible a folio 57, se hace constar que la señora ROSSI TRESPALACIOS laboró como docente desde el año 1967 a 1970, para un total de 2 años, 11 meses y 10 días en el nivel de secundaria, en el Colegio Tomasa Nájera de Mompox.

b). Con el certificado expedido por el Ministerio de Educación Nacional visible a folio 57 vuelto, se hacen constar 6 años, 2 meses y 15 días de servicios como docente, desde el 10 de marzo de 1970 hasta el 16 de mayo de 1976, en el nivel de secundaria, en la Escuela Normal Nacional Mixta de Mompox.

c). Con el certificado expedido por la Gobernación de Bolívar (Fl. 58 ) se hace constar que la señora ROSSI TRESPALACIOS se vinculó desde el 17 de septiembre de 1980 hasta el 17 de enero de 1990, para un total de 9 años, 4 meses y 1 día en el nivel de primaria, en la Concentración Escolar Mixta Inmaculada Concepción del Municipio Morales – Bolívar.

d). Con el certificado expedido por el Municipio de Morales (Fl. 58 vuelto) se corrobora que desde el 17 de enero de 1990 hasta el 5 de mayo de 1991, fecha en la cual fue expedido dicho documento, por un total de 1 año, 4 meses y 19 días la causante fue nombrada en el nivel primaria.

e). Con el certificado expedido por la Secretaría de Educación Distrital se acredita que la señora ROSSI TRESPALACIOS, desde el 10 de mayo de 1991 al 21 de septiembre de 1995, se vinculó al Distrito de Cartagena en el cargo de Docente, sumando un total de 4 años, 4 meses 12 días de servicios, en dicha labor.

f). Con el certificado de factores salariales visible a folio 59 vuelto se verifica que en los años 1994 y 1995 la causante percibió como emolumentos el sueldo básico y prima de alimentación.

##### **4.6.2 Del análisis crítico de la situación fáctica frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el sub examine, se tiene que el Juzgado Octavo Administrativo planteó que no existiendo discusión sobre el tiempo de 15 años y 1 día laborado como docente de vinculación territorial, no se alcanza el umbral de 20 años, pues no es posible computar los tiempos laborados en el Colegio Tomasa Nájera de



13-001-33-33-008-2013-00393-01

Mompox, pues dicha institución es de carácter nacional, como se indica a folio 57 del expediente.

Por su parte, el apelante basa su desacuerdo en exponer la evolución normativa que ha mantenido la prestación a lo largo de la historia, concluyendo que el Juzgado si debió contabilizar dichos periodos de tiempo, por lo cual, solicita que se revoque la sentencia de la primera instancia y en su lugar profiera fallo acogiendo integralmente las pretensiones del actor.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo desarrollado en la sentencia SUJ -11 – S2, de fecha 21 de junio de 2018, lo que impera es colegir que la causante cumplía con los requisitos para hacerse a la gracia de la pensión.

Lo anterior, en razón a que luego de la debida valoración y apreciación razonada de los elementos que obran como prueba en el plenario, ( folios 57 a 60 del expediente), los cuales constituyen fiel copia del cuaderno administrativo que reposa en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se tiene que efectivamente de los tiempos sumados al servicio de la Gobernación de Bolívar, al Municipio de Morales y al Distrito de Cartagena, se completa un total de 15 años y 1 mes, discriminados de la siguiente forma:

Entidad Territorial	Año	Mes	Día
Gobernación de Bolívar	09	04	01
Municipio de Morales +	06	02	15
Distrito de Cartagena	04	04	00
	15	01	00

Ahora bien, al verificar el certificado apreciable a folio 57 vuelto, se observa que si bien el mismo es expedido por el Ministerio de Educación Nacional y que además el servicio prestado fue en el nivel secundaria, antes del proceso de nacionalización de la educación, la entidad educativa en la que se ejerció la labor docente era una Escuela Normal, esto es, una Institución de enseñanza dedicada a la "Formación de Formadores", es decir a la educación de estudiantes que luego de terminar los 11 años de la primaria y secundaria



13-001-33-33-008-2013-00393-01

realizaban el ciclo complementario y quedaban habilitados para el ejercicio de la docencia.

Por ende, los docentes que laboraban en éste tipo de escuelas, en virtud de lo consagrado en el artículo 6° de la Ley 116 de 1928, tal y como se expuso en el acápite de marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, también eran merecedores del reconocimiento de tal derecho, pues dicha norma no sólo lo prescribe así de manera expresa, sino que además va mucho más allá al estipular que "para el computo de los años de servicios se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la enseñanza normalista".

Por lo cual, los 6 años, 2 meses y 15 días que se acreditan con el certificado objeto de estudio, si deben entrar en el cómputo de la prestación por reconocer a la señora ROSSI TRESPALACIOS, lo que indica que se tendría un tiempo total de 21 años, 3 meses y 15 días, que satisfacen a cabalidad tanto el tiempo de los casos generales, como el tiempo requerido en el caso de marras, el cual por tratarse de una situación sui generis, como es el fallecimiento de la causante del derecho antes de su reconocimiento, corresponde sólo a 18 años, de acuerdo a lo seguido por nuestro Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al remitir en la sentencia citada en el marco normativo y jurisprudencial, al Decreto Ley 224 de 1972, que en su artículo 7° regula tanto el tiempo de servicios como la cuantía de la prestación en este tipo de casos.

Es así como queda cumplido el requisito de "tiempo de servicio" y "tipo de vinculación" por parte de la causante, lo que permite proseguir con el estudio de los demás presupuestos; encontrando la Sala que el requerimiento de "tiempo de vinculación" solicitado, también se da a satisfacción, pues la vinculación a una entidad territorial como docente, data de antes de 31 de diciembre de 1980, como lo evidencia el certificado expedido por la Gobernación de Bolívar (Fl.58) en el que se deja por sentado que la adscripción como docente en ese entonces fue desde el 17 de septiembre de 1980.

En este orden, respecto de la "edad" con la copia autenticada de la cédula de ciudadanía de la señora causante del derecho, visible a folio 56, se confirma que ésta al nacer el 17 de abril de 1945, a la fecha de su desafortunado fallecimiento 25 de marzo de 1996, contaba con 50 años, es decir cumplía con el requisito de edad mínima.



13-001-33-33-008-2013-00393-01

Así mismo con el certificado expedido por el Ministerio de Educación Nacional ubicado a folio 59 vuelto, se constata que los factores salariales devengados en el último año de servicios por la actora fueron: sueldo básico y prima de alimentación.

De conformidad con lo anterior, al apreciarse que la señora ROSSI TRESPALACIOS cumplió con todos y cada uno de los requisitos impuestos para obtener la pensión "Gracia", sería viable reconocer su derecho a dicha prestación; sin embargo, se debe auscultar en las pruebas, pues no obstante lo dicho, **la sustitución**, como viene de analizarse, no opera en forma automática con la mera verificación de los requisitos que debía cumplir el causante para acceder al derecho pensional, sino que debe ser necesario, indagar si aquel que pretende sustituir tiene derecho a ser sustituto, es decir, beneficiario de la prestación.

En razón a lo dicho, y verificada la foliatura, la Sala estima que no hay lugar a revocar la sentencia, pero si a adicionarla para decretar la falta de legitimación en la causa por activa por cuanto no acreditó el actor la condición de **cónyuge supérstite**, toda vez que, en el expediente se echa de menos el documento idóneo que da fe de ello, esto es, el registro civil de matrimonio que indique que es el cónyuge sobreviviente de la docente fallecida.

#### 4.7. Condena en costas.

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, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en segunda instancia, ordenando su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., para que de manera concentrada se liquiden a instancias del *a quo*, incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 3, en armonía con el artículo 6, numeral 3.1.3., en el cual se dispone que en los asuntos de segunda instancia con cuantía, adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en



13-001-33-33-008-2013-00393-01

la suma de hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden, para la tasación de las agencias en derecho, la Sala encuentra razonable fijarlas en la suma de CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS QUINCE PESOS (\$ 44.415), que corresponden al 0.1% de las pretensiones patrimoniales estimadas en la demanda.

#### DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

#### IV. FALLA:

**PRIMERO: ADICIÓNASE** la sentencia, en el entendido de que debe ser declarativa de la excepción de "falta de legitimación en la causa por activa", conforme se expuso en precedencia.

**SEGUNDO: CONFÍRMASE** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO: CONDÉNASE** a la parte demandante, al pago de costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones, e incluirán el valor de las agencias en derecho fijadas en la suma de CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS QUINCE PESOS (\$ 44.415), de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**CUARTO: DEVUELVA** el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



13-001-33-33-008-2013-00393-01

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

Handwritten marks or scribbles in the top right corner.

