

LA JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA COMO LÍMITE A LA  
FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN GRACIA

CASO DE ESTUDIO  
PROYECTO DE GRADO

ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS

UNIVERSIDAD ICESI FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

SANTIAGO DE CALI

2019

LA JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA COMO LÍMITE A LA  
FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN GRACIA

CASO DE ESTUDIO  
PROYECTO DE GRADO

ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS

Director de Investigación:  
MARIO ALBERTO CASAS

UNIVERSIDAD ICESI FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
MAESTRÍA EN DERECHO  
SANTIAGO DE CALI

2019

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN DEL CASO.....	4
CASO DE GRADO.....	5
OBJETIVOS PEDAGÓGICOS DEL CASO .....	7
TRANSFORMACIONES LEGALES EN MATERIA PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES EN COLOMBIA .....	8
DESARROLLO DEL CASO .....	18
OTROS ASPECTOS QUE SE DESPRENDEN DEL CASO DESARROLLADO .....	26
CONCLUSIONES.....	28
BIBLIOGRAFÍA .....	29
NORMATIVIDAD.....	29
JURISPRUDENCIA.....	30

## RESUMEN DEL CASO

Hasta la expedición de la ley 91 de 1989 los docentes Territoriales o nacionalizados tenían el derecho a percibir hasta 2 pensiones. La pensión gracia si cumplía con la edad de 50 años y 20 años de servicios y; posteriormente al cumplir los 55 años de edad tenía derecho a percibir la pensión ordinaria. La ley 91 de 1989 terminó con el derecho de los docentes para acceder a la pensión gracia. Los efectos de esta ley fueron retroactivos, y solo le permitió el derecho a acceder a dicha prestación a los docentes que hubiesen estado vinculados al 31 de diciembre de 1980. El Objetivo del presente caso es observar como el Consejo de Estado a través de sus sentencias ha sido un límite a la aplicación de medidas flexibilizadora por parte del estado colombiano a un grupo de Empleados Públicos.

## CASO DE GRADO

El Señor Luis Bernardo Casas Bermeo, nació en el año de 1952. A la fecha cuenta con 67 años de edad. Fue vinculado por el departamento del Cauca el desde el 1 de septiembre de 1970 hasta 30 de enero de 1973. Luego la misma entidad territorial realizó una vinculación, también como docente desde el 20 de febrero de 1978 hasta el 8 de marzo de 1981. Ahora bien, sin que operara la solución de continuidad el Señor Casas Bermeo fue nombrado por el Ministerio de Educación Nacional el 10 de febrero de 1981 para que realizara su actividad docente en una Institución Educativa de la ciudad de Popayán.

Posteriormente, en el 25 de octubre del año de 1999, el Señor Casas Bermeo fue trasladado mediante acto administrativo de mera discrecionalidad, y por orden del Gobernador del Departamento del Cauca al Colegio de la Normal Superior del Municipio de Popayán. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Departamento certificó la disponibilidad presupuestal para el traslado discrecional del docente. Lo que indica que a partir del año 1999 el docente estaría siendo pagado con rubros de la entidad territorial y no por parte del ente nacional.

Por tener mas de los 20 años de servicios, el señor Luis Fernando solicitó el reconocimiento y pago de la Pensión Gracia el 24 de septiembre de 2008 ante la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN (CAJANAL), pero esta le fue negada mediante acto administrativo notificado el 2 de marzo de 2009, con el argumento que era un docente nacional y por tal no le correspondía percibir este derecho. Fundamentó su respuesta en la sentencia de constitucionalidad C- 479 de 1998, que declara la exequibilidad de *“las expresiones ”.....de escuelas primarias oficiales” contenida en el artículo 1 de la ley 114 de 1913 y “Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional” contenida en el numeral 3 del artículo 4 del mismo ordenamiento.”* y establece quienes son los destinatarios de la pensión gracia.

Ahora bien, el 4 de agosto de 2009 el Señor Casas Bermeo presentó a través de apoderada acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante los juzgados administrativos del

Circuito de la Ciudad de Popayán, para que se declara la nulidad del acto administrativo que negó la solicitud de pensión gracia y en su lugar reconocer la prestación periódica.

El Juzgado negó las pretensiones de la demanda indicando que a partir del 9 marzo de 1981 su vinculación fue como Docente Nacional, tiempo que es incompatible para acceder a la pensión de gracia; El despacho, además no tuvo en cuenta que la Secretaría de Hacienda y crédito público del Departamento del Cauca se hizo cargo del pago de salarios y prestaciones a partir del año de 1999; Al anterior fallo no se presentó recurso de apelación.

En el presente caso se pueden hacer varias preguntas de investigación:

¿El Señor Luis Bernardo Casas Bermeo tiene derecho a que le sea reconocida la Pensión Gracia de acuerdo con la situación fáctica que se presenta?

¿Puede la justicia contenciosa administrativa limitar las medidas flexibilizadoras que se presentaron en contra de la Pensión de Gracia?

¿Qué elementos ha tomado la jurisprudencia para dar solución al caso?

## OBJETIVOS PEDAGÓGICOS DEL CASO

En el presente caso se abordará:

- El régimen prestacional en materia docente en el marco del derecho fundamental a la Seguridad Social.
- Derecho a la pensión gracia
- La Flexibilización normativa en materia pensional docente.
- La regresividad pensional de los docentes
- La cosa juzgada en los actos administrativos que reconocen o niegan prestaciones periódicas.
- El papel de la Justicia Contenciosa Administrativa como límite a la flexibilización normativa

## TRANSFORMACIONES LEGALES EN MATERIA PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES EN COLOMBIA

En sus inicios y poco tiempo después de haber sido expedida la Constitución Política de 1886, entró en vigencia la ley 89 de 1982 que estableció que la remuneración que daba el estado a los docentes no imprimía el carácter de servicio administrativo y por tal motivo éstos no estaban sujetos a incompatibilidades que tienen los demás empleados públicos en Colombia.

1. En materia pensional, se expidió la ley 50 de 1886, fue la primera norma que reconoció el derecho a una pensión a los trabajadores del magisterio

***ARTÍCULO 11.** Los empleados civiles que hayan desempeñado destinos o empleos de manejo, judiciales o políticos, por veinte años por lo menos, con inteligencia y pureza, que comprueben con documentos auténticos sus servicios y que no han sufrido alcance ni remoción por mal manejo, incuria u omisión, tienen derecho a pensión de jubilación, siempre que comprueben en los términos prescritos por esta ley, justa opción a recompensa, en estos casos: 1º Haberse inutilizado en el servicio y no tener medios de procurarse la subsistencia, o bien ser mayor de sesenta años; 2º No haber sido rebelde ni sindicado de tal contra el Gobierno bajo cuyo servicio se ha hallado 3º No haber sido acusado ni tildado de prevaricador.*

***ARTÍCULO 12.** Son también acreedores a jubilación los empleados en la instrucción pública por el tiempo indicado, siempre que en los términos de esta ley comprueben:*

1. Su conducta moral y aptitudes;
2. Hallarse en imposibilidad de ganar la subsistencia y carecer de medios para vivir, o bien tener más de sesenta años;
3. Acompañar declaraciones juradas de seis por lo menos de sus discípulos, que, por su conducta moral, su patriotismo, servicios prestados a la sociedad y por sus buenas costumbres e inteligencia hayan ocupado o estén ocupando distinguida posición como padres de familia y como ciudadanos.

2. Posteriormente se expidió la ley 6 de 1945, que modificó la ley 50 de 1886. Eliminó los requisitos morales y disciplinarios, pero disminuyó la edad para pensión en 50 años y conservó los 20 años de servicios. Aquí tanto hombres y mujeres tenían los mismos requisitos para percibir el derecho pensional.

**ARTÍCULO 17.-** *Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

*b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se ira deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.*

3. Luego se expide la Ley 3135 de 1968, que aumentó la edad de pensión para los hombres en 5 años con relación a la Ley 6 de 1945, y el monto de la pensión en 75% del salario promedio del trabajador durante el último año de prestación de servicios. Para adquirir el estatus.

**ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez.** *El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.*

Esta ley crea la pensión de retiro por vejez, para los servidores que habiendo cumplido la edad de 65 años no cuenten aun con el estatus de pensionado.

**ARTÍCULO 29. Pensión de retiro por vejez.** *A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal.*

4. En el año de 1985 se promulgó la ley 33 que igualó la edad para la pensión en 55 años y conservó el monto en el 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año.

**ARTÍCULO 1°.-** *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*

*En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el Artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 Artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969.*

*PARÁGRAFO 1°. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.*

*PARÁGRAFO 2°. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.*

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro. Ver Artículo 7 y ss. Ley 71 de 1988*

*PARÁGRAFO 3°. En todo caso, los empleados oficiales que, a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.*

En el párrafo 2 se estableció un régimen de transición para las mujeres que al momento de entrar en vigencia la ley 33 de 1985 contaran con más de 15 años de servicios. La ley 33 entró a regir el 9 de enero de 1985.

5. Con anterioridad a 1988 no se podían acumular tiempos de servicios laborados en el sector público con los aportes realizados en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS. Esta problemática se resolvió cuando se expidió la ley 71 de 1988, que creó la pensión por aportes. Los requisitos para acceder a esta prestación era la de 60 años de edad hombres y 55 años de edad si son mujeres, y el monto del 75% del promedio salarial devengado en el último año.

*Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*

*El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas*

6. A menos de 5 años de haberse expedido la ley 33 de 1985, el gobierno nacional promulgó la Ley 91 de 1989, aunque esta ley creó el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, el cual se encarga de atender las prestaciones sociales de los docentes, eliminó la Pensión Gracia y creó una pensión de jubilación con los mismos requisitos de la pensión establecida en la ley 33. En el artículo 15 de la ley 91 de 1989 se establece:

*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.*

7. Con la promulgación de la ley 100 de 1993 (Régimen General de la Seguridad Social), los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio fueron exceptuados de la aplicación de este régimen.

**ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES.** *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las 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.*

Pero esto solo se aplicaría siempre y cuando la vinculación de los docente haya sido con anterioridad a la entrada en vigencia la ley 812 de 2003. Puesto que, a los vinculados a partir del 26 de junio de 2003 ya se tendría en cuenta una pensión de vejez en las condiciones de la ley 100 de 1993. Al día de hoy son 1300 semanas de cotización con la reforma de la ley 797 de 2003, y en cuanto a la edad hombres y mujeres requieren 57 años.

**ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.*

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las*

*prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

*El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.*

*El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.*

*El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con*

*recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.*

**PARÁGRAFO.** *Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989.*

8. En cuanto a la pensión de gracia, la ley 114 de 1913 señaló que “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”. Inicialmente los 20 años de servicios debían ser laborados en Escuelas primarias. el artículo 2 de dicha normatividad indica que “la cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.”. ahora bien, con la expedición de la ley 24 de 1947 se ordenó que la cuantía de la pensión se promediara con el último año de prestación de servicio. Y el Decreto 1743 de 1966 aumentó al 75% el promedio del monto de la pensión.

9. La ley 37 de 1933 extendió el derecho a la pensión de gracia para los docentes de secundaria. Los requisitos finales para el acceso a la pensión gracia son los siguientes:

- Nombramiento nacionalizado, territorial
- 50 años de edad
- 20 años de servicio
- Buena conducta

10. Ahora bien, la ley 91 de 1989 de manera retroactiva eliminó el derecho a la pensión gracia y lo conservó para las personas que se vincularon al magisterio hasta el 31 de diciembre de 1980.

*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.*

11. Con la expedición de la ley 812 de 2003, el régimen docente deja de ser exceptuado para volverse especial. Esto quiere decir que se aplicara la ley 100 de 1993 de manera parcial, y solo en la edad. Los hombres y las mujeres cumplirán con el estatus de pensionados con la edad de 57 años y con un mínimo de 1300 semanas de cotización.

#### **ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES**

**OFICIALES.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(...)

12. Sobre el Acto legislativo 01 de 2005 trajo dos elementos de regresividad a las pensiones en Colombia. Primero, desmontó el régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, y propuso dos fechas para su terminación: Para quienes al 29 de julio de 2005 tuviesen menos de 750 semanas, el tiempo máximo del cumplimiento de los requisitos del régimen anterior sería el 31 de julio de 2010; ahora bien, si por el contrario el afiliado tenía más de 750 semanas al 29 de julio de 2005, el plazo para el cumplimiento de los requisitos del régimen anterior se extendía hasta el 31 de diciembre de 2011. Segundo, eliminó la mesada 14 en el entendido que "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.

Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento". Este mismo acto también indicó que se exceptuaban de esta aplicación "*aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año*". El régimen pensional del magisterio solo aplica la eliminación de la mesada 14 porque los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003 están eximidos de la aplicación de la ley 100 de 1993 por disposición expresa del artículo 289 de esa norma.

## DESARROLLO DEL CASO

En el presente caso se puede indicar que el Señor Casas Bermeo, tiene dos tipos de vinculaciones. La primera tiene que ver con una entidad territorial antes del 31 de diciembre de 1980 y; la segunda es con el Ministerio de Educación Nacional, a partir del 10 de febrero de 1981, en una Institución Educativa de la ciudad de Popayán. Hasta aquí sería relevante indicar que el docente no tiene derecho a la pensión gracia puesto que sus vinculaciones no fueron exclusivamente en entidades territoriales.

Sin embargo, en el año de 1999, el Señor Casas Bermeo fue trasladado mediante acto administrativo, de mera discrecionalidad, y por orden del Gobernador del Departamento del Cauca al Colegio de la Normal Superior del Municipio de Popayán. De aquí en adelante su salario sería pago de un rubro específico de la Secretaría de hacienda del Municipio de Popayán, pero su vinculación sigue estando sujeta al Nombramiento realizado por parte de la Nación.

Para empezar a dilucidar el caso, se debe tener claro las vinculaciones de los docentes. La Ley 91 de 1989 en su artículo 10 definió estas categorías así:

- Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
- Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 10 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, particularmente en el artículo 10<sup>1</sup>
- Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 10 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 100 de la Ley 43 de 1975.

---

<sup>1</sup> La Ley 43 de 1975. Artículo 10. En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, no el Distrito Especial, ni los municipios podrán, con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

Según lo visto en el caso, el Señor Casas Bermeo, pasó de ser un docente Nacionalizado a uno nacional, cuando aceptó en 1981 el nombramiento del Ministerio de Educación.

Los 20 años de servicios para acceder a la pensión gracia pueden ser continuos o discontinuos, lo importante es que estos se causen con tiempos que no involucren a la nación debido a la naturaleza jurídica de esta prestación periódica. La pensión gracia, fue concebida como una compensación o retribución en favor de los docentes territoriales que tenían una diferencia salarial frente a los maestros de carácter nacional. Es una prestación de carácter especial y autónoma y fue instituida en virtud de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989. Los beneficiarios de dicha prestación son los docentes que presten sus servicios a instituciones educativas del orden territorial o nacionalizadas vinculados antes del 31 de diciembre de 1980 y que cumplan los demás requisitos exigidos en las referidas normas.<sup>2</sup>

“La pensión gracia, no depende de los aportes y es compatible: (i) con la pensión de jubilación (Leyes 115 de 1994, artículo 115, 91 de 1989, 60 de 1993 artículo. 6, y (ii) con el salario (artículo 5 del Decreto 224 de 1972, artículo 70 del Decreto Ley 2277 de 1979, y artículo 19 de la Ley 334 de 1996). Acorde con lo previsto en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la pensión gracia es reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976. No obstante, tal entidad se suprimió y sus afiliados fueron trasladados a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social-UGPP.”<sup>3</sup>

Ahora bien, el actor, a pesar de que tiene una vinculación como docente territorial (con Acto Administrativo expedido por el Departamento del Cauca) antes de 1 de enero de 1981, y contar con mas de los 50 años de edad, no tiene los 20 años de servicio requeridos con esa vinculación. Lo anterior es un presupuesto legal para acceder a la pensión gracia.

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM ERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2014-02587-01(3756-16)

<sup>3</sup> Ibid.

El Consejo de Estado, en sentencia del año 2015, argumentó sobre la vinculación de los docentes, y estableció que para saber si su nombramiento era territorial o nacional o nacionalizado se debía establecer el origen de los recursos:

“Es necesario aclarar entonces, con miras a definir en cada caso el cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión gracia, que el carácter territorial o nacional de los nombramientos docentes, no lo determina la ubicación del plantel educativo en donde se presten los servicios, sino el ente gubernativo que en efecto profiere dicho acto, lo que a su vez define la planta de personal a la que pertenecen y el presupuesto de donde proceden las pagos laborales respectivos.”<sup>4</sup>

Como se hizo mención en la presentación del caso, el Municipio de Popayán realizó un traslado discrecional al actor a partir del año de 1999 y su pago estaría a cargo de la Secretaría de Hacienda, por lo que, los tiempos a partir de esa fecha serían territoriales y por ende computables para acceder a la pensión gracia.

En ese sentido, es válido indicar que el Señor Casas Bermeo podrá acceder a la pensión gracia debido a que cuenta con la edad, buena conducta y el tiempo de servicios, que se computará con los periodos en los cuales inició su vida laboral con anterioridad a 1981, puesto que estos no eran de vinculación nacional y con los periodos laborales a partir de que se hizo su traslado al Municipio de Popayán y este se hiciera cargo del pago de los salarios y prestaciones.

En aras a establecer la amplitud al acceso a la pensión gracia, En Sentencia de Unificación del 2018<sup>5</sup>, el Consejo de Estado también adicionó un criterio para los Educadores vinculados por entidades territoriales con recursos del Situado fiscal que posteriormente se denominó

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D. C., veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015). REF: EXPEDIENTE No. 190012333000201300163-01

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA CONSEJERO PONENTE: CARMELO PERDOMO CUÉTER BOGOTÁ, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018) Expediente: 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014) SENTENCIA SUJ-11-S2

Sistema General de Participaciones y que en la vinculación haya intervenido el FONDO EDUCATIVO REGIONAL (FER). Antes de esta providencia los docentes en mención ostentaban “la condición de educadores nacionales en virtud de que los recursos para el pago de sus acreencias laborales provienen directamente de la Nación.”<sup>6</sup>

La jurisprudencia define el Situado Fiscal, Sistema General de Participaciones y Fondo Educativo Regional de la siguiente manera:

1. “**El situado fiscal** significa que del total de ingresos ordinarios del presupuesto nacional se le cede a los departamentos y municipios anualmente un 15% para que se destine esencialmente a la educación primaria y en segundo lugar a la salud [...] la educación primaria y la salud, que eran responsabilidad de los gobiernos locales, no solamente están hoy en día financiados por esta cesión que es, repito, una responsabilidad obligada del gobierno central, sino que, además, se han presentado mejoras sin precedentes en los dos rubros, de manera que cuando el Estado central le arrebató, por decirlo así, la función de financiar la educación primaria y la salud a los gobiernos locales, ello se tradujo en una mejora sustancial de los servicios que cualquier teórico del desarrollo consideraría de prioridad fundamental.

Los anteriores criterios no son ajenos a los lineamientos conceptuales discurridos por la Sala en el acápite que antecede, al concluir «que los recursos del situado fiscal que otrora cedía la Nación a las entidades territoriales, no obstante su origen o fuente nacional, una vez se incorporaban a los presupuestos locales pasaban a ser de propiedad exclusiva de los referidos entes territoriales, como sus titulares directos»; esto, frente al comportamiento de dicha figura -situado fiscal- durante su vigencia en la Carta Política de 1991.”<sup>7</sup>

2. Por su parte, el **Sistema General de Participaciones** se encuentra en “la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001, cuyo artículo 1 se refirió a la naturaleza del Sistema General de Participaciones en los siguientes términos:

"Artículo 1. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley."

En consecuencia, los recursos que antiguamente la Nación cedía por disposición

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

constitucional a las entidades territoriales bajo las modalidades de situado fiscal para departamentos y distritos, y de participación en los ingresos corrientes de la Nación en favor de los municipios, actualmente son asignados directamente por la Constitución a todas las entidades territoriales bajo el denominado Sistema General de Participaciones, lo cual implica, como ya se dijo, que son sus titulares directos. Evidentemente estos recursos no son producidos por las entidades territoriales y en esa medida deben ser considerados exógenos, aun cuando no "recursos nacionales" [...]. (La Sala destaca lo subrayado)”

**3. Los Fondos Educativos Regionales** se crearon en el Decreto 3157 de 1968 con el fin de entender el sostenimiento y la expansión de los servicios educativos en los planteles, “los cuales eran financiados con bienes o recursos aportados tanto por la Nación como por las entidades territoriales, de cuya administración se responsabilizó a las «autoridades» de los referidos entes, bajo la supervisión de un delegado del Ministerio de Educación Nacional (artículo 31 ídem).”

(...)

Con posterioridad, se estipuló que los recursos del **situado fiscal** transferidos a las entidades territoriales, a que se hace referencia en el artículo 5. de la Ley 46 de 197134, destinados para gastos de funcionamiento de la enseñanza primaria, debían ser administrados por **los fondos educativos regionales.**”

(...)

Luego, con la expedición de la Ley 43 de 1975 se inició el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria que prestaban las entidades territoriales, cuya consecuencia inmediata derivó en que la Nación debía asumir en un plazo máximo de cinco (5) años - comprendidos entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980- la totalidad de los **gastos** de funcionamiento que en materia educativa ocasionaban y sufragaban los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y las comisarías.

(...)

Asimismo, en el artículo 6 de la referida Ley 43 de 1975 se dispuso que los recursos para atender el aludido proceso de nacionalización serían administrados por **los fondos educativos regionales**, con sujeción a los planes que en su momento debía establecer el Ministerio de Educación Nacional.

(...)

En el mismo sentido, el artículo 179 de la Ley 115 de 1994 dispuso que los **fondos educativos regionales** «harán parte de la estructura de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales respectivas, o de los organismos que hagan sus veces en los términos establecidos en la Ley 60 de 1993», y le asignó como funciones, entre otras, (i) pagar los salarios del personal docente y administrativo de la educación; (ii) administrar financieramente los recursos del **situado fiscal** previstos en la Ley 60 de 1993 y los demás recursos que convengan con la Nación y las entidades territoriales; y (iii) atender y tramitar las solicitudes de prestaciones sociales del personal docente del servicio educativo estatal para que sean pagadas con cargo a los recursos del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, de conformidad con la Ley 91 de 1989 y sus normas reglamentarias.

En la sentencia de unificación referida, existe unas reglas para determinar que los docentes vinculados por los recursos del Situado Fiscal y direccionados por los Fondos Educativos Regionales son de vinculación territorial y no de la nación. Las reglas son las siguientes:

i) Los recursos del **situado fiscal si bien es cierto tienen su origen en la nación al incorporarse al presupuesto de la entidad territorial o distrital en calidad de rentas exógenas.**

“ii) Los entes territoriales son los titulares directos o propietarios de los recursos que les gira la Nación, provenientes del **sistema general de participaciones**, por asignación directa del artículo 356 de la Carta Política de 1991.

iii) La financiación de los gastos que generaban los **fondos educativos regionales** no solo dependía de los recursos que giraba la Nación a las entidades territoriales por concepto del **situado fiscal**, sino que también correspondía a los entes locales destinar parte de su presupuesto para atender al sostenimiento de los referidos fondos educativos (artículos 29 del Decreto 3157 de 1968; y 60, inciso 2, de la Ley 24 de 1988).

iv) Así como los **fondos educativos regionales** atendían los gastos que generaban los servicios educativos de los docentes nacionales y nacionalizados.<sup>49</sup> resulta factible colegir

de manera razonada que lo propio acontecía con algunas de las erogaciones salariales originadas por el servicio que prestaban los educadores territoriales, ya que los recursos destinados para tal fin provenían tanto de la Nación **-situado fiscal-** como de las entidades territoriales, y además, en uno y otro caso, el universo de esos recursos le pertenecía de forma exclusiva a los entes locales dado que ingresaban a sus presupuestos en calidad de rentas exógenas y endógenas.

v) Por tanto, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales (i) cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la **junta administradora** del respectivo **fondo educativo regional**, así, este último, certifique la vacancia del cargo junto con la disponibilidad presupuestal<sup>50</sup>; y (ii) por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación.

vi) **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 previsto 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 es de carácter territorial.

vii) **Origen de los recursos de la entidad nominadora.** Lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues conforme a los lineamientos fijados por la Sala en esta providencia, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas **-situado fiscal-** cuando se sufragaban los gastos a través de los **fondos educativos regionales**; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del **situado fiscal**, hoy **sistema**

**general de participaciones.”<sup>8</sup>**

En Conclusión, el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia, con argumentos interpretativos, aduciendo el Principio de la realidad sobre las formas y el in dubio pro operario, en aras de garantizar el acceso a la Pensión Gracia a un grupo de trabajadores que se le había negado debido al tipo vinculación. Con esta variación, no todo tiempo de servicio que haya tenido como origen una vinculación nacional es susceptible de ser negado para acceder a la pensión de Gracia, ya que deberá tenerse en cuenta para su computabilidad los recursos provenientes del situado fiscal. Esta decisión amplía el espectro de personas que tendrían el derecho para acceder a la prestación periódica en mención, teniendo un impacto positivo en sus aspiraciones pensionales de muchos docentes. Sin embargo, debe indicarse, que se sostiene el límite establecido en la ley 91 de 1989, en el entendido que la primera vinculación debe darse hasta el 31 de diciembre de 1980, de ahí en adelante los tiempos pueden ser continuos o discontinuos para acceder a dicha prestación.

---

<sup>8</sup> Ibid.

## OTROS ASPECTOS QUE SE DESPRENDEN DEL CASO DESARROLLADO

Si bien es cierto, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación citada amplió el espectro del reconocimiento de la Pensión Gracia a los docentes del Magisterio, también lo es que no es factible garantizar este derecho a un número considerable de docentes, por cuanto la Ley 91 de 1989 limitó el acceso solo para quienes hayan tenido la vinculación hasta el 31 de diciembre de 1980.<sup>9</sup> Por ende, quien no haya tenido una vinculación de por lo menos un día antes del primero de enero de 1980 no podrá tener acceso a la pensión gracia así cumpla con los demás requisitos.

Las decisiones positivas en favor de los docentes por parte del Consejo de Estado se convierten únicamente en paliativos, ya que la pensión gracia no se reconoce a nuevos docentes o para quienes hayan tenido la vinculación inicial a partir de 1 de enero de 1981. Es así, como sus decisiones han ampliado el espectro interpretativo, pero no es un límite a la Flexibilización de las normas que implementa el gobierno nacional.

Recuérdese que ninguna de las altas cortes ha puesto un verdadero límite a las normas flexibilizadoras en materia laboral y prestacional, que como se evidencia en Colombia, todas están tendientes a desmontar regímenes garantistas. El argumento de cada uno de los gobiernos para imponer las medidas flexibilizadoras ha sido el principio de Universalidad, para que el derecho prestacional llegue a todos los habitantes del territorio y donde se busca un desmonte gradual, tal como lo estableció el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que no haya unos cambios normativos bruscos.

Esta alta corporación (Consejo de Estado) no es un límite al criterio prestacional al que quiere llegar el Gobierno Nacional, debido a la competencia a que sus competencias constitucionales y legales son regladas. Sin embargo, en el marco de las funciones atribuidas sí ha salvaguardado principios constitucionales favorables tanto al trabajador como al pensionado, sin observancia en muchos casos de la política pública estatal de reducción del

---

<sup>9</sup> La Ley 91 de 1989, es una de las reformas Estructurales que se dieron en el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986 - 1990) junto con la ley 50 de 1990.

gasto público.

En este caso pese a que ya existe una sentencia adversa el mismo acto administrativo puede demandarse nuevamente en medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, ante el Juez Administrativo del Circuito de Popayán o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Cauca en primera instancia<sup>10</sup>, debido a que, la cosa juzgada no aplica sobre actos administrativos que niegan o reconocen prestaciones periódicas. Además, por tratarse de prestaciones periódicas estos se pueden demandar en cualquier tiempo<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> El medio de control se tramitará en el juzgado o en el Tribunal dependiendo de la cuantía que según la ley 1437 de 2011, se fija en 50 SMLMV para juzgado y si es superior ante el Tribunal.

<sup>11</sup> Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe

## CONCLUSIONES

El Consejo de Estado no es un límite a las medidas flexibilizadoras que se imponen de manera legal, son solo un paliativo en aras de garantizar el acceso a la pensión gracia a un grupo de docentes que cumplieron por lo menos con el requisito de Vinculación determinado en la ley 91 de 1989.

Con la reforma a la Constitución Política de 1991, el Acto Legislativo 01 de 2005 adujo que no podrán existir regímenes especiales, salvo contadas excepciones, dentro de las cuales no están los docentes, confirmando así lo establecido en la ley 812 de 2003 el cual asimiló a los docentes como un grupo ordinario de servidores públicos.

Los gobiernos han puesto de presente el principio de la Universalidad junto con la flexibilización normativa, con el fin de cubrir a mas personas con el derecho a la seguridad social, sin embargo, las medidas estas medidas traen consigo la precarización prestacional, sacrificando un derecho por otro.

En el Caso de Grado se puede evidenciar que el actor tiene la oportunidad de demandar el acto administrativo que le negó el Derecho a percibir la pensión de gracia, debido a que, cumple con los presupuestos establecidos en la sentencia de Unificación expedida por el Consejo de Estado.

Que, si bien es cierto, el criterio para acceder a la pensión fue ampliado por parte de la Jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, el señor Casas Bermeo cumplirá el estatus de pensionado el 6 de mayo de 2014, por lo que solo podrá percibir 13 mesadas, en virtud de lo indicado en el Acto Legislativo 01 de 2005<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

## BIBLIOGRAFÍA

- Cañon Ortegón, Leonardo. “Una visión integral de la seguridad Social”. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia
- Arenas Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social, Cuarta Edición. Bogotá D.C., Legis. S.A. 2018.
- Mosquera Rivas, Harold. Régimen salarial de los docentes oficiales en Colombia. Primera Edición, Harold Mosquera Rivas 2012
- Jaramillo Jassir, Iván Daniel. “Principio Constitucionales y Legales del Derecho del Trabajo en Colombia”, Bogotá D.C. Legis. 2015.
- Arenas Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social, Cuarta Edición. Bogotá D.C., Legis. S.A. 2018.
- Editores, Legis. Cartilla de Seguridad Social y Pensiones 2019. Bogotá D.C., Legis. S.A. 2019.

## NORMATIVIDAD

- Colombia, Congreso de la República, Constitución Política de 1886
- Colombia, Congreso de la República, Ley 89 de 1982
- Colombia, Congreso de la República, Ley 50 de 1886
- Colombia, Congreso de la República, Ley 6 de 1945
- Colombia, Congreso de la República, Ley 3135 de 1968
- Colombia, Congreso de la República, Ley Ley 6 de 1945
- Colombia, Congreso de la República, Ley 33 de 1985
- Colombia, Congreso de la República, Ley 71 de 1988
- Colombia, Congreso de la República, Ley Ley 91 de 1989
- Colombia, Congreso de la República, Ley 100 de 1993
- Colombia, Congreso de la República, Ley 812 de 2003
- Colombia, Congreso de la República, Ley 797 de 2003
- Colombia, Congreso de la República, Ley 114 de 1913
- Colombia, Congreso de la República, Ley 24 de 1947
- Colombia, Gobierno Nacional Decreto 1743 de 1966

Colombia, Congreso de la República, Ley 37 de 1933

Colombia, Congreso de la República, Acto legislativo 01 de 2005

#### JURISPRUDENCIA

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de expediente 190012333000201300163-01 de 2015.

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia (3805-2014) SUJ-11-S2 de 2018

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia (3756-16) de 2018