



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicado : 050012333000201301030 01
Nº Interno : 2681-2015
Demandante : **María Margarita Restrepo Palacio**
Demandada : **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**
Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho –Ley 1437 de 2011- Segunda instancia**
Tema : **Pensión gracia de jubilación cuyo docente acreditó prestación de servicios por más de las dos terceras partes del tiempo de trabajo requerido por la Ley 114 de 1913 quedando imposibilitada para completar 20 años por retiro del servicio, en razón a estado de invalidez superior al 95%.**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de marzo de 2015, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por la señora **María Margarita Restrepo Palacio** contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP**.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La señora María Margarita Restrepo Palacio a través de apoderado en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA-, solicitó la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Resoluciones RDP 007392 del 10 de agosto de 2012, RDP 016272 del 21 de noviembre de 2012 y RDP 016994 del 26 de noviembre de 2012 por las cuales la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la señora María Margarita Restrepo Palacio.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, reconocer y pagar a favor de la demandante una pensión gracia de jubilación a partir del 16 de mayo de 2004 fecha en que cumplió 50 años de edad, con efectos fiscales a partir del 9 de febrero de 2009 por prescripción trienal, equivalente al 75% del promedio de sueldos y demás factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios.

Solicitó igualmente que se ordene a la demandada al pago de los intereses comerciales previstos en el art. 192 del CPACA a partir del mes siguientes a la notificación de la sentencia; que las sumas de dinero adeudadas sean ajustadas

conforme a la misma norma desde la fecha en que se causó el derecho hasta la ejecutoria de la sentencia y cuando se produzca el pago; además, se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo ordenado en dicha disposición. Finalmente se condene en costas.

1.2. Los hechos de la demanda se resumen así:

La señora María Margarita Restrepo Palacio laboró al servicio de la docencia en el Departamento de Antioquia desde el 21 de agosto de 1978 al 18 de julio de 1997, para un total de *“18 años, 10 meses y 23 días”*, siendo desvinculada del servicio por pérdida de capacidad laboral superior al 95%.

Indicó que su prestación de servicios se resume así:

- Centro de Capacitación Artesanal en el Municipio de Abejorral, Escuela Primaria Seccional del 21 de agosto de 1978 al 13 de mayo de 1980, nombrada por Decreto 1540 del 10 de agosto de 1978, para un total de 1 año, 8 meses y 22 días.
- Escuela Rural La Doctora en el Municipio de Sabaneta nombrada por Decreto 805 de 1980 desde el 14 de mayo de 1980 al 21 de abril de 1983, para un total de 2 años, 11 meses y 7 días.
- En la Escuela Rural Aures en Medellín trasladada por Resolución No. 372 del 22 de abril de 1983 desde el 22 de abril de 1983 al 1º de abril de 1990, para un total de 6 años, 11 meses y 9 días.
- En la Escuela Urbana de Niñas Arzobispo García en Medellín trasladada por Decreto 865 del 2 de abril de 1990 desde el 2 de abril de 1990 al 17 de julio de 1997, para un total de 7 años, 3 meses y 15 días.
- Finalmente fue desvinculada del servicio por Decreto No. 1803 del 15 de julio de 1997 a partir del 18 de julio de 1997.

La demandante nació el 1 de octubre de 1951 por lo que cumplió 50 años de edad el 1 de octubre de 2001.

En razón a lo anterior, al contar con 18 años, 10 meses y 23 días de servicios y tener más de 50 años de edad, con fecha 9 de febrero de 2012 elevó petición ante la entidad demandada en orden a que se le reconozca la pensión gracia de jubilación.

La anterior petición fue resuelta por la demandada a través de las Resoluciones RDP 007392 del 10 de agosto de 2012, RDP 016272 del 21 de noviembre de 2012 y RDP 016994 del 26 de noviembre de 2012 en forma negativa, por considerar que la actora no cumplió con los 20 años de servicios exigidos por la Ley 114 de 1913.

1.3 Normas violadas y concepto de violación

Se relacionan como normas violadas las siguientes:

Arts. 2, 25, 48 y 58 de la CP.

Arts. 27, 30 y 31 del Código Civil.

Arts. 21 del CST.

Ley 50 de 1886 art. 12.

Ley 153 de 1887 art. 2º.

Arts. 3, 4 y 13 de la Ley 39 de 1903.

Arts. 1º y 4º de la Ley 114 de 1913

Ley 116 de 1928 art. 6º.

Art. 3º de la Ley 37 de 1933.

Ley 4ª de 1966 art. 4º.

Ley 4ª de 1974 arts. 1º y 2º.

Decreto No. 435 de 1971

Decreto No. 446 de 1973

Decreto No. 1221 de 1975.

El concepto de violación se desarrolla de la siguiente manera:

Adujo que los educadores siempre han tenido un régimen de personal especial, al igual que el régimen prestacional, con lo cual el legislador buscó compensar el desequilibrio existente en materia salarial mejorando las prestaciones sociales de los docentes, un ejemplo de ello, es la Ley 50 de 1886 que consagró una pensión especial para los instructores de instrucción pública y privada.

Consideró que la entidad demandada con la negativa a reconocer la pensión gracia de jubilación a favor de la demandante ha vulnerado los arts. 3, 25, 28 y 48 de la CP, al igual que los arts. 1º de la Ley 114 de 1913 y 6º de la Ley 116 de 1928, puesto que si la ley reconoce este derecho para los docentes que laboran en Escuelas Normales, con mayor razón no puede negárselo a los educadores inválidos.

Se refirió al artículo 3º de la Ley 37 de 1933 precisando que la demandante acreditó haber laborado en la Educación Básica Primaria en el Departamento de Antioquia en distintos establecimientos educativos oficiales en el orden territorial, dependientes de la Secretaría de Educación del Departamento y del Municipio de Medellín con supervisión del Ministerio de Educación Nacional.

Citó el art. 15 de la Ley 91 de 1989 considerando que también cumple con el requisito allí previsto, esto es, haberse vinculado con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, puesto que la actora prestó sus servicios a la docencia oficial básica primaria empezando en el Centro de Capacitación Artesanal del Municipio de Abejorral y culminando sus labores en la Escuela Urbana de Niñas Arzobispo García de Medellín, desde el 21 de agosto de 1978 al 18 de julio de 1997.

Sustentó su posición en pronunciamientos emitidos por esta Corporación respecto al tema, enfatizando en que al presente asunto se debe aplicar las sentencias del 26

de septiembre de 2002, Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado, radicado interno 4488-2001 y del 30 de septiembre de 2010, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno 1067-2009, última en la que se concluye la procedencia del reconocimiento de la pensión gracia cuando se cumplan las dos terceras partes del tiempo exigido legalmente sin completar los veinte años de servicios por invalidez del empleado.

Con fundamento en lo anterior concluyó que la demandante tiene derecho a percibir la pensión gracia reclamada, toda vez que laboró al servicio de la docencia territorial por espacio de 18 años, 10 meses y 23 días, lo que representa el 95.73% de los 20 años exigidos por la Ley 114 de 1913, sin embargo, debido a su pérdida de capacidad laboral superior al 95% tuvo que retirarse del servicio, momento en el que más requiere de la prestación pretendida en orden a atender su enfermedad.

2. Contestación de la demanda

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP-, se opuso a las pretensiones de la demanda con base en las razones que se resumen así¹:

Citó los arts. 1º y 3º de la Ley 114 de 1913 de los cuales concluyó que la actora no cumple con los 20 años de servicios exigidos por la referida normatividad, pues sólo acreditó 18 años, 10 meses y 23 días.

Se refirió a los arts. 1º y 15 de la Ley 91 de 1989, encontrando que conforme a la norma y de acuerdo a las exigencias previstas en la Ley 114 de 1913 no es posible computar tiempos de servicios laborados para la Nación, por ser incompatibles con los prestados al Departamento, Municipio o Distrito. Por lo

¹ Folios 114 a120

tanto, la demandante al no cumplir los requisitos dispuestos en la última disposición no tiene derecho a percibir la pensión gracia pretendida.

Finalmente propuso las excepciones denominadas ausencia de vicios en los actos administrativos demandados, inexistencia de la obligación y prescripción.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, a través de sentencia del 17 de marzo de 2015, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda por las razones que se exponen a continuación²:

El *a quo* efectuó un recuento de la normatividad aplicable al *sub judice* empezando por los arts. 1º de la Ley 114 de 1913. Se refirió a las Leyes 116 de 1928, 37 de 1933, 91 de 1989 art. 15, 43 de 1975 y citó un aparte de la sentencia proferida por esta Corporación el 3 de marzo de 2011, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, concluyendo de ello, que la vigencia de las disposiciones que prevén la pensión gracia a favor del personal docente, son para aquellos que se vincularon con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, siempre y cuando cumplan con los requisitos dispuestos en los arts. 1º y 4º de la Ley 113 de 1914, esto es, 20 años de servicios prestados en instituciones del orden municipal o distrital.

Seguidamente analizo la compatibilidad entre la pensión de invalidez y la pensión gracia, para lo cual se remitió a lo dispuesto en los arts. 128 de la CP, 31 del Decreto 3135 de 1968 y 88 del Decreto 1848 de 1969, precisando que esta Corporación siempre ha reconocido la concurrencia entre la pensión

² Folios 164 a 174

de invalidez y la pensión gracia, puesto que las dos prestaciones tienen naturaleza y finalidad diferentes, por lo tanto no existe incompatibilidad en su reconocimiento.

Por lo demás, mientras la pensión de invalidez tiene su origen en una relación laboral y está condicionada a los aportes que el afiliado haga al Sistema de Seguridad Social, la pensión gracia no necesita de afiliaciones o cotizaciones a dicho sistema para su reconocimiento y pago, puesto que ésta se halla consagrada dentro de un régimen especial, argumento que se halla confirmado con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 que prevé la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión gracia.

Con fundamento en lo anterior analizó el caso concreto, encontrando con base en las probanzas aportadas al plenario que la actora laboró al servicio de la docencia del orden nacionalizado, desde el 10 de agosto de 1978 al 17 de julio de 1997, siendo retirada el servicio en razón a su pérdida de capacidad laboral superior al 95%. Igualmente de los actos administrativos demandados se puede deducir que a la actora le fue reconocida pensión de invalidez a través de la Resolución No. 08373 del 9 de octubre de 1997, prestación que no es incompatible con la pensión gracia aquí reclamada.

Así las cosas, en el plenario se probó que la actora laboró al servicio de la docencia nacionalizada durante 18 años, 10 meses y 23 días, faltándole algo más de un año para cumplir con los 20 años que exige la Ley 114 de 1913 en orden a ser beneficiaria de la pensión gracia, sin embargo, no hay lugar a desconocer el derecho a la referida prestación, máxime cuando el no cumplimiento del requisito se debió a la pérdida de capacidad laboral superior al 95% que le imposibilitó continuar laborando. Sustentó su posición en la sentencia emitida por esta Corporación el 30 de septiembre de 2010,

CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual se decidió conceder la pensión gracia solicitada por la parte actora en razón a que cumplió con las dos terceras partes del tiempo exigido por la normatividad que regula pensión gracia, como sucede en el *sub lite*.

Respecto a los demás requisitos encontró acreditado en el expediente que la actora cumplió 50 años de edad el 16 de mayo de 2004; que tenía la calidad de docente nacionalizada vinculada desde el 10 de agosto de 1978 y la inexistencia de incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la pensión gracia, por lo tanto consideró que a la actora le asiste el derecho a que se reconozca y pague la prestación pretendida.

Con fundamento en lo anterior ordenó a la demandada reconocer y pagar la pensión gracia a favor de la señora María Margarita Restrepo Palacio a partir del 17 de mayo de 2004, por haber cumplido más de las dos terceras partes del tiempo de prestación de servicios previsto en la normatividad que regula la pensión gracia, declarando la prescripción de las mesadas pensionales atrasadas a partir del 9 de febrero de 2009 hacia atrás. Igualmente condenó en costas a la parte demandada de conformidad con los arts. 188 del CPACA, 392 de la Ley 1395 de 2010, 393 del CGP y numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, además, fijó las agencias en derecho en primera instancia en el 10% de las pretensiones de la demanda conforme a la estimación razonada de la cuantía.

4. Fundamentos del recurso de apelación

La parte demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social - UGPP, presentó recurso de apelación

en contra de la anterior³, con fundamento en las razones que se resumen a continuación:

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, enfatizando en que la pensión gracia no es aplicable a los docentes con vinculación del orden nacional, además actora al haber completado sólo 18 años, 10 meses y 23 días de servicios en el Magisterio no cumplió con el requisito de acreditar 20 años de servicios exigido por la Ley 114 de 1913.

Agregó que se debe revocar la condena en costas y la imposición de las agencias en derecho en el 10% de las pretensiones de la demanda, por cuanto conforme a los arts. 55 de la Ley 446 de 1988, 188 de la Ley 1437 de 2011 y 393 del CPC, este tipo de condenas debe responder a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte que litigó, así como a la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, mientras que el presente asunto se tramitó sin mayores dilaciones y complicaciones, tratándose de procesos bastante estandarizados para las partes que no revisten mayor desgaste probatorio ni complejidad legal.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 25 de enero de 2016⁴ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda, enfatizando en que la actora al haber laborado durante 18 años, 10 meses y

³ FIs. 181 a 187

⁴ Folio 211

23 días al servicio de la docencia si bien no logró completar los 20 años de servicios exigidos por la Ley 114 de 1913 debido a su estado de invalidez, acreditó un tiempo total de servicios superior a las dos terceras partes del tiempo exigido por la ley, por lo que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación tiene derecho a percibir la pensión reclamada.

La parte demandante guardó silencio.

El Ministerio Público emitió concepto fiscal, solicitando que se confirme la sentencia proferida en primera instancia, en la medida en que si bien la demandante no alcanzó a completar los 20 años de servicios exigidos por la Ley 114 de 1913, le asiste derecho a que se reconozca la pensión allí prevista, por cuanto cumplió las dos terceras partes del total de tiempo. Sustentó su posición en la sentencia emitida por esta Corporación el 30 de septiembre de 2010, radicado interno 170012331000200701187-01 (1067-2009).

Precisó además que tiene derecho la parte actora a la pensión gracia, en la medida en que la pensión de invalidez y la gracia son compatibles.

Finalmente se refirió a la condena en costas, transcribiendo un aparte de la sentencia proferida por esta Corporación el 9 de febrero de 2015, radicación interna 0982-2014, CP. Alfonso Vargas Rincón, de la cual concluyó que en el presente asunto no se debe imponer costas, puesto que las mismas no proceden solo porque una parte resultó vencida sino que se requiere la comprobación de conductas temerarias o de mala fe que ameriten la imposición de una sanción de tal naturaleza, por lo que la condena impuesta en este sentido por el *a quo* debe ser revocada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conoce en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

2. Problema jurídico

En el caso concreto la Sala debe precisar si la demandante tiene derecho a la pensión gracia de jubilación prevista en la Ley 114 de 1913, teniendo en cuenta que trabajó al servicio de la docencia del orden territorial sin cumplir con el tiempo de servicios exigido por la norma, sin embargo, su retiro se debió a la pérdida de capacidad laboral superior al 95%, lo que le impidió continuar laborando como docente.

3. La pensión gracia de jubilación

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

b. Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados docentes y profesores de las escuelas normales y a los Inspectores de Instrucción Pública, autorizando a los docentes, según su artículo 6, a completar

el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, al asimilar para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

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

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

“[...] Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación. [...]”.

f. La disposición transcrita fue objeto de análisis por la Sala Plena del Consejo de Estado⁵, pronunciamiento en el cual se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia y en el que a propósito del artículo 15, puntualizó:

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

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia núm. S-699 de 26 de agosto de 1997, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actor: Wilberto Therán Mogollón.

secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley.

[...].”

4. De la nacionalización de la educación

La Ley 43 de diciembre 11 de 1975 *“por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa”,* ordenó en su art. 1º la nacionalización de la educación, así:

“Artículo 1º.- La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley.

Parágrafo.- El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función.”

Seguidamente se ocupó de quien efectuaría el pago de las prestaciones de los docentes nacionalizados, como el pago que efectuarían las entidades territoriales a la Nación para cubrir las obligaciones causadas con anterioridad a la nacionalización.

Por su parte a través de la Ley 24 del 11 de febrero de 1988 se reguló la administración del personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados, teniendo en cuenta las normas del Estatuto Docente y de Carrera Administrativa vigentes y que expida en adelante el Congreso y el Gobierno Nacional a cargo de las entidades territoriales, la que fue modificada

por la Ley 29 de 1989 en la que se reiteró que si bien existía descentralización administrativa, el pago de los salarios y prestaciones de los docentes continuaría a cargo de la Nación⁶.

Posteriormente con fundamento en la Ley 43 de 1975 se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 *“por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*⁷, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, el que en su art. 1º definió estas categorías de docentes así:

“Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos: Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. 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 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.”

⁶“Artículo 9. “El artículo 4 quedará así: Se asigna al Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, y a los alcaldes municipales, las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados, plazas oficiales de colegios cooperativos, privados, jornadas adicionales, teniendo en cuenta las normas del Estatuto Docente y la Carrera Administrativa vigentes y que expidan en adelante el Congreso y el Gobierno Nacional, ajustándose a los cargos vacantes de las plantas de personal que apruebe el Gobierno Nacional y las disponibilidades presupuestales correspondientes. En la Isla de San Andrés estas atribuciones se asignan al Intendente. Se asignan a los gobernadores, intendentes, comisarios y Alcalde Mayor de Bogotá, las funciones de nombrar, remover, controlar y, en general, administrar el personal administrativo, nacional y nacionalizado, de los equipos de educación fundamental, teniendo en cuenta la Carrera Administrativa. Ver Ley 115 de 1994.

Parágrafo 1º. Los salarios y prestaciones sociales de este personal, continuarán a cargo de la Nación y de las entidades territoriales que las crearon.

Parágrafo 2º. La Nación no asume responsabilidad alguna por los nombramientos que excedan las plantas de personal aprobadas por el Gobierno respectivo jurisdicción municipal y para la jurisdicción de la Isla de San Andrés, ni personal así designado.

[..]”

⁷ “Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la omisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

A su vez en su art. 4º señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

“Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.”

La mentada disposición en su art. 15 se ocupó del régimen prestacional aplicable al personal docente vinculado con anterioridad a su vigencia y con posterioridad a ella, así:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.

[...]

Parágrafo 2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de

1989: Primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.”

Seguidamente se expidió la Ley 60 de 1993 *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, descentralizó en favor de los Departamentos (y Distritos) el servicio de la educación y ordenó que el mismo sería dirigido y administrado directa y conjuntamente con los municipios.

Visto lo anterior, observa la Sala que el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria, se efectuó conforme a lo ordenado por la Ley 43 de 1975, dando inicio el 1º de enero de 1976 y culminando el 31 de diciembre de 1980, a partir de cuando los docentes vinculados con posterioridad tendrían la calidad de nacionalizados. Sin embargo, se evidencia que con la Ley 91 de 1989 se mantuvo una diferencia entre personal nacional, nacionalizado y territorial, cuyo objeto era diferenciar el régimen prestacional aplicable a cada uno de ellos e identificar que asumiría dicha carga prestacional.

5. Del caso concreto

Conforme lo expuesto por el apoderado de la parte demandada en el recurso de apelación, la Sala procederá a verificar si la señora María Margarita Restrepo Palacio tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión gracia de jubilación pretendida.

Para resolver la controversia se hace necesario analizar las probanzas aportadas al plenario y así determinar si la actora tiene derecho a la prestación pretendida.

5.1 Hechos probados

5.1.1. Para efectos del reconocimiento pensional gracia de la señora María Margarita Restrepo Palacio, se encuentra demostrado en el proceso lo siguiente:

1. La actora nació el 16 de mayo de 1954, esto es, cumplió 50 años de edad el 16 de mayo de 2004⁸.
2. Obra formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación de Antioquia el 22 de mayo de 2012, en el que consta que la demandante labora como docente nacionalizada en propiedad, así:
 - Mediante Decreto 1540 del 10 de agosto de 1978 fue nombrada en el “*CNT. CAP. Artesanal*” en Abejorral desde el 21 de agosto de 1978 al 13 de mayo de 1980.
 - Seguidamente fue trasladada a la “*E.R. La Doctora*” en Sabaneta a través del Decreto 805 del 14 de mayo de 1980 desde el 14 de mayo de 1980 al 21 de abril de 1983.
 - Traslada a la “*E. Aures*” en Medellín por Resolución No. 372 del 22 de abril de 1983 desde el 22 de abril de 1983 al 1º de abril de 1990.
 - Nuevamente trasladada a la “*E.U.N. Arzobispo Gracia*” en Medellín por el Decreto 865 del 2 de abril de 1990 desde el 2 de abril de 1990 al 17 de julio de 1997
 - Finalmente fue desvinculada a partir del 18 de julio de 1997.

Además presenta interrupciones de 30 días en octubre de 1979 y un día en octubre de 1983⁹.

⁸ Fl. 42

⁹ Fl. 19

3. Copia del Decreto 1803 del 15 de julio de 1997 por el cual el Gobernador de Antioquia retira del servicio a la señora María Margarita Restrepo Palacio del cargo de docente de preescolar en la Escuela Urbana Arzobispo García en el Municipio de Medellín por tener pérdida de capacidad laboral superior al 95% de origen común y específica para la docencia, según oficio No. 44885 del 27 de junio de 1997 suscrito por el Grupo de Riesgos Profesionales de Comfenalco¹⁰.
4. Copia del oficio 44885 del 27 de junio de 1997 suscrito por el Grupo de Riesgos Profesionales y dirigido a la Coordinadora II Personal de la Secretaría de Educación, en la que manifiesta que la demandante presenta un diagnóstico de *“1. Adenoma de hipófisis productor de TSH con hipertiroidismo refractario, 2. Disfonía por polipo en C.V.I. y 3. Reacción depresiva prolongada. Tiene pendiente una cirugía transesfenoidal y microcirugía de C.V.I. Lo anterior le impide desempeñar su oficio de educadora y en la fecha se le otorga una pérdida de la capacidad laboral mayor del 95% de origen común y específica para la docencia”*¹¹.
5. Obran formatos únicos para la expedición de certificado de salarios expedidos por la Secretaría de Educación de Antioquia el 22 de mayo de 2012, en los que constan los conceptos y valores percibidos por la actora durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1996 al 17 de julio de 1997¹².

5.1.2.- De los actos administrativos acusados

¹⁰ Fl. 28

¹¹ Fl. 29

¹² Fls. 20 a 21

Mediante la Resolución RDP 007392 del 10 de agosto de 2012 la Subdirectora de Determinación de Derechos de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, resolvió la petición elevada por la actora el 9 de febrero de 2012¹³ en orden a que se le reconozca pensión gracia de jubilación, en forma negativa, por considerar que la peticionaria fue retirada del servicio a través de la Resolución No. 1803 del 15 de julio de 1997 por contar con pérdida de capacidad laboral superior al 95%, fecha para la cual no acreditó un total de 20 años de servicios, como lo exige la Ley 114 de 1913¹⁴.

Obra Resolución RDP 016272 del 21 de noviembre de 2012 por la cual la misma funcionaria resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior, confirmando el acto impugnado, considerando que la actora fue retirada del servicio docente a través de la Resolución No. 1803 del 15 de julio de 1997 por contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 95%, razón por la cual le fue reconocida pensión de invalidez mediante la Resolución No. 08373 del 9 de octubre de 1997 por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, efectiva a partir del 1º de julio de 1997, no cumpliendo con el requisito de 20 años de servicios exigido para acceder a la pensión pretendida¹⁵.

Consta la Resolución RDP 016994 del 26 de noviembre de 2012 por la cual el Director de Pensiones de la entidad demandada resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la primera, confirmando el acto impugnado con los mismos argumentos aducidos en los anteriores actos administrativos¹⁶.

5.2 Análisis

¹³ Fls. 22 a 26

¹⁴ Fls. 3 a 3A

¹⁵ Fls. 5 a 7

¹⁶ Fls. 9 a 11

Conforme lo anteriormente expuesto, se tiene dentro del plenario que la controversia gira en torno a sí la demandante pese a haber laborado como docente nacionalizado por un tiempo inferior a 20 años, tiene derecho a que se le reconozca la pensión gracia de jubilación, teniendo en cuenta que no completó el total de tiempo de servicios exigido por la ley que regula la pensión gracia, debido a su pérdida de capacidad laboral superior al 95%, lo que conllevó a su retiro del servicio.

Así las cosas, se tiene acreditado que la demandante prestó sus servicios como docente nacionalizado, en el nivel básica primaria, así:

- En el “*CNT. CAP. Artesanal*” en Abejorral desde el 21 de agosto de 1978 al 13 de mayo de 1980 menos 30 días de interrupción en el mes de octubre de 1979.
- A la “*E.R. La Doctora*” en Sabaneta desde el 14 de mayo de 1980 al 21 de abril de 1983 menos un día en el año 1983.
- Al “*E. Aures*” en Medellín desde el 22 de abril de 1983 al 1º de abril de 1990.
- La “*E.U.N. Arzobispo Gracia*” en Medellín desde el 2 de abril de 1990 al 17 de julio de 1997¹⁷.

Con fundamento en lo anterior, se tiene que la actora laboró al servicio de la docencia desde el 21 de agosto de 1978 al 17 de julio de 1997, menos 31 días de interrupción, lo que equivale a 18 años, 9 meses y 26 días de servicios.

Se acreditó además que a través del Decreto 1803 del 15 de julio de 1997 el Gobernador de Antioquia retiró del servicio a la señora María Margarita Restrepo Palacio del cargo de docente de preescolar en la Escuela Urbana

¹⁷ Fl. 19

Arzobispo García en el Municipio de Medellín, con fundamento en el oficio 44885 del 27 de junio de 1997 suscrito por el Grupo de Riesgos Profesionales de Comfenalco que certifica una pérdida de capacidad laboral superior al 95%¹⁸.

Igualmente mediante oficio 44885 del 27 de junio de 1997 el Grupo de Riesgos Profesionales manifiesta que la demandante presenta un diagnóstico de *“1. Adenoma de hipófisis productor de TSH con hipertroidismo refractario, 2. Disfonía por polipo en C.V.I. y 3. Reacción depresiva prolongada. Tiene pendiente una cirugía transesfenoidal y microcirugía de C.V.I. Lo anterior le impide desempeñar su oficio de educadora y en la fecha se le otorga una pérdida de la capacidad laboral mayor del 95% de origen común y específica para la docencia”*¹⁹.

Igualmente del contenido de los actos administrativos acusados, como son las resoluciones RDP 016272 del 21 de noviembre de 2012²⁰ y RDP 016994 del 26 de noviembre de 2012²¹, se extracta que a través Resolución No. 08373 del 9 de octubre de 1997 el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a favor de la demandante pensión de invalidez efectiva a partir del 1º de julio de 1997.

Bajo estos supuestos, observa la Sala que en el plenario está probado: i) el tipo de vinculación de la demandante, esto es, como docente nacionalizada, hecho que consta en certificado de información laboral aportado al plenario; y ii) el hecho de que la actora se vinculó al servicio de la docencia con anterioridad al 31 de diciembre de 1980; sin embargo, existe discusión respecto a si la demandante tiene derecho a la pensión gracia de jubilación, teniendo en cuenta que prestó sus servicios como docencia nacionalizado

¹⁸ Fl. 28

¹⁹ Fl. 29

²⁰ Fls. 5 a 7

²¹ Fls. 9 a 11

por espacio menor a 20 años, debiendo ser retirada del servicio por pérdida de capacidad laboral superior al 95%.

Se encontró probado que: i) la actora cumplió 50 años de edad, el 16 de mayo de 2004, teniendo en cuenta que nació el 16 de mayo de 2002²²; ii) laboró como docente nacionalizado por espacio de 18 años, 9 meses y 26 días y, iii) fue retirada del servicio por pérdida de capacidad laboral superior al 95% a partir del 18 de julio de 1997.

La Corte Constitucional ha definido la persona inválida con fundamento en el Convenio 189 de la OIT, así:

“... el Convenio 159, aprobado en la sexagésima novena reunión de la Organización Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en junio de 1983 y aprobado por la Ley 82 de 1988, entiende por persona inválida “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.

*La definición de inválido dispuesta en el Convenio se corresponde más con el concepto de discapacitado que acá se está construyendo y resulta útil para aclarar el significado de este último concepto. Esta discordancia es patente en la medida en que las normas de derecho interno referidas en el acápite 3.2 de esta providencia reservan **la designación de inválido para las personas cuya pérdida de capacidad laboral es tan pronunciada (50%) que se presume que tendrán profundas dificultades para trabajar y que, por consiguiente, su eficiencia en el trabajo se reducirá desproporcionadamente, a tal punto que se hacen acreedoras de la pensión de invalidez.** Por el contrario, la noción de inválido contenida en el Convenio 159 no riñe con la posibilidad de trabajar, por cuanto el objetivo del instrumento internacional es “la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas”. (Negrillas de la Sala)²³*

²² Fl. 42

²³ Corte Constitucional, sentencia T-148-12.

Así entonces, se tiene que una persona inválida es quien ha perdido más del 50% de su capacidad laboral, definición que además se halla consagrada en la Ley 100 de 1993 la cual regula el Sistema General de Seguridad Social Integral, norma que se precisa, no es aplicable al presente asunto por cuanto lo que hoy se reclama es una pensión del régimen especial, sin embargo, es necesario hacer cita a la misma en orden a precisar el concepto de inválido. Al respecto el art. 38 *ídem*, prevé:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

Visto lo expuesto, se tiene que la actora conforme se acreditó había perdido más del 95% de su capacidad laboral, razón por la cual se hizo acreedora a la pensión de invalidez, la que le fue reconocida a través de la Resolución No. 1803 del 15 de julio de 1997.

En estas condiciones y si bien, no se halla en discusión la compatibilidad de la pensión que hoy se reclama con la pensión de invalidez de que goza la demandante, es necesario recordar que dichas prestaciones son compatibles, pues con ellas se buscó diferentes finalidades, tienen diversos orígenes y son reconocidas por entidad de previsión distinta, la primera se reconoce por las cotizaciones efectuadas a lo largo de la vida del trabajador y pretende proteger a quien queda inválido y no puede continuar laborando, a la vez no cuenta con los medios necesarios para proveer su subsistencia, por lo que con la prestación se busca garantizar el mínimo vital del empleado que ha perdido su capacidad laboral. Por su parte la pensión gracia es una pensión especial, cuya finalidad fue contrarrestar la desigualdad existente

entre los salarios recibidos por los docentes del orden nacional y territorial, además de que la misma no depende de las cotizaciones efectuadas por el docente a lo largo de su vida, sino de su tiempo de trabajo como docente del orden territorial o nacionalizado, vinculado con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, que cumpla con los requisitos dispuestos en la Ley 114 de 1913²⁴.

Precisado lo anterior, es necesario dilucidar si la demandante al no haber completado los 20 años de servicios exigidos por la Ley 114 de 1913 es acreedora a la pensión de sobrevivientes, para lo cual la Sala acogerá el precedente emitido por esta Corporación en un caso idéntico al aquí estudiado, en el que se indicó que sí el docente completó más de las dos terceras (2/3) partes del tiempo de servicios exigido por la norma, en aras de garantizar el derecho a la seguridad social que le asiste a quien dada su condición de invalidez no alcance a reunir el requisito de tiempo, se hace acreedor a la pensión gracia de jubilación. Al respecto se indicó:

“No obstante lo anterior, con el propósito de garantizar el derecho a la seguridad social de la actora previsto en el artículo 48 de la Constitución, la Sala encuentra que la docente prestó sus servicios al Magisterio durante dieciocho (18) años, ello significa que laboró más de las dos terceras partes del tiempo exigido legalmente para tener derecho a la pensión gracia, pero por razones que no le fueron imputables a ella, sino debido a su situación de invalidez –fue calificada con la pérdida del 95% de la capacidad laboral-, no pudo continuar trabajando en la docencia, quedándole faltando tan sólo dos años para completar los veinte años de servicios.

Es en consideración al estado de invalidez de la actora y por haber laborado más de las dos terceras partes, esto es, por más de quince (15) años como maestra territorial de primaria y secundaria, que la Sala

²⁴ Entre otros pronunciamientos respecto a la compatibilidad de las prestaciones ver la sentencias proferidas por esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B, del 28 de septiembre de 2016, rad. int. 3293-2014, CP. César Palomino Cortés, sentencia del 28 de febrero de 2008, rad. int. 0292-2007, CP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Subsección A, sentencia del 4 de marzo de 2010, rad. int. 0824-2009, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Corte Constitucional sentencias [T-653/04](#), [T-218/12](#), [T-653/04](#)

considera que tiene derecho a percibir la pensión gracia. Esta última circunstancia (prestación de servicios por más de las dos terceras partes del tiempo exigido por la ley) ha sido tenida en cuenta igualmente por la Corte Constitucional frente al reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, especialmente, en aplicación del régimen de transición y que ahora se acoge para el caso sub lite.”²⁵

El anterior pronunciamiento fue acogido recientemente por esta Corporación, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 22 de septiembre de 2016, radicado interno No. 5006-2014, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández.

Los anteriores pronunciamientos se compadecen con el principio de proporcionalidad a que alude la Corte Constitucional en materia laboral y la prohibición de regresividad en materia de seguridad social por parte del legislador, al hablarse de expectativas legítimas del trabajador a adquirir el derecho a su pensión, en especial cuando este ha cumplido más del 75% del requisito de tiempo de servicios y por un cambio legislativo este es cambiado, por lo que en aras de garantizarse estos principios y la seguridad social, dicha Corporación al hacer un análisis de la constitucionalidad de las normas en materia pensional ha propendido por una interpretación progresista en aras de proteger dichas expectativas.

Respecto al tema la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 36, incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993, precisó que con fundamento al principio de proporcionalidad en materia de seguridad social, al legislador no le es dado transformar en forma arbitraria las expectativas legítimas de los trabajadores como modificar las condiciones de quien ha cumplido más del 75% del tiempo de servicios para adquirir la pensión. En dicha oportunidad indicó:

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 30 de septiembre de 2010, radicado interno No. 1067-2009, CP. Gerardo Arenas Monsalve.

“Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.²⁶ Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),²⁷ terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.”²⁸

Además en un pronunciamiento posterior al analizar la constitucionalidad del art. 5º del Decreto 1282 de 1994, enfatizó en la protección de las expectativas legítimas de quien este próximo a cumplir el requisito de tiempo de servicios para la pensión, debiendo garantizarse para quienes tengan más del 75% del tiempo de servicios para adquirir la pensión, so pena de vulnerar el principio de proporcionalidad en materia de seguridad social, al respecto indicó:

“Como se expuso al sintetizar la Sentencia C-789 de 2002, en esa oportunidad la Corte consideró que quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaban con 15 años de cotizaciones o de servicios prestados no quedaban excluidos del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la citada Ley por trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, conviene ahora determinar cuál fue el motivo que condujo a la Corte a reconocer ese derecho a los

²⁶ La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya única diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado. Al respecto, en Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), F.J. No. 9, la Corte dijo: “En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que **para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad.**”

²⁷ Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia “al momento de entrar en vigencia del sistema”, no la Ley.

²⁸ Sentencia C-789 de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil.

usuarios del régimen de transición que a 1º de abril de 1994 tuvieran 15 años de cotizaciones o de servicios.

La primera razón por la cual cabe pensar que la Corte protegió el derecho a retornar con 15 años de servicios, podría ser de índole estrictamente literal, pues la referencia a los 15 años de servicios cotizados se encuentra en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de modo que, sin consideraciones diferentes a que esa fue la decisión del legislador, la Corporación habría protegido el derecho a regresar al régimen de transición a quienes hubiesen cotizado por 15 años y bajo el entendimiento de que el citado artículo 36 sólo excluyó de esa posibilidad a los hombres y mujeres que cumplieran el requisito de edad necesario para beneficiarse del régimen de transición.

Sin embargo, un examen atento de los fundamentos de la decisión permite sostener que la Corte no se detuvo en la interpretación literal que se acaba de reseñar, sino que expuso razones adicionales, y de mayor importancia que el argumento literal, para justificar la protección del derecho de retornar al régimen de transición a quienes al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cumplieron el requisito consistente en completar 15 años de servicios cotizados.

La primera razón justificativa de la protección brindada a los usuarios con 15 años de servicios cotizados se funda en el principio de proporcionalidad y hace énfasis en que 15 años de servicios prestados equivalen al 75% “del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones” y en que no es razonable que quien ya tiene el 75% del tiempo requerido pierda “las condiciones en las que aspiraba a recibir su pensión”, motivo por el cual se permite el retorno al régimen de transición con las exigencias que la Sentencia C-789 de 2002 contempla.

Las mencionadas condiciones tienen que ver con la segunda razón justificativa que no está desligada del principio de proporcionalidad y que se refiere al aseguramiento de la viabilidad financiera del régimen de prima media, pues, de acuerdo con la Corte, el derecho reconocido a las personas que a 1º de abril de 1994 tenían 15 años de cotizaciones debe ser armonizado con la aludida viabilidad financiera, ya que resulta desproporcionado que quienes regresen al régimen de prima media obtengan su pensión de conformidad con las condiciones del régimen anterior, sin consideración alguna “del monto que hubieran cotizado”²⁹.

²⁹ Sentencia C-794 de 2009, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Pronunciamiento reiterado en sentencia C-228 de 2011 entre otras.

Teniendo en cuenta el análisis anterior y descendiendo al caso materia de estudio, encuentra la Sala que la actora laboró por espacio de 18 años, 9 meses y 26 días, por lo cual le faltaba sólo 1 año, 2 meses y 4 días para completar los 20 años de servicios requeridos por la Ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia de jubilación, igualmente, se probó que la misma fue obligada a retirarse del servicio debido a que padece una pérdida de capacidad laboral superior al 95%, por lo tanto se puede deducir que no se trató de una causa atribuible a ella el hecho de no completar el tiempo de trabajo exigido por la norma. Ahora bien, como el tiempo laborado por la demandante como docente nacionalizada supera las dos terceras partes de la totalidad del tiempo requerido en la normatividad que rige la prestación, es procedente en aras de garantizar el derecho a la seguridad social, los principios de progresividad y proporcionalidad en materia laboral reconocer la pensión gracia de jubilación a su favor al cumplimiento de la edad.

En estas condiciones, la entidad demandada deberá reconocerle la pensión gracia a la demandante a partir del 16 de mayo de 2004 fecha en que adquirió 50 años de edad, sin embargo el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales atrasadas se deberá efectuar a partir del 9 de febrero de 2009 por prescripción trienal, tal como lo concluyó el *a quo*.

5.3. Conclusión.

Vistas las consideraciones que anteceden, la señora María Margarita Restrepo Palacio acreditó 18 años, 9 meses y 26 días al servicio de la docencia territorial, vinculada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, cumpliendo 50 años de edad el 16 de mayo de 2004, razón por la cual, atendiendo los principios de proporcionalidad y progresividad, el derecho a la seguridad social, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional respecto al tema, como también

que la demandante no cumplió el requisito de tiempo de servicios exigido por la Ley 114 de 1913 por su estado de invalidez superior al 95% y que laboró más de las dos terceras partes del total de tiempo de servicios previsto en la normatividad que regula la pensión gracia de jubilación, es dable concluir que tiene derecho a devengar una pensión gracia de jubilación a partir del momento en que cumplió el requisito de edad, esto es, 16 de mayo de 2004, con efectividad a partir del 9 de febrero de 2009 por prescripción trienal, tal como lo concluyó el *a quo*.

Por último, en lo que respecta a la condena en costas, no hay lugar a imponer dicha sanción a la parte vencida, para lo cual se precisa que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 *ibídem*, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Por su parte, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ahora bien, en lo que se refiere al caso concreto, se considera que conforme los documentos obrantes en el expediente, no es posible comprobar el pago de gastos ordinarios y que la actividad efectivamente realizada por el abogado hubiere generado otro tipo de gastos para la parte demandante, esto es, que las agencias en derecho se causaron, en consecuencia deviene obligatorio no condenar en costas ni agencias en derecho a la parte vencida.

De esta manera se impone confirmar la sentencia proferida el 17 de marzo de 2015, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, por la cual se accedió a las pretensiones de la demanda incoada por la señora María Margarita Restrepo Palacio contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección UGPP, salvo en lo que respecta a la condena en costas, por las razones expuestas precedentemente.

6. Decisión de segunda instancia.

Conforme al análisis precedente, se deberá confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 17 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda incoada por María Margarita Restrepo Palacio contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección UGPP, salvo en lo que respecta a la condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de marzo de 2015, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, que accedió a las súplicas de la demanda promovida por la señora **María Margarita Restrepo**

Palacio contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP**, salvo en lo que respecta a la condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. Sin costas en las dos instancias.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ