

**MIEMBROS DE BANDA NACIONAL DE MUSICOS DE BOGOTA – Naturaleza jurídica / MIEMBROS DE LA BANDA NACIONAL DE MUSICOS DE BOGOTA – Compatibilidad de pensión de jubilación y sueldo**

La Banda Nacional de Músicos o Banda Nacional de Bogotá nació por disposición del Decreto 272 de 1913, que fusionó la Banda del Regimiento de Bolívar No. 1 y de la Banda del Grupo Artillería Bogotá, como organización adscrita al Ministerio de Instrucción Pública, hoy Ministerio de Educación Nacional; y desde sus inicios a los miembros de dicho conjunto musical se les dio el carácter de profesores. Vale destacar que el Decreto 2285 de 1955, en el artículo 2º, definió a la Banda Nacional de Músicos de Bogotá como una organización de carácter docente en el ramo de la instrucción pública, para todos los efectos legales y fiscales, exceptuándolos del régimen ordinario, al establecer que sus miembros podrían disfrutar simultáneamente de la pensión de jubilación y del sueldo que estén devengando dentro de la Institución, o como profesores en cualquier otro establecimiento público docente. El Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto Ley 3154 de 1968, por medio del cual creó el Instituto Colombiano de Cultura – COLCULTURA y dispuso que la Banda Nacional de Bogotá formaría parte de la nueva Institución. Los músicos de la Banda Nacional que se desempeñaron en los cargos de Director, Músico Mayor, Profesor Solista, Profesor de Primera Clase y Profesor de Segunda Clase, tienen el carácter de docentes con todas las prerrogativas a que por dicha condición tuvieron derecho.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2285 DE 1955 – ARTICULO 2 / LEY 67 DE 1964 – ARTICULO 1 / LEY 65 DE 1967 / DECRETO LEY 3154 DE 1968 / DECRETO LEY 2277 DE 1979

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la naturaleza jurídica de la Banda Nacional de músicos, Consejo de Estado, Sala de consulta, concepto de 15 de diciembre de 1988, Rad 245, M.P., Javier Henao Hidrón

**MIEMBROS DE BANDA NACIONAL DE MUSICOS DEL EJERCITO – No beneficiarios de la pensión gracia por recibir salarios de recursos provenientes de la Nación / PENSION GRACIA – No beneficiarios los docentes de la Banda Nacional de Músicos del Ejército por recibir salarios de recursos provenientes de la Nación**

La Sala observa que el accionante laboró como Músico de la Banda Nacional ocupando los cargos de Profesor de Segunda Clase de la Banda Nacional, Músico de Banda Sinfónica I Grado 6, Músico de Banda Sinfónica I-12, Profesional Universitario 3020-06 de la Banda Nacional, es decir, que ostentó el carácter de docente. Ahora bien, el accionante estuvo vinculado al Ministerio de Educación Nacional, ya fuere directamente (entre el 1º de abril de 1957 y el 30 de julio de 1969) o a través de COLCULTURA (entre el 1º de agosto de 1969 y el 1º de marzo de 1987), desde el 1º de abril de 1957 hasta el 1º de marzo de 1987, para un total de 30 años y 1 mes, servidos a la Nación. Empero, éste tiempo no es útil para efectos de acceder a la pensión gracia puesto que sus salarios han sido pagados con recursos provenientes de la Nación, incumpliendo entonces el requisito de acreditar “que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional”.

**FUENTE FORMAL:** LEY 114 DE 1913 / LEY 116 DE 1928

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA**  
**SUBSECCION “B”**

**Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00715-01(0963-10)**

**Actor: PEDRO IGNACIO CASTRO PERILLA**

**Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL**

---

**AUTORIDADES NACIONALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la existencia del acto ficto producto del silencio negativo de la Administración y negó las súplicas de la demanda incoada por Pedro Ignacio Castro Perilla contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.

**LA DEMANDA**

Estuvo orientada a obtener la nulidad del acto ficto presunto resultado del silencio de la Administración que negó la solicitud de reliquidación de la pensión gracia, recibida el 2 de julio de 2003 por CAJANAL.

Como consecuencia de lo anterior solicitó se declare que el demandante ostentó la calidad de “docente” durante el tiempo que laboró como miembro de la Banda Nacional de Música; y se condene a la Entidad demandada a reconocerle y pagarle la pensión gracia, efectiva a partir de 28 de septiembre de 1978, tomando como base el promedio salarial devengado en el último año de servicio, actualizado año por año de acuerdo al IPC; sumas que deberán actualizarse reconociendo lo intereses moratorios conforme a lo establecido en las sentencias

T-418 de 1996 y C-188 de 1999, en armonía con el artículo 111 de la Ley 510 de 1999; además la demandada deberá pagar las costas de proceso.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El demandante nació el 28 de septiembre de 1928 y laboró en la Banda Nacional de Música desde el 1º de abril de 1957 hasta el 30 de diciembre de 1978, por un lapso de 21 años y 8 meses.

Por Resolución No. 251 de 15 de enero de 1980, CAJANAL le reconoció la pensión ordinaria de jubilación al demandante.

El último cargo desempeñado por el actor fue el de Profesional Universitario 3020-06 en la Banda Nacional de Música, pero tenía la calidad de docente según lo previsto en el artículo 2º del Decreto 2285 de 23 de agosto de 1955.

Por lo anterior, el demandante le solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión gracia, que hasta la presentación de la demanda no ha sido resuelta.

### **NORMAS VIOLADAS**

Como disposiciones violadas (fls. 19-20), se citan las siguientes:

Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 6ª de 1953, 67 de 1964, 91 de 1989, artículo 15; Decretos 272 de 1913, 2916 de 1913, 2916 de 1952, 2285 de 1955, 2277 de 1979; y el Acuerdo No. 071 de 1976 del Concejo de Bogotá.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Cajanal contestó la demanda (fls 40 a 42), y se opuso a las pretensiones con la siguiente argumentación:

Para acceder a la pensión gracia deben cumplirse los requisitos previstos en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, empero, se observa que el actor desempeñó el cargo de Profesional Universitario Grado 3020-06 de la Banda Nacional de Música.

Según lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 67 de 1964, los miembros de la Banda Nacional de Música tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan 20 años de servicio y 50 de edad, que será liquidada con el 75% del mayor sueldo devengado. Es decir, que el actor ya goza de una pensión de

jubilación Nacional y como no desempeñó un cargo docente no tiene derecho a la pensión gracia.

La Constitución Política en el artículo 128 prohíbe que una persona desempeñe más de un empleo público o reciba más de una asignación que provenga del Tesoro Público, lo cual permitió concluir que no hay ninguna razón jurídica para reconocerle la pensión que reclama.

## **LA SENTENCIA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 5 de noviembre de 2009, declaró la existencia del acto ficto producto del silencio negativo de la Administración y negó las pretensiones de la demanda (fls. 202-216), con la siguiente argumentación:

El Decreto 2285 de 1955, en el artículo 2º dispuso que la Banda Nacional de Músicos se consideraría una organización de carácter docente del Ramo de la Instrucción Pública, teniendo sus miembros el carácter de profesores, para todos los efectos fiscales y legales. Más adelante, fue retomado por el artículo 4º de la Ley 67 de 1964.

El Decreto 3154 de 1968 creó el Instituto Colombiano de Cultura – COLCULTURA y dispuso que la Banda Nacional de Bogotá haría parte de su estructura funcional; sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>1</sup> manifestó que a los miembros de dicho conjunto, debe dárseles el tratamiento previsto en las normas especiales que los regulan, incluyendo el Decreto Ley 2277 de 1979, en razón a que el Legislador quiso otorgarles las prerrogativas de que gozan los docentes, siempre que se demuestre la vocación educativa de su labor<sup>2</sup>.

La pensión gracia es una prestación especial reglada en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, cuyos beneficiarios son los maestros de educación primaria, secundaria, normalista o inspectores de instrucción pública, que hubiesen laborado por 20 años; y acreditado que no han recibido o reciben otra pensión o emolumento proveniente del Tesoro Público, lo que significa que dicho

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 15 de diciembre de 1988, M.P. Dr. Javier Henao Hidrón.

beneficio no puede extenderse a docentes nombrados por el Ministerio de Educación Nacional o vinculado en planteles nacionales.

La Ley 91 de 1989 estableció que para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, la pensión gracia sería compatible con la ordinaria de jubilación, por el contrario, quienes ingresaron después del 1º de enero de 1990, solo tendrían derecho a la pensión ordinaria de jubilación.

El Ministerio de Educación Nacional mediante la Resolución No. 1184 de 4 de abril de 1957, nombró al actor en el cargo de profesor de segunda clase de la Banda Nacional y en 1969 fue reincorporado a la planta de personal de COLCULTURA, dependencia del Ministerio, en el cargo de Profesional Universitario 3020-06. Lo que significa que como él prestó sus servicios al Ministerio de Educación Nacional, su nómina estaba a cargo de la Nación, circunstancia que lo excluye del beneficio de la pensión gracia, máxime si se tiene en cuenta que CAJANAL ya le reconoció la pensión ordinaria de jubilación.

## **EL RECURSO**

La parte actora interpuso recurso de apelación cuya sustentación corre de folios 218 a 222 del expediente.

El demandante considera que tiene derecho a la pensión gracia en su condición de músico de la Banda Nacional, el cual fue atribuido de acuerdo con los Decretos 320 de 1949, artículo 7º; 2285 de 1955, artículo 2º; y 2277 de 1979, artículo 3º.

Además cumple con los requisitos previstos en el régimen de la pensión gracia, ya que nació el 28 de septiembre de 1928 y laboró al servicio de la educación pública, como músico de la Banda Nacional desde el 1º de abril de 1957 hasta el 30 de diciembre de 1978, antes de la expedición de la Ley 91 de 1989.

Las normas que rigen la pensión gracia no hicieron distinción en cuanto a los servicios de los docentes beneficiarios de dicha prerrogativa, pues no dijo que tuvieran que ser exclusivamente en planteles municipales, distritales o departamentales, sino que por el contrario, la Ley 91 de 1989 estableció la

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de junio de 1999, Exp. 15025, M.P. Dr. Silvio

compatibilidad entre ésta pensión y la ordinaria de jubilación. De lo anterior, se evidencia que el A-Quo se equivocó al negarle el derecho aduciendo que ya recibía la prestación ordinaria.

El demandante laboró al servicio del Ministerio de Educación Nacional, empero, la Jurisprudencia ha dicho que el carácter de la Entidad en la que prestó el servicio no debe afectar el derecho reclamado, máxime si se tiene en cuenta que desde el proceso de nacionalización de la educación en Colombia iniciado con las Ley 43 de 1975, las diferencias salariales entre docentes Nacionales y Territoriales, que justificaban un trato diferenciado, desapareció del orden Nacional, ya que el Estado asumió la prestación del servicio de la educación, en igualdad de condiciones y términos para todos los docentes oficiales<sup>3</sup>. Por lo tanto, el tiempo servido por el demandante como músico de la Banda Nacional debe ser computado para efectos del reconocimiento de la pensión gracia.

### **CONCEPTO FISCAL**

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado emitió Concepto (fls. 251-255) en el que solicitó confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la configuración del acto ficto presunto producto del silencio de la Administración y negó las súplicas de la demanda con la siguiente argumentación:

La pensión gracia es una prestación especial sometida al régimen establecido en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, de la cual son beneficiarios los docentes de primaria, secundaria o normales que hubiesen acreditado los requisitos de edad, tiempo de servicio y que no reciben o han recibido otra pensión o emolumento proveniente de la Nación, y que hubieren servido en establecimientos educativos del orden territorial.

Según lo dispuesto en la Ley 67 de 1964, artículo 6º y el Decreto 2285 de 1955, artículo 2º, los músicos de la Banda Nacional tienen el carácter de profesores.

Al actor se le equipara su cargo de Profesional Universitario 3020-06 en la Banda Nacional de Música al de Docente, empero, su carácter es Nacional, ya que dicho conjunto musical es una Institución del orden Nacional, cuyo nombramiento fue

---

Escudero Castro.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, sentencia de junio de 1995, Exp. 8662.

efectuado mediante Resolución No. 1184 de 1957 del Ministerio de Educación Nacional y luego, incorporado a la planta de personal de COLCULTURA, dependencia adscrita a dicho Ministerio. En ese orden de ideas, como no acreditó haber laborado 20 años en la docencia oficial territorial no puede ser beneficiario de la pensión gracia.

Como no observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Debe la Sala determinar si el señor Pedro Ignacio Castro Perilla (q.d.e.p.), por haberse desempeñado como miembro de la Banda Nacional de Música tiene derecho a que CAJANAL le reconozca, liquide y pague una Pensión Gracia teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a adquirir el status, en aplicación del régimen especial consagrado en la Ley 114 de 1913 y demás normas que regulan dicha prestación.

### **ACTO ACUSADO**

Acto ficto presunto, configurado por el silencio de la Administración frente a la petición de reconocimiento y pago de la pensión gracia del actor, radicada el 2 de julio de 2003 en CAJANAL.

### **DE LO PROBADO EN EL PROCESO**

A folio 83 del cuaderno 2º del expediente obra la Partida de Bautismo de la Parroquia de La Catedral de la Diócesis de Zipaquirá (Cundinamarca), donde consta que el actor nació el 28 de septiembre de 1928 (Libro de Bautismos No. 37, Folio 156, Número 1075-B).

A folio 178 del cuaderno 2º del expediente obra el Registro Civil de Defunción del demandante, donde consta que murió el 24 de enero de 2007.

La vinculación

A folio 84 obra la constancia expedida por la Asesora de la Secretaría General del Ministerio de Educación Nacional, quien certificó que el actor prestó sus servicios de la siguiente manera:

- Por Resolución No. 1184 de 4 de abril de 1957, nombrado a partir del 1° de abril y posesionado el 15 del mismo mes y año, en el cargo de Profesor de Segunda Clase de la Banda Nacional (fls. 89-90 cdno 2°).
- Por Decreto No. 1937 de 17 de agosto de 1961 fue incorporado a la nomenclatura y escala de sueldos en el cargo de Músico de Banda Sinfónica I Grado 6, en la Banda Nacional de Música, a partir del 1° de mayo de ese año y posesionado el 15 de diciembre de 1964 (fls. 94-95 cdno 2°).
- Por Resolución No. 4626 de 11 de diciembre de 1964 fue incorporado a partir del 1° de noviembre y posesionado el 16 de diciembre de ese año al cargo de Músico de Banda Sinfónica I-12 de la Banda Nacional de Música (fls. 137-139).
- La funcionaria del Ministerio de Educación Nacional transcribió la constancia expedida por el Jefe de la División de Personal de la Entidad en 1999, que certificó que el actor prestó sus servicios desde el 1° de abril de 1957 hasta el 30 de julio de 1969, fecha en la cual pasó a COLCULTURA.

La Jefe de la División de Personal de COLCULTURA certificó que el demandante prestó sus servicios, desempeñándose en el cargo de Profesional Universitario 3020-06 de la Banda Nacional del Instituto Colombiano de Cultura desde el 1° de agosto de 1969 hasta el 1° de marzo de 1987 (fl. 109 - cdno 2°).

#### Pensión Ordinaria de Jubilación

A folio 4 del expediente obra la Resolución No. 251 de 15 de enero de 1980, suscrita por la Subdirección de Prestaciones Económicas de CAJANAL, que le reconoció al actor la pensión ordinaria de jubilación.



Por Resolución No. 03152 de 23 de marzo de 1988, la Subdirección de Prestaciones Económicas de CAJANAL reliquidó al pensión ordinaria de jubilación del accionante (fls. 111-113, cdno 2º).

La Subdirección de Prestaciones Económicas de CAJANAL mediante la Resolución No. 12270 de 13 de diciembre de 1989, revocó la Resolución No. 03152 de 1988 y reliquidó la pensión ordinaria de jubilación del demandante, teniendo en cuenta el salario devengado en el último cargo desempeñado (fls. 136-138, cdno 2º).

#### La Solicitud del Reconocimiento y Pago de la Pensión Gracia

A folio 10 del expediente obra la petición de reconocimiento y pago de la pensión gracia, radicada en CAJANAL el 2 de julio de 2003.

Mediante la Resolución No. 005179 de 7 de febrero de 2006, la Asesora de la Gerencia General de CAJANAL resolvió la anterior petición negándola en razón a que el accionante no acreditó 20 años de servicio en la educación Municipal, Departamental o Distrital (fls. 53-56).

A folios 169 y 170 del expediente obra la solicitud de revocatoria directa contra el anterior acto administrativo, presentada en CAJANAL el 21 de febrero de 2006.

Por Resolución No. 05169 de 8 de marzo de 2002, el Gerente General de CAJANAL negó la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 005179 de 7 de febrero de 2006, en razón a que no se configuró ninguna de las causales para que proceda (fls. 146-150).

#### La Sustitución de la Pensión Ordinaria de Jubilación

A folio 173 del cuaderno 2º del expediente obra el formato de solicitud de sustitución de la pensión ordinaria de jubilación de CAJANAL, diligenciado por la señora Ana Tulia Rodríguez de Castro, en su condición de cónyuge supérstite, radicado el 9 de febrero de 2007.

A folio 180 del cuaderno 2° del expediente obra el Registro Civil de Matrimonio, según el cual la señora Ana Tulia Rodríguez de Castro y el demandante contrajeron matrimonio el 28 de julio de 1948.

Los señores Boris Rafael Cediél Castaño y Doris Moreno Rodríguez, declararon bajo juramento ante la Notaria 33 de Bogotá, que Ana Tulia Rodríguez de Castro y el actor hicieron vida marital y convivieron hasta el fallecimiento del demandante (fls. 181-182, cdno 2°).

A folio 185, CAJANAL publicó el 20 de noviembre de 2007, en el Diario El Nuevo Siglo la lista de las sustituciones pensionales, entre las que aparece en el número 14 la del causante a favor de la señora Ana Tulia Rodríguez de Castro.

#### La Sustitución dentro del presente proceso

De folios 186 a 190 del expediente obran los poderes otorgados por Ana Tulia Rodríguez de Castro – cónyuge supérstite y sus hijos Pedro Ignacio Castro Rodríguez, Luis Orlando Castro Rodríguez, Myriam Stella Castro Rodríguez y Willíam Edmundo Castro Rodríguez, en su condición de herederos a la Doctora Ruby Alexandra Celis Contreras para que continúe con el proceso.

#### **CUESTIÓN PREVIA**

En el sub-lite, el señor Pedro Ignacio Castro Perilla, instauró la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. (fls.16-32) y hallándose el proceso en trámite, el día 24 de enero de 2007 falleció (fl. 178, cdno 2°), por lo que la señora Ana Tulia Rodríguez de Castro, en su calidad de cónyuge supérstite (fl. 180 y 186), y sus hijos Pedro Ignacio Castro Rodríguez (187), Luís Orlando Castro Rodríguez (fl. 188), Myriam Stella Castro Rodríguez (fl. 189) y Willíam Edmundo Castro Rodríguez (fl. 190) le otorgaron poder a la Doctora Ruby Alexandra Celis Contreras, en cumplimiento del Auto de 2 de julio de 2009.

Por Secretaría de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ordenó requerir a la apoderada de la parte actora a fin de que allegara la correspondiente ratificación del mandato judicial conferido, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del C. de P.C. (fls. 180-181).

La señora Ana Tulia Rodríguez de Castro – cónyuge supérstite y sus hijos Pedro Ignacio Castro Rodríguez, Luis Orlando Castro Rodríguez, Myriam Stella Castro Rodríguez y Williám Edmundo Castro Rodríguez, en su condición de herederos le otorgaron poder a la Doctora Ruby Alexandra Celis Contreras para que continúe con el proceso.

Por lo anterior, se tiene a la señora Ana Tulia Rodríguez de Castro como parte actora en el presente proceso, conforme quedó dilucidado en la Primera Instancia, debiendo la Sala producir decisión de fondo.

## **ANÁLISIS DE LA SALA**

### **La Banda Nacional de Músicos**

La Banda Nacional de Músicos o Banda Nacional de Bogotá nació por disposición del Decreto 272 de 1913, que fusionó la Banda del Regimiento de Bolívar No. 1 y de la Banda del Grupo Artillería Bogotá, como organización adscrita al Ministerio de Instrucción Pública, hoy Ministerio de Educación Nacional; y desde sus inicios a los miembros de dicho conjunto musical se les dio el carácter de profesores.

Vale destacar que el Decreto 2285 de 1955, en el artículo 2º, definió a la Banda Nacional de Músicos de Bogotá como una organización de carácter docente en el ramo de la instrucción pública, para todos los efectos legales y fiscales, exceptuándolos del régimen ordinario, al establecer que sus miembros podrían disfrutar simultáneamente de la pensión de jubilación y del sueldo que estén devengando dentro de la Institución, o como profesores en cualquier otro establecimiento público docente.

A su turno, la Ley 67 de 1964, en el artículo 1º estableció el personal de la Banda Nacional y su remuneración, clasificándolos de la siguiente manera:

- a. **Director.**
- b. **Músico mayor.**
- c. **Profesores solistas.**
- d. **Profesores de primera clase**

- e. Profesores de segunda clase.
- f. Secretario Auxiliar
- g. Chofer artillero
- h. Ayudante de chofer artillero.

La misma Ley en el artículo 4º reiteró lo prescrito por el Decreto 2285 de 1955 y preceptuó lo que se transcribe a continuación:

**“La Banda Nacional de Músicos de Bogotá se considera como una organización de carácter docente en el ramo de la instrucción pública.**

**En consecuencia, todas las personas que componen ese conjunto musical tendrán el carácter de profesores para todos los efectos legales y fiscales.**

**Parágrafo.- Los miembros de la Banda Nacional que gocen de pensiones de jubilación a cargo del Estado, tendrán derecho a percibir, además de dicha pensión, la totalidad del sueldo que les corresponda, de conformidad con el artículo 1º de la presente ley, o como profesores en cualquiera otro establecimiento público.”**

El Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto Ley 3154 de 1968, por medio del cual creó el Instituto Colombiano de Cultura – COLCULTURA y dispuso que la Banda Nacional de Bogotá formaría parte de la nueva Institución.

Con la expedición del Decreto Ley 2277 de 1979, se estableció el Régimen Especial de los docentes, profesión definida como:

**‘El ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles. Igualmente incluye a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.’**

Sobre la naturaleza jurídica de la Banda Nacional de Músicos, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto del 15 de diciembre de 1988, Radicación No. 245, M.P. Dr. Javier Henao Hidrón, concluyó lo siguiente:

1.- La Banda Nacional (o Banda Nacional de Música de Bogotá) es desde 1968, cuando entró en vigencia el Decreto Ley 3154 de dicho año, una dependencia del Instituto Colombiano de Cultura (COLCULTURA), integrada a su organización administrativa.

Por disposición reiterada de la ley, la Banda se considera como una organización de carácter docente en el ramo de la Instrucción Pública, así su estructura y modalidades no sean propiamente las correspondientes a un plantel educativo. Pero es indudable que el legislador ha querido expresar su voluntad en el sentido de que los músicos que la integran tengan el tratamiento otorgado a los docentes, con el fin de que puedan disfrutar de los mismos derechos especiales que la ley establece para estos últimos.

La Banda Nacional es una especie de escuela abierta en el campo de la interpretación musical y por eso, desde el año 1913, sus músicos han tenido la denominación legal de profesores.

De donde puede inferirse que el personal de músicos tiene también la calificación jurídica de empleados oficiales de régimen especial, por cuanto son leyes así mismo especiales las que en el transcurso de varias décadas ha expedido para ellos el legislador, ordinario o extraordinario. Son estas leyes las que se deben aplicar a dicho personal, de preferencia, y en subsidio las contempladas en el Estatuto Docente o en otras disposiciones relacionadas con el régimen jurídico de los educadores.

(...)

2.- Es entendido que no todas las personas que integran el conjunto musical denominado Banda Nacional, tienen carácter docente. Este calificativo debe aplicarse al personal de músicos mencionado en los literales a., b., c., d., y e. del artículo 1° de la Ley 67 de 1964, o sea al Director, el Músico Mayor, los Profesores Solistas, los Profesores de Primera Clase y los Profesores de Segunda Clase.

3. - El Instituto Colombiano de Cultura debe dar al personal de músicos de la Banda Nacional el tratamiento previsto en las disposiciones especiales relacionadas con este conjunto musical y en el Decreto 2277 de 1979, en cuanto regula un régimen especial para los docentes de educación primaria y secundaria.

Elo por cuanto el legislador quiso que los músicos de la Banda disfrutaran de las prerrogativas reconocidas a los docentes. Tales son, por ejemplo, los aspectos relacionados con estabilidad, ascenso, permanencia y vacaciones especiales (en lo pertinente, artículos 11, 28, 31 y 67 del Decreto 2277 de 1979 y artículo 8° del Decreto 174 de 1982), la compatibilidad en la percepción de pensión y sueldo por servicios docentes (parágrafo del artículo 4° de la Ley 67 de 1964 y artículo 1° del Decreto 606 de 1969), y la compatibilidad en las asignaciones que provengan del desempeño de varios empleos de carácter docente en establecimientos educativos oficiales, con la condición de que no sean empleos de tiempo completo (Decreto 1042 de 1978, artículo 32, literal a).

**Respecto de la expresión ‘efectos legales y fiscales’ que emplea el artículo 4º de la Ley 67 de 1964, la misma se refiere, en su orden, a la aplicación a los profesores de la Banda Nacional de las regulaciones de orden legal previstas para el ejercicio de la profesión docente; y al tratamiento que las leyes tributarias señalen para los docentes, observándose que en esta última materia la reforma tributaria contenida en la Ley 75 de 1986, no establece excepciones o régimen preferencial a favor de los docentes.”**

Esta Sección acogió el anterior criterio en las sentencias de 17 de junio de 1999, expedientes Nos. 15888 y 15025, actores: Ernesto Echeverría Ortiz y Jesús María Díaz Páez, M.P. Dr. Silvio Escudero Castro, en los siguientes términos:

**“Al cotejar las funciones asignadas a los docentes con las funciones que corresponden a los miembros de la Banda Nacional, encuentra la Sala que muchas de ellas tienen un carácter educativo. Así, “Difundir la cultura mediante la presentación de conciertos populares...Grabar música...para difundirla por los medios...” son, entre otras, tareas que reflejan el carácter docente de tal Institución y que justifican la determinación del legislador de darle el carácter de profesores, para todos los efectos legales y fiscales a sus miembros.**

**La Ley 67 de 1964 no fue derogada expresamente por el Decreto 2277 de 1979 y por tanto, debe entenderse que mantiene plena vigencia, pues, además, no se advierte que sea contraria a las disposiciones contenidas en este último ordenamiento”.**

En consideración a lo expuesto en líneas anteriores, los músicos de la Banda Nacional que se desempeñaron en los cargos de Director, Músico Mayor, Profesor Solista, Profesor de Primera Clase y Profesor de Segunda Clase, tienen el carácter de docentes con todas las prerrogativas a que por dicha condición tuvieron derecho.

### **La pensión gracia**

La pensión de jubilación 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, quienes tienen derecho a una pensión vitalicia de conformidad con las prescripciones de dicha Ley, que establece condiciones especiales en materia pensional sobre la cuantía, la posibilidad de acumular servicios prestados en diversas épocas, los requisitos que deben acreditar y ante quién deben comprobarse.

Luego el artículo 6º de la Ley 116 de 1928 estableció:

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

A su vez, el artículo 3º, inciso segundo, de la Ley 37 de 1933 dispuso:

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

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

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

De lo anterior se infiere que la pensión gracia no puede limitarse a los maestros de primaria, como se concibió en un principio, sino que ella cobija a aquellos que hubieren prestado servicios como normalistas o inspectores educativos, parcialmente, y que el tiempo de servicios puede completarse, en todos los casos, con el prestado en educación secundaria o incluso, puede haberse laborado sólo en este nivel.

En pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, expediente No. S-699 de 26 de agosto de 1997, M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia:

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

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

b. No es acertada la afirmación de que los establecimientos oficiales de educación secundaria fuesen nacionales en su totalidad en 1933. Tanto es así que fue con la Ley 43 de 1975 que se inició el proceso de nacionalización tanto de la educación primaria como de la secundaria. Por eso en su encabezamiento se lee: “por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías...” “Y en su artículo primero se prescribe hacia el futuro: la educación primaria y secundaria será un servicio público de cargo de la nación”.

Se repite que a partir de 1975, por virtud de la Ley 43, empieza el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales a que se refieren los ordenamientos anteriormente citados (L114/13; L116/28,y L28/33); proceso que culminó en 1980.

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

"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 hubieren 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."

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

De acuerdo con la Jurisprudencia transcrita, la pensión gracia se causa únicamente para los docentes que cumplan 20 años de servicio en colegios del orden Departamental, Distrital o Municipal, sin que sea posible acumular tiempos del orden Nacional.



### **Caso Concreto**

La Sala observa que el accionante laboró como Músico de la Banda Nacional ocupando los cargos de Profesor de Segunda Clase de la Banda Nacional, Músico de Banda Sinfónica I Grado 6, Músico de Banda Sinfónica I-12, Profesional Universitario 3020-06 de la Banda Nacional, es decir, que ostentó el carácter de docente.

Ahora bien, el accionante estuvo vinculado al Ministerio de Educación Nacional, ya fuere directamente (entre el 1º de abril de 1957 y el 30 de julio de 1969) o a través de COLCULTURA (entre el 1º de agosto de 1969 y el 1º de marzo de 1987), desde el 1º de abril de 1957 hasta el 1º de marzo de 1987, para un total de 30 años y 1 mes, servidos a la Nación.

Empero, éste tiempo no es útil para efectos de acceder a la pensión gracia puesto que sus salarios han sido pagados con recursos provenientes de la Nación, incumpliendo entonces el requisito de acreditar **“que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional”**.

En estas condiciones, el proveído impugnado que negó las súplicas de la demanda, debe ser confirmado.

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,

### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 5 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Pedro Ignacio Castro Perilla contra la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL.

**RECONÓCESE** personería a la Doctora María Rocío Trujillo García, como apoderada de la Entidad demandada, en los términos del poder que obra a folio 235 y siguientes del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CUMPLASE. DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**