

**CONSEJO DE ESTADO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN QUINTA****Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00145-00**Actor: MARÍA DEL PILAR MORENO MARTÍNEZ****Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B****Asunto: Fallo de primera instancia. Tutela contra providencia judicial. Tutela contra acto administrativo. Pensión gracia.**

Procede la Sala a resolver la solicitud de amparo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015¹.

I. ANTECEDENTES**1.1. LA TUTELA²**

La señora **MARÍA DEL PILAR MORENO MARTÍNEZ**, por conducto de apoderado, promovió acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" y contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP), con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales de petición, de defensa, al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, a la seguridad social y a los "... principios, valores y derechos de rogación, de equidad justicia y derecho..."³, que considera vulnerados⁴ por cuanto la autoridad judicial y la administrativa le negaron el reconocimiento de la pensión gracia.

¹ Modificado por el art. 1 del Decreto Nacional 1983 de 2017.

² Folios 1 al 48 del expediente de tutela.

³ Folio 1 del expediente de tutela.

⁴ Cabe destacar que el profesional del derecho, en uno de los apartes de la acción de tutela, indica que se están vulnerando también sus derechos como abogado de la tutelante. Lo cual será ampliado más adelante.



1.2. HECHOS

De la demanda de tutela y sus anexos se desprenden los siguientes, que la Sala considera jurídicamente relevantes para la decisión que corresponde adoptar:

1.2.1. La actora se desempeñó como docente oficial desde el 9 de febrero de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1978, fecha en la que se vinculó al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, mediante contrato de trabajo, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales II, adscrito al programa de jardines infantiles.

1.2.2. Este mismo cargo lo desempeñó entre el 1º de enero de 1979 y el 31 de enero de 1979, también a través de contrato de trabajo.

1.2.3. Desde el 28 de marzo de 1980 hasta el 4 de septiembre de 1983, vía nombramiento, pasó a ocupar el cargo de Auxiliar de Servicios Generales III, adscrito al programa de jardines infantiles.

1.2.4. Entre el 15 de marzo de 1990 y el 12 de abril de 2012 laboró como docente distrital, vinculada por la Secretaría de Educación de Bogotá, prestando sus servicios a la educación primaria y secundaria del ente territorial.

1.2.5. El 19 de junio de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión gracia, pero le fue negada por la UGPP, en resolución No. RDP 033554 del 24 de julio de 2013, con fundamento en que no acreditó la calidad de docente oficial anterior a 31 de diciembre de 1980 que exige el artículo 15-2-A de la Ley 91 de 1989, ya que la vinculación que tuvo entre 1978 y 1983 fue como Auxiliar de Servicios Generales II y III.

1.2.6. Contra esta decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, aduciendo que la vinculación que no le fue tenida en cuenta corresponde a la de una docente oficial, de acuerdo con la Resolución No. 023667 de 30 de junio de 1982, emanada de la Junta Nacional de Escalafón Nacional Docente ante el Distrito de Bogotá, y las respectivas certificaciones laborales.

1.2.7. Esbozando argumentos similares a los esgrimidos en el acto administrativo impugnado, la UGPP negó los recursos de reposición y apelación, respectivamente, por medio de las resoluciones RDP



0396288 del 28 de agosto de 2013 y RDP 042314 del 12 de septiembre de 2013.

1.2.8. La actora presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicada con el No. 11001-33-35-023-2014-00209, a efectos de obtener la nulidad de los tres actos emitidos por la referida entidad y el consecuente reconocimiento de la pensión gracia.

1.2.9. El Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, en sentencia de 17 de junio de 2016, accedió a lo pretendido, luego de considerar que, de acuerdo con las certificaciones obrantes en el plenario y el pronunciamiento realizado en por el Consejo de Estado en el expediente No. 3085-1998⁵, la señora Moreno Martínez laboró como docente entre el 9 de febrero de 1978 y el 3 de septiembre de 1983 en una entidad territorial (Departamento Administrativo de Bienestar Social).

1.2.10. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", mediante fallo de 10 de noviembre de 2017, revocó la decisión de primera instancia, luego de advertir que, pese a lo certificado por su empleador, las funciones de la actora como Auxiliar de Servicios Generales, es decir, antes del 31 de diciembre de 1980, de acuerdo con el antecedente jurisprudencial de 15 de septiembre de 2016 del Consejo de Estado⁶, no son las de una docente, pues tienen que ver con el cuidado de los menores, la preparación de material didáctico, el planteamiento de actividades y la colaboración en el ambiente de estudio.

También señaló que *"... en el plenario solo se constató que la demandante laboró en el área de jardín infantil y para efectos del reconocimiento a la pensión gracia se exige que el maestro hubiese laborado en escuelas primarias oficiales, centros de enseñanza secundaria, de instrucción pública y normalista, situación que tampoco se acreditó con anterioridad al año 1980"*⁷.

⁵ C. P. Alberto Arango Mantilla, actora: María Ninfa León Bayona.

⁶ Sección Segunda, Subsección "B", C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad. 25000-23-42-000-2013-06310-01.

⁷ Folio 327 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.



1.3. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

La Sala entiende⁸ que la demandante considera vulnerados los derechos fundamentales invocados a partir de las siguientes censuras que planteó respecto del fallo contencioso de segunda instancia, y que hizo extensivas a los actos administrativos de la UGPP:

1.3.1. **Violación directa de la Constitución** por no aplicarse la excepción de inconstitucionalidad que permitiera el reconocimiento de la pensión gracia, que considera un derecho adquirido, en un plano de “justicia, derecho y equidad”, como componentes de la garantía de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

Sobre el mismo particular, alega que el Tribunal omitió pronunciarse sobre el memorial denominado “*réplica y objeción de inconstitucionalidad e ilegalidad contra el recurso de apelación*” interpuesto por la UGPP contra el fallo de primera instancia, que remite a la jurisprudencia constitucional atinente a los principios del Estado social de derecho.

Así mismo, expresó que el *ad quem* del contencioso violó los principios de la función administrativa y el de mérito, toda vez que para el cargo de Auxiliar de Servicios Generales III, la actora participó de un concurso, y tuvo que acreditar la constancia de escalafón docente, por ser considerado el cargo como de “personal docente”, según se prueba, según dice, con los documentos obrantes en el plenario.

Igualmente, arguyó que el Tribunal violó la confianza legítima fundada en la Resolución No. 23667 del 30 de junio de 1982 de la Junta Seccional de Escalafón Docente de Bogotá, y los supuestos de hecho y de derecho que a ella subyacen, los cuales, en aplicación del régimen de carrera docente, suponen su asimilación en el escalafón con el cumplimiento de los requisitos legales desde 1975.

1.3.2. **Defecto fáctico**, fundado también en la falta de apreciación de la antedicha resolución, teniendo en cuenta que a través de ella fue

⁸ A pesar de que la solicitud de tutela no está construida a partir de la técnica y de acuerdo con las causales generales y específicas decantadas por la jurisprudencia Constitucional, se interpretan los motivos de inconformidad y las razones de hecho y de derecho esbozadas por la parte actora bajo ese marco jurídico, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva y el acceso a la administración de justicia.



asimilada al grado "B", por haberse incluido su vinculación como Auxiliar de Servicios Generales II y III.

Afirma que lo mismo ocurre con los distintos certificados del Departamento Administrativo de Bienestar Social y otras autoridades del orden distrital –a las que se refirió de forma precisa y entre las que se cuenta el propio jardín infantil al que prestó sus servicios–, así como con los respectivos contratos de trabajo, nombramientos y documentos privados que daban cuenta de su situación como educadora desde antes del 1º de enero de 1981.

A su entender, de igual manera da cuenta de los señalamientos descritos en el párrafo anterior la Resolución 24245 del 10 de noviembre de 2006 por medio de la cual la Junta de Escalafón Docente de Bogotá la asciende al grado 14 dentro del mismo, según dice, se tiene en cuenta como experiencia docente la conseguida con las referidas vinculaciones dadas entre 1978 y 1983.

Incluidos estos tiempos, la actora cuenta con 29 años, cinco meses y 18 días al servicio de la docencia en el Distrito Capital, como entidad territorial, tiempo suficiente para, junto con los demás requisitos que reúne, hacerse acreedora a la pensión gracia.

1.3.3. **Defecto sustantivo**, al no respetarse la primacía de la realidad sobre las formas e interpretarse de manera sesgada y parcial su situación laboral frente al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital entre los años 1978 y 1983, que desconoce el sentido auténtico del concepto educación, que comprende al preescolar dentro del Sistema Nacional de Educación y el alcance del artículo 15, numeral 2, literal a, de la Ley 91 de 1989.

1.3.4. **Desconocimiento del precedente** del Consejo de Estado, en torno al carácter docente que tiene la enseñanza en el nivel preescolar, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 2277 de 1979, que refiere un caso similar al suyo, contenido en la siguiente sentencia: Sección Segunda, Subsección "A", C. P. Jaime Moreno García, 1º de marzo de 2007, rad. 25000-23-25-000-2001-04697-01, actora: Cecilia Pinzón Pinzón



Bajo la misma cuerda argumental, el libelista descartó que la providencia invocada por el Tribunal acusado, esto es, la proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 15 de septiembre de 2016⁹, constituyera precedente para el caso de marras, toda vez que, a su juicio, no guarda identidad fáctica y jurídica con este, además de tener efectos inter partes, que no pueden ser oponibles a una maestra que le entregó su vida al servicio público de la docencia con un sueldo demasiado bajo.

1.3.5. Por último, para la parte actora, no se demostró que los hechos alegados en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y en sus demás intervenciones no fueran veraces; máxime cuando el recurso de apelación interpuesto por la UGPP solo buscaba dilatar el cumplimiento del fallo contencioso de primera instancia.

1.4. PRETENSIÓN

La parte actora solicita:

"1. CONCEDER la Protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales y Humanos de Petición, de Equidad, de Defensa, del Debido Proceso, de la Seguridad Social integral, de Acceso a la Administración de Justicia y a la Tutela Judicial Efectiva, de Principios, Valores y Derechos de Rogación, en el Proceso de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 11001333502320140020901 de la SUBSECCIÓN "B" de la SECCIÓN SEGUNDA, del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA del diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), incluida la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, UGPP, por los hechos y fundamentos jurídico sustanciales de orden constitucional, legal y jurisprudencial expuestos en este memorial, con el respectivo acervo probatorio; por errores de hecho y de derecho del AD QUEM en el examen y consideración de nuestros peticiones reiteradas, resueltas en legal forma por el AD QUO, en Sentencia No. 109, conforme a Justicia, Derecho y Equidad el diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016). Y, como consecuencia, proceda a que:

2. Se ORDENE a los operadores jurídicos referidos en el numeral anterior, a que revoque la sentencia con radicado No. 2014 - 00209 01 del diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017); y se acceda a las PRETENSIONES tuteladas jurídicamente por el AD QUO; e igualmente,

3. Se ordene al representante legal de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, UGPP, o de quien haga

⁹ C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad. rad. 25000-23-42-000-2013-06310-01.



Sus veces, que en un término no superior a tres (3) días se adopten las siguientes decisiones:

Primera. Se expida la Resolución, o Acto Administrativo por la cual se revoquen las Resoluciones No. RDP 033554 del 24 de julio de 2013; No. RDP 0396628 del 28 de agosto de 2013; y la Resolución No. RDP 042314 del 12 de septiembre de 2013, proferidas, por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, mediante las cuales se negó la solicitud de pensión gracia, a mi poderdante, la profesora, MARÍA DEL PILAR MORENO MARTÍNEZ.

Segunda. ORDENAR que dentro del plazo anteriormente referido, se profiera la respectiva Resolución que ordene el cumplimiento del Fallo del JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con radicado No. 2014 0020900, a favor de MARÍA DEL PILAR MORENO MARTINEZ, del diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016), modificando el numeral QUINTO en el entendido de condenar en costas y agencias en derecho a la UGPP. Los demás numerales de la Decisión se conservan en su integridad¹⁰.

1.5. TRÁMITE DE INSTANCIA

La Consejera Ponente, en auto de 24 de enero de 2018¹¹, dispuso: admitir la tutela; notificar a los magistrados del tribunal acusado; comunicarla a la UGPP y al Juzgado Veintitrés Administrativo de Bogotá; dar el valor probatorio legal a los documentos aportados con la solicitud de amparo; solicitar en préstamo el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho; y reconocer personería al apoderado de la parte accionante.

1.6. CONTESTACIONES

1.6.1. La **Juez Veintitrés Administrativo de Bogotá**¹² manifestó que la providencia contenciosa de primera instancia es acorde a derecho y que esta no fue objeto del reproche constitucional.

1.6.2. El **Subdirector de Defensa Judicial Pensional de la UGPP**¹³ señaló que la actora no cumple los requisitos para obtener la pensión gracia, porque entre 1978 y 1983 laboró como Auxiliar de Servicios Generales, y no como docente. Igualmente, aludió que el pretendido reconocimiento conduce a una ventaja pensional que afecta el principio de sostenibilidad financiera.

¹⁰ Folios 46-47 del expediente de tutela.

¹¹ Folios 52-53 del expediente de tutela.

¹² Folios 63-64vto del expediente de tutela.

¹³ Folios 66-73vto del expediente de tutela.



Agregó que no se evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales y que la tutela no cumple con los requisitos generales y especiales de procedencia contra providencia judicial; máxime cuando la discusión que entraña es económica, no se vislumbra la inminencia de un perjuicio irremediable y su uso no puede desencadenar una tercera instancia judicial.

1.6.3. El **Magistrado Ponente de la decisión enjuiciada**¹⁴ remitió a las razones consignadas en la parte considerativa de dicha providencia, especialmente en lo que atañe a la calidad docente antes del 1º de enero de 1981 y el sustento en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016¹⁵.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA

Esta Sala es competente para conocer la tutela de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, y el numeral 2º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015¹⁶.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

A la Sala le corresponde determinar, en primer lugar, si la solicitud de amparo supera los requisitos de procedibilidad y, de ser así, establecer si el fallo contencioso dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora por incurrir en los yerros que le endilga respecto de la calidad docente, computable para la pensión gracia, derivada de su vinculación al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, en los cargos de Auxiliar de Servicios Generales II y III, entre los años 1978 y 1983.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) una cuestión previa, (ii) el criterio de la Sala sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, (iii) los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia, (iv) la

¹⁴ Folio 91 del expediente de tutela.

¹⁵ Sección Segunda, Subsección "B", C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad. 25000-23-42-000-2013-06310-01.

¹⁶ Modificado por el art. 1 del Decreto Nacional 1983 de 2017.



pensión gracia, (v) la calidad docente, (vi) los beneficiarios de la pensión gracia a partir de la calidad docente y, por último, al (vii) el caso concreto.

2.3. CUESTIÓN PREVIA

En la solicitud de amparo se observa que el libelista, abogado Luis Alberto Cáceres Arbelaez –apoderado judicial de la actora–, deprecia la protección de los derechos fundamentales invocados, así:

“... por errores de hecho y de derecho, del AD QUEM en el examen y consideración de nuestras peticiones (...) se violan en forma Directa e Indirecta mandatos constitucionales y legales, referidos, sin ninguna fórmula de juicio, incurriéndose en VIA HECHO POR ERROR JUDICIAL, arbitrariedad y abuso de poder, (fls 3 a 20), **NO SÓLO en contra de mi Poderdante, la señora MARÍA DEL PILAR MORENO; SINO del Suscrito Apoderado...**”¹⁷ (Negritas de la Sala).

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, así como 1°, 10, 46 y 49 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser presentada por toda persona, (i) por sí misma; (ii) a través de representante; (iii) apoderado; o (iv) por medio de agente oficioso cuando el afectado no pueda promover su propia defensa. A su ejercicio también pueden acudir la (iv) Defensoría del Pueblo y la (v) Procuraduría General de la Nación¹⁸.

Lo anterior, desde el punto de vista adjetivo; no obstante, la vocación de prosperidad del amparo está supeditada a la relación inescindible entre quien reclama un derecho y la titularidad del mismo, pues la naturaleza dispositiva del mecanismo de amparo impone que sea la persona sobre la que recae la vulneración la llamada a solicitar su protección¹⁹.

En el asunto bajo examen, es claro que la titular del derecho pensional que se reclama y, por ende, de la relación material que subyace al reclamo tuitivo, es la señora **MORENO MARTÍNEZ**, y no su apoderado judicial, quien –más allá de la personería procesal que le fue reconocida para actuar en el presente trámite constitucional– carece

¹⁷ Folios 1-2 del expediente de tutela.

¹⁸ Cfr. entre otras providencias; Corte Constitucional, sentencia T-793 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; y Consejo de Estado, Sección Quinta, C. P. Alberto Yepes Barreiro, 23 de abril de 2015, rad. 11001-03-15-000-2014-02346-00.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-1020 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia T-176 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia T-086 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.



de legitimación en la causa por activa de cara a lo pretendido con la solicitud de amparo, y así lo declarará la Sala en la parte resolutive del este proveído; máxime cuando en dicho petitorio no se esbozan argumentos que permitan inferir que del fallo de nulidad y restablecimiento del derecho cuestionado surjan circunstancias que redunden en la violación de los derechos fundamentales del referido profesional del derecho.

2.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012²⁰, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²¹, y en ella concluyó:

“...si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”²² (Negrilla fuera de texto).

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **“...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...”**.

²⁰ Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. C. P.: María Elizabeth García González.

²¹ El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

²² Idem.



En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido ampliamente²³ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo –procedencia sustantiva– y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto –procedencia adjetiva–.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii)* inmediatez, cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

2.5. ANÁLISIS DE PROCEDENCIA ADJETIVA

La acción de tutela no se dirige contra una sentencia de tutela, sino contra un fallo de segunda instancia dictado en el trámite de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

²³ Entre otras en las T-949 del 16 de octubre de 2003, T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



Se cumple con la subsidiariedad, ya que se cuestionan sentencias de segunda instancia, por razones no subsumibles en las hipótesis previstas para los recursos extraordinarios de revisión²⁴ y unificación²⁵; salvo en lo que tiene que ver con la presunta omisión frente al memorial denominado “*réplica y objeción de inconstitucionalidad e ilegalidad contra el recurso de apelación*”, habida cuenta que si el demandante consideraba que ese era un extremo de la *litis* que ameritaba ser resuelto por el Tribunal, debió solicitar la adición o complementación en los términos del artículo 287 del CGP, aplicable al proceso de marras en virtud de la remisión normativa consagrada en el artículo 306 del CPACA.

Hay inmediatez, dado que la tutela se radicó el 18 de enero de 2018 y que el fallo enjuiciado se profirió el 10 de noviembre de 2017, lo cual supone que el mecanismo de amparo se ejerció dentro un plazo razonable contado desde la ejecutoria de dicha providencia.

Bajo esas consideraciones, la Sala se pronunciará de fondo respecto del reclamo deprecado, excepto en cuanto concierne a lo que debió ventilarse vía solicitud de adición, no sin antes insistir en el carácter excepcional de la acción de amparo, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial²⁶, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por parte de terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales²⁷.

2.6. LA PENSIÓN GRACIA²⁸

La Ley 39 de 1903²⁹ dividió la “instrucción pública” en primaria, secundaria, industrial y profesional. La primera la atribuyó a los departamentos y municipios; y la segunda, a la Nación, sin perjuicio de que las entidades territoriales con recursos suficientes pudieran sostener también establecimientos de enseñanza secundaria.

²⁴ Artículo 248 y siguientes del CPACA.

²⁵ Artículo 256 y siguientes del CPACA.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-315 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁸ Reiteración de la aproximación histórica y jurídica realizada por la Corte Constitucional en las sentencias C-915 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz y T-218 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; así como por la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 29 de agosto de 1997, C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda, rad. S-699, actor: Wilberto Therán Mogollón.

²⁹ Sobre Instrucción Pública.



Esta división generó una diferencia salarial en detrimento de los docentes de primaria, respecto de los de secundaria³⁰, que buscó ser zanjada a través de la Ley 114 de 1913³¹, por medio de la cual se creó la denominada pensión gracia en beneficio de aquellos, así:

“Artículo 1º.- Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley.

(...)

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

1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.
2. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento
3. Que observe buena conducta.
4. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento” (Negrillas de la Sala).

Luego, con la expedición de la Ley 116 de 1928³² se amplió el espectro de destinatarios de la misma, en los siguientes términos:

“Artículo 6º. Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el computo de los años de servicio se sumaran los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como [sic] en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección” (Negrillas de la Sala)

En lo sucesivo, el conjunto de beneficiarios fue objeto de una nueva ampliación, concretada en la Ley 37 de 1933³³, que en lo pertinente ora:

“Artículo 3º Las pensiones de jubilación de los maestros de escuela rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedaran [sic] nuevamente en la cuantía señalada por las leyes.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional en la sentencia C-479 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³¹ Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.

³² Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927.

³³ Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados.



Hácese extensivas estas pensiones a los **maestro [sic] que hayan completado los años de servicios señalados por la Ley, en establecimientos de enseñanza secundaria**" (Negrillas de la Sala).

En suma, la pensión gracia nació hace más de un siglo para (i) los maestros de escuelas primarias oficiales, y con el tránsito legislativo pudieron disfrutarla también (ii) los empleados y profesores de escuelas normales, (iii) los inspectores de instrucción pública³⁴ y (iv) los maestros de secundaria. Ello, siempre que acreditaran, principalmente, 50 años de edad y 20 de servicio.

Recuérdese que, entonces, los docentes oficiales de primaria dependían de la administración departamental o municipal; mientras que los de secundaria, necesariamente estaban vinculados con la Nación, y eventualmente con las entidades del orden territorial.

Bajo ese contexto, con la Ley 43 de 1975³⁵ se nacionalizó toda la educación primaria y secundaria oficial³⁶. Ello significa que, a partir de ese momento y de conformidad con las reglas de progresividad³⁷ plasmadas en dicha norma, la Nación se hizo cargo del servicio en esos dos niveles de escolaridad. De esta preceptiva se extrae:

"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.

³⁴ En relación con esta figura, resulta útil acudir a lo expresado en los artículos 7º y 8º de la Ley 39 de 1903: "*Art. 7º Los Gobiernos departamentales quedan facultados para establecer las Inspecciones Provinciales de Instrucción Pública y nombrar los empleados que deban desempeñarlas, y en este caso serán de cargo del Tesoro de los Departamentos las erogaciones que demande este servicio. Art. 8º Habrá en cada Municipio de la República un Inspector local nombrado por los Inspectores Provinciales donde tales empleados existieren, o en su defecto por el Gobierno del Departamento*".

³⁵ 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 se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

³⁶ Cabe decir que, si bien con las Ley 111 de 1960, 33 de 1968, el artículo 8o. de la Ley 46 de 1971 y el artículo 10 de la Ley 22 de 1973 se establecía normas que establecían la forma en la que la Nación financiaba los sueldos de los docentes de la educación primaria, con la citada norma fijó claras pautas para asumir otro tipo de obligaciones de orden prestacional y demás cargas laborales, que hasta ese momento fueran cubiertas por el nivel territorial.

³⁷ La asunción del servicio educativo por parte de la Nación no fue inmediato, sino que se establecieron unas reglas para compartir las cargas económicas con los niveles territoriales, en lo que les era concerniente, quienes con el pasar del tiempo debían asumirlas cada vez en menos proporción, hasta que la Nación las cubriera en un todo. La Nacionalización consistió, entonces, en todo un proceso diseñado para el mediano plazo, que debía cumplirse a más tardar el 31 de diciembre de 1980. Cfr. artículos 2-8 de la normativa *eiusdem*.



(...)

Artículo 10º.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional”.

Posteriormente, la Ley 81 de 1989³⁸, introdujo cambios significativos en materia educativa: Creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; categorizó al personal docente, de acuerdo a su vinculación, en (i) nacional, (ii) nacionalizado y (iii) territorial; redistribuyó las cargas financieras entre el nivel central y el territorial; y Eliminó de forma diferida la pensión gracia, la cual sujetó a un régimen de transición. De su articulado se destaca:

“**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. Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

(...)

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...) 2. Pensiones:

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

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión

³⁸ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”.

Dentro de tales contornos normativos se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 29 de agosto de 1997³⁹, explicó que (i) la pensión gracia “... *constituye privilegio gratuito porque la nación hace el pago sin que el docente hubiese trabajado para ella*” y, así mismo, que (ii) “... *la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional...*”, es decir, que (iii) para su reconocimiento solo se tiene en cuenta el tiempo laborado como docente nacionalizado o territorial.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-479 de 1998 halló ajustado al ordenamiento que la pensión gracia tenga como destino el sector oficial, y no el privado; en la C-084 de 1999, declaró constitucional el requisito de la vinculación desde por el menos el 31 de diciembre de 1980 para acceder al mentado beneficio pensional; y en la C-915 de 1999, precisó que pueden computarse, para esos efectos, tiempos de la docencia en primaria y secundaria –siempre que no sean tiempos de vinculación con el nivel nacional–, sin que se exija un orden cronológico específico.

Lo anterior se complementa con lo dicho por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 22 de enero de 2015⁴⁰, en cuanto a que “... *la expresión ‘docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980’⁴¹, (...), no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, pues lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido...*”. De ahí que, para esta Corporación, “... *la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional...*”.

En retrospectiva, bien puede decirse, entonces, que, en la actualidad, los elementos definitorios de la pensión gracia son:

³⁹ C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda, rad. S-699, actor: Wilberto Therán Mogollón.

⁴⁰ C. P. Alfonso Vargas Rincón (E), rad. 25000-23-42-000-2012-02017-01, actor: Solángel Castro Pérez.

⁴¹ Contenida en el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.



- Tiene como beneficiarios⁴² a (i) los maestros de escuelas primarias oficiales⁴³, (ii) los empleados⁴⁴ y profesores de escuelas normales, (iii) los inspectores de instrucción pública⁴⁵ y (iv) los maestros de secundaria.
- Los requisitos son –para cualquiera de sus beneficiarios– los establecidos en el artículo 4º de la Ley 114 de 1993.
- Para su cómputo se tienen en cuenta solo los servicios prestados en virtud de nombramiento de entidad territorial⁴⁶ (personal territorial y nacionalizado).
- Los tiempos de servicios prestados bajo las distintas categorías de beneficiarios se pueden sumar, sin importar cuál fue el primero o el último⁴⁷.
- Es necesario que alguna de tales vinculaciones hubiera ocurrido a más tardar el 31 de diciembre de 1980, sin importar que a esa fecha estuviera vigente o no.

2.7. CALIDAD DE DOCENTE OFICIAL

Mediante el artículo 3º Ley 12 de 1934 se facultó al Gobierno “*para dictar las disposiciones conducentes a la formación del escalafón nacional del magisterio y al aprovechamiento preferente de sus servicios en el mismo*”⁴⁸. Con el artículo 1º de la Ley 37 de 1935, se dispuso que la organización y reglamentación del “Magisterio Escolar” la efectuara el Ministerio de Educación Nacional⁴⁹.

⁴² Cabe acotar que las categorías de beneficiarios aquí referidos se agrupan bajo el rótulo de “personal docente”, que, según se explicará más adelante, a partir de la expedición del Decreto 2277 de 1979 puede ser docente de enseñanza o docente directivo.

⁴³ Pues, como se dijo, la pensión gracia no aplica para los docentes del sector privado.

⁴⁴ Pero solo aquellos con función docente, como se explicará más adelante.

⁴⁵ En relación con esta figura, resulta útil acudir a lo expresado en los artículos 7º y 8º de la Ley 39 de 1903: “Art. 7º Los Gobiernos departamentales quedan facultados para establecer las Inspecciones Provinciales de Instrucción Pública y nombrar los empleados que deban desempeñarlas, y en este caso serán de cargo del Tesoro de los Departamentos las erogaciones que demande este servicio. Art. 8º Habrá en cada Municipio de la República un Inspector local nombrado por los Inspectores Provinciales donde tales empleados existieren, o en su defecto por el Gobierno del Departamento”.

⁴⁶ Pues, como se dijo, la vinculación como docente nacional, es decir, la que tiene origen en nombramiento del Gobierno Nacional, no se tiene en cuenta para efectos de la pensión gracia.

⁴⁷ Ejemplo: alguien que empezó como docente oficial de primaria puede sumar los tiempos laborados como docente de secundaria y viceversa, así como aquellos como profesor normalista.

⁴⁸ Artículo 3.

⁴⁹ Artículo 1.



Hasta entonces, no existió una regulación específica en materia de escalafón docente, sino la intención Estatal concretada en leyes de facultades, que se tradujeron finalmente en la expedición del Decreto 1602 de 1936, por medio del cual se creó el “*escalafón nacional del magisterio*”, atendiendo a criterios como condiciones personales, administrativas, docentes, de la enseñanza, examen, años de servicios, años de estudio y grado. Estas disposiciones solo hicieron mención a los docentes de primaria.

Más adelante, con la Ley 97 de 1945, se estableció en el escalafón de los docentes de primaria el derecho a ascender dentro del mismo con cada 4 años de servicio cumplidos, y se dispuso su organización a cargo de una “Junta Central” anexa al Ministerio de Educación. Cabe destacar que el escalafón docente para los “profesores de bachillerato y de escuelas normales, industriales y de comercio” fue creado con la Ley 43 del mismo año, bajo similares condiciones a los de la norma referida.

Con el Decreto 223 de 1972 se establecieron algunas pautas en materia de profesión docente, escalafón y ascenso dentro del mismo, pero debido a presiones sociales, estas no mantuvieron amplia vigencia en el tiempo⁵⁰. Tal dispositivo tuvo la vocación de ser un “estatuto docente” y contempló aspectos inherentes a la educación preescolar⁵¹. Inclusive, su artículo 2º definía la docencia así:

“Artículo 2º. La profesión docente de que trata el presente decreto es el ejercicio del magisterio, del profesorado en establecimiento de enseñanza pre-escolar, primaria y secundaria en sus distintas modalidades, profesional normalista, especial, de adultos y de la administración educativa. Así mismo, es profesión docente la actividad educativa que realiza el personal docente por medio de la televisión y otros medios de comunicación de masas en programas regulares de carácter escolar y oficial y no oficial, en general, en aquellas instituciones que impartan enseñanza sistemática, y de cuya labor los profesionales en educación y administradores docentes deriven los medios de subsistencia”⁵².

⁵⁰. El Movimiento Pedagógico: Una Lucha Social, Política Y Cultural Del Magisterio Colombiano 1982-2002. Morelia del Socorro Cardona Villa. Universidad de Antioquia, Medellín, 2005. Consultado en la Biblioteca Virtual del ente universitario el 21 de marzo de 2018. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/7517/1/MoreliaCardona_2005_movimientopedagogico.pdf.

⁵¹. La Profesión Docente en Colombia: Aproximación Histórica a través de los Estatutos Docentes (1979 -2002). Diana María Franco Vasco. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales -Sede Académica Argentina. 2011. Consultado en el 17 de marzo de 2018. http://tesis.flacso.org/sites/default/files/tesis/Tesis_Franco_Vasco_Diana_Maria.pdf

⁵² Transcripción tomada del siguiente documento: Constitución de Sujeto Maestro en las Prácticas de Resistencia en Colombia entre 1930 y 2013. Un Estudio Arqueológico. Pilar Méndez Rivera, con cooperación de la Universidad Santo Tomás de Aquino y la Universidad Distrital Francisco José de



Como pocas veces en la historia contada hasta ese entonces, el Estado asumía una posición institucional respecto de la educación preescolar, como elemento inherente al Sistema Nacional de Educación⁵³.

Luego vino el Decreto 128 de 1977⁵⁴, cuya extensión temporal también resultó ser bastante reducida, así como lo fue su cobertura y amplitud conceptual del sistema educativo, pues solo contenía "... las normas que reglamenta[ban] el ejercicio de la docencia en los planteles oficiales de enseñanza primaria y secundaria a cargo de la Nación y determinen las condiciones de ingreso y promoción en el escalafón para maestros y profesores de estos niveles de enseñanza..."⁵⁵. En aquella oportunidad no se habló de educación preescolar.

En el artículo 48 de esta preceptiva se fijaron las cualidades exigidas para la inscripción en el escalafón y las condiciones y requisitos para las promociones de los profesionales de la docencia en la enseñanza primaria oficial a cargo de la Nación, así:

Denominación del cargo y categorías:	Título exigido:	Capacitación:	Experiencia:	Otros requisitos necesarios:
Maestro en cuarta categoría	Bachiller normalista			
Maestro en tercera categoría	Bachiller normalista	Un (1) crédito (150 horas – programa)	4 años en cuarta categoría, 2 si se hacen continuos en zona rural	Idoneidad comprobada mediante evaluación del ejercicio docente y de las calidades humanas (personales y sociales) del maestro
Maestro en segunda categoría	Bachiller normalista	dos (2) créditos (300 horas – programa)	4 años en la tercera categoría	Idoneidad comprobada mediante evaluación del ejercicio docente y de las calidades humanas (personales y sociales) del maestro
Maestro en primera	Bachiller	tres (3) créditos (300)	4 años en la segunda	Idoneidad comprobada mediante evaluación del

Caldas. Bogotá, 2004, pág. 204-205.

⁵³ Categoría de la que se hablará más adelante.

⁵⁴ Por el cual se dicta el estatuto del personal docente de enseñanza primaria y secundaria a cargo de la Nación.

⁵⁵ Artículo 2.



Maestro en categoría	normalista	horas – programa)	– categoría	ejercicio docente y de las calidades humanas (personales y sociales) del maestro
Maestro en cuarta categoría especial	Licenciado en ciencias de la educación con especialidad en educación primaria		4 años en la primera categoría	Idoneidad comprobada mediante evaluación del ejercicio docente y de las calidades humanas (personales y sociales) del maestro
Maestro en tercera categoría especial	Licenciado en ciencias de la educación	Un (1) crédito (150 horas – programa)	4 años en la cuarta categoría especial	Idoneidad comprobada mediante evaluación del ejercicio docente y de las calidades humanas (personales y sociales) del maestro
Maestro en segunda categoría especial	Licenciado en ciencias de la educación	dos (2) créditos (300 horas – programa)	4 años en la tercera categoría especial	Idoneidad comprobada mediante evaluación del ejercicio docente y de las calidades humanas (personales y sociales) del maestro
Maestro en primera categoría especial	Licenciado en ciencias de la educación	tres (3) créditos (300 horas – programa)	4 años en la segunda categoría especial	Idoneidad comprobada mediante evaluación del ejercicio docente y de las calidades humanas (personales y sociales) del maestro

Unas capitulaciones parecidas se establecieron frente a los docentes de enseñanza secundaria a cargo de la Nación, en el artículo 49 *ejusdem*.

Apenas un par de años más tarde, se expidió el que podría llamarse el estatuto docente más importante del siglo pasado, esto es, el Decreto 2277 de 1979⁵⁶, que “... establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior...”⁵⁷.

⁵⁶ Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

⁵⁷ Artículo 1.



Por la relevancia para el asunto de la referencia, la Sala considera pertinente ahondar en dicha normativa. Bajo esa directriz, lo primero es indicar que en ella se define la profesión docente de la siguiente forma:

“Artículo 2º.- Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.

Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería 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”.

Cómo puede verse, se trata de una comprensión bastante amplia, que integra toda una serie de actividades directa o indirectamente relacionadas con la enseñanza, sin importar el nivel o el grupo poblacional al que esté dirigida.

Adicionalmente, el artículo 32 fue claro en extender el carácter docente a los cargos directivos que se relacionan a continuación:

- a. Director de escuela o concentración escolar;
- b. Coordinador o prefecto de establecimiento;
- c. Rector de plantel de enseñanza básica secundaria o media;
- d. Jefe o Director de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos;
- e. Supervisor o inspector de educación”.

Al tiempo en que el 35 *ejusdem*, determinó con total vehemencia que los cargos de los demás directivos tienen carácter administrativo.

En armonía con lo anterior, el artículo 5º *ibídem* consagra la vinculación del personal esclafonado con la docencia oficial, en perspectiva con los diversos niveles que conforman el Sistema Educativo Nacional:

“Artículo 5º.- Nombramientos. A partir de la vigencia de este Decreto sólo podrán ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación quienes posean título docente o acrediten estar inscritos en el



Escalafón Nacional Docente, de conformidad con los siguientes requerimientos para cada uno de los niveles del Sistema Educativo Nacional:

Para el Nivel Preescolar: Peritos o expertos en educación, técnicos o tecnólogos en educación con especialización en este nivel, bachilleres pedagógicos, licenciados en ciencias de la educación con especialización o con post-grado en este nivel, o personal escalafonado.

Para el Nivel Básico Primario: Bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, licenciados en ciencias de la educación o con post-grado en este nivel, o personal escalafonado.

Para el Nivel Básico Secundario: Peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, licenciados en ciencias de la educación o con post-grado en este nivel, o personal clasificado como mínimo en el cuarto (4o.) grado de escalafón, con experiencia o formación docente en este nivel.

Para el Nivel Medio: Técnicos o tecnólogos en educación, licenciados en ciencias de la educación, o con post-grado en educación, o personal clasificado como mínimo en el quinto (5o.) grado del escalafón, con experiencia o formación docente en este nivel.

Para el Nivel Intermedio: Licenciados en ciencias de la educación o con post-grado en educación, o personal clasificado como mínimo en el sexto (6o.) grado del escalafón, con experiencia o formación docente en el nivel medio" (Negrillas de la Sala).

Resulta destacable, por decir lo menos, el hecho de que en la citada disposición se reconozca el preescolar como un nivel educativo, que demanda la presencia de docentes calificados y cualificados, bajo una reglamentación que cobija al sector público.

Por otro lado, de ese conjunto normativo se resalta, en materia de escalafón, que se pasó a un sistema unificado de catorce grados⁵⁸, que no distinguió entre los profesores de un nivel u otro⁵⁹, administrado por las distintas Juntas de Escalafón Docente⁶⁰.

La transición hacia este nuevo modelo, recibió el nombre de "asimilación", y tuvo en consideración una serie de equivalencias frente a las reglas anteriores. Así, concretamente, del artículo 71 se mira:

"Artículo 71º.- Asimilaciones de docentes al nuevo escalafón. Los educadores escalafonados en virtud de disposiciones anteriores quedan asimilados al nuevo escalafón en la siguiente forma:

⁵⁸ Artículo 9.

⁵⁹ Primaria, secundaria, preescolar, etcétera.

⁶⁰ Nacional y territoriales. Cfr. artículo 15 y siguientes.



Al grado transitorio A: los escalafonados en 4a. categoría de primaria.

Al grado transitorio B: los escalafonados en 3a. categoría de primaria.

Al grado 1: los escalafonados en 2a. categoría de primaria.

Al grado 2: los escalafonados en 1a. categoría de primaria.

Al grado 3: los educadores sin título de bachiller pedagógico con cinco (5) años de servicio en la 1a. categoría de primaria.

Al grado 4: los educadores sin título de bachiller pedagógico con diez (10) años de servicio en la 1a. categoría de primaria.

Al grado 5:

a. Los educadores sin título de bachiller pedagógico con quince (15) años de servicio en la 1a. categoría de primaria.

b. Los escalafonados en cuarta categoría de secundaria.

Al grado 6: los escalafonados en 3a. categoría de secundaria.

Al grado 7: los escalafonados en 2a. categoría de secundaria.

Al grado 8: los escalafonados en 1a. categoría de secundaria.

Al grado 9: los escalafonados en 4a. categoría especial.

Al grado 10: los escalafonados en 3a. categoría especial.

Al grado 11: los escalafonados en 2a. categoría especial.

Al grado 12: los escalafonados en 1a. categoría especial.

Parágrafo.- Incorporado por el art. 5, Decreto Nacional 085 de 1980, así: El proceso de asimilación de que trata este Decreto quedará suspendido el 30 de junio de 1982. A partir de tal fecha quedarán sin ningún valor los escalafones vigentes con anterioridad a la expedición de este decreto” (Negrillas de la Sala).

Finalmente, en el marco de la Constitución Política de 1991⁶¹, se promulgó la Ley 115 de 1994⁶², que reguló de forma amplia la

⁶¹ Cabe decir que el artículo 67 de la Carta Política refiere, en materia de educación, lo siguiente: “ARTICULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. || La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. || El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. || La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. || Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el



educación en Colombia. También vio la luz el Decreto 1278 de 2002⁶³, que impuso un nuevo modelo “... *para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma*”⁶⁴.

Cabe decir que este último no derogó el Decreto 2277 de 1979. Lo que significa que los docentes vinculados al régimen de carrera anterior, siguieron rigiéndose por el mismo, en tanto la nueva disposición⁶⁵ solo aplica para los que hicieron lo propio en su vigencia. Esto quiere decir que, en la actualidad, coexisten los dos regímenes.

Luego del anterior recuento normativo, se puede afirmar, en retrospectiva, lo siguiente:

- La labor docente fue regulada de forma apenas incipiente durante buena parte del siglo pasado, y tomando como punto de concentración el servicio de enseñanza primaria y secundaria.
- Solo hasta la expedición del Decreto 2277 de 1979 se cohesiona verdaderamente la docencia oficial con el nivel de educación preescolar, a partir de un concepto amplio⁶⁶ que cobija, inclusive, a quienes ejercen determinadas funciones directivas⁶⁷.
- Las condiciones de ingreso y ascenso en el escalafón docente han variado en el tiempo. No obstante, tales reformas –especialmente las últimas– se han aparejado de un sistema de equivalencias⁶⁸ entre los grados de un modelo y otro.

cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. || La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”.

⁶² Por la cual se expide la Ley General de Educación, Modificada Parcialmente por la Ley 1874 de 2017.

⁶³ Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

⁶⁴ Artículo 2.

⁶⁵ Frente a la cual la Sala no ahondará por cuanto los pormenores del asunto de la referencia remontan a su aplicación.

⁶⁶ Artículo 2.

⁶⁷ Artículo 32.

⁶⁸ Asimilación.



2.8. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN GRACIA A PARTIR DE LA CALIDAD DOCENTE

Tal y como se expuso en el capítulo "2.6."⁶⁹ del presente proveído, la pensión gracia, por definición puramente legal, tiene como beneficiarios⁷⁰ a (i) los maestros de escuelas primarias oficiales⁷¹, (ii) a los empleados⁷² y profesores de escuelas normales, (iii) a los inspectores de instrucción pública⁷³ y (iv) a los maestros de secundaria.

Se trata de una comprensión literal supeditada al marco normativo definido en las leyes Ley 114 de 1913⁷⁴, Ley 37 de 1933⁷⁵ y Ley 37 de 1933⁷⁶, que obedecieron a un contexto histórico específico, en el que la prestación del servicio educativo a cargo del Estado se circunscribía a unos ámbitos orgánicos y funcionales específicos, que tenían como eje al personal enunciado en el párrafo anterior.

Sin embargo, la evolución del derecho, de las instituciones, de la sociedad y de la enseñanza misma ha tornado insuficiente la delimitación efectuada en la referida legislación pensional. Y ello no significa que por vía de interpretación se pueda ampliar el espectro de beneficiarios de la mentada prerrogativa pensional; lo que ocurre es que los conjuntos a los que apuntó el legislador de principios del siglo XX tienen que ser dotados de contenido a partir de la realidad cambiante, muchas veces definida en normas posteriores.

⁶⁹ Titulado "LA PENSIÓN GRACIA".

⁷⁰ Cabe acotar que las categorías de beneficiarios aquí referidos se agrupan bajo el rótulo de "personal docente", que, según se explicará más adelante, a partir de la expedición del Decreto 2277 de 1979 puede ser docente de enseñanza o docente directivo.

⁷¹ Pues, como se dijo, la pensión gracia no aplica para los docentes del sector privado.

⁷² Cabe aclarar que en sentencia de unificación proferida el 15 de julio de 2004 por la Sección Segunda del Consejo de Estado (C. P. Tarsicio Cáceres Toro, rad. 15001-23-31-000-2000-00053-01, actor: José Laureano Galvis Infante) se explicó que la palabra "empleado" a la que aquí se alude no comprende al personal administrativo de las respectivas instituciones de enseñanza pública, sino al personal docente.

⁷³ En relación con esta figura, resulta útil acudir a lo expresado en los artículos 7º y 8º de la Ley 39 de 1903: "Art. 7º Los Gobiernos departamentales quedan facultados para establecer las Inspecciones Provinciales de Instrucción Pública y nombrar los empleados que deban desempeñarlas, y en este caso serán de cargo del Tesoro de los Departamentos las erogaciones que demande este servicio. Art. 8º Habrá en cada Municipio de la República un Inspector local nombrado por los Inspectores Provinciales donde tales empleados existieren, o en su defecto por el Gobierno del Departamento".

⁷⁴ Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.

⁷⁵ Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados.

⁷⁶ Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados.



El ejemplo más claro de esa deconstrucción⁷⁷ lo ofrece el caso de los directivos docentes a los que alude el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979⁷⁸ –aunque con la misma lógica pueden mencionarse los supuestos del artículo 2º *ejusdem*–. En tal sentido, resulta ilustrativo lo señalado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de julio de 2008⁷⁹, así:

“Cabe entonces precisar quiénes tienen la calidad de docente, para así determinar quiénes pueden acceder al beneficio pensional de gracia. En ese orden, debemos acudir a los postulados del Estatuto Docente, contenido en el Decreto 2277 de 1979, el cual conceptuó y definió los alcances de la profesión docente en su artículo 2º (...). Adicionalmente y con el mismo propósito de establecer el carácter docente, el artículo 32 del mismo cuerpo normativo estableció (...).

(...)

Lo anterior significa que aquellos empleados del sector educativo, que no cumplan con la labor de enseñanza, no ejerzan funciones de dirección y coordinación de planteles educativos; de supervisión e inspección, de programación capacitación, de consejería y orientación educativa, ni estén dentro del listado de cargos directivos de que trata el artículo 32 citado, no pueden ser catalogados como docentes y, por ende, no podrán ser sujetos del reconocimiento de la pensión gracia. En tales condiciones, su carácter será el de los cargos administrativos, y sus titulares se regirán por las normas aplicables a los demás empleados públicos, así como lo señala el artículo 35 del Estatuto Docente.

Por ello cuando la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados de las Escuelas Normales, dicha referencia debe entenderse a todos aquellos empleados que cumplan funciones inherentes al carácter docente, y no a todos los empleados que trabajen en el sector educativo, como equivocadamente lo anota la parte demandante”.

Este pronunciamiento fue reiterado por la misma Sección, entre otras⁸⁰, en sentencia de 23 de junio de 2016⁸¹. Allí se dijo que “... *el personal directivo de carácter docente en los términos del Decreto Ley 2277 de 1979, tiene derecho a acceder al beneficio de pensión gracia, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos legales para tal beneficio*”.

⁷⁷ Entendida como el “Desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades”.

⁷⁸ Citado párrafos atrás.

⁷⁹ Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, rad. 15001-23-31-000-2004-02010-01, actora. Maria Hilia Alarcón De Cáceres.

⁸⁰ Cfr. Subsección “A”, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad. 05001-23-31-000-2011-00087-01, actora: Cecilia Del Socorro Vélez Márquez.

⁸¹ Subsección “A”, C. P. Gabriel Valbuena Hernández, rad. 73001-23-33-000-2012-00147-01, actor: Gladys Amparo Hartman Cañón.



De hecho, sigue siendo esa la concepción reinante en el órgano de cierre en la materia, pues, en sentencia de 15 de septiembre de 2016⁸² expone con total solvencia argumentativa que el criterio legal inexorable para la definición de la calidad docente, que permite el cómputo de tiempos laborados para el reconocimiento de la pensión gracia, es el que deriva de la lectura armónica de los artículos 2º y 32 del Decreto 2277 de 1976.

Luego entonces, como bien lo ha dicho la Corporación:

“el concepto de educador abarca el ejercicio de la enseñanza, las funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de primaria o secundaria⁸³, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación, e incluye dentro de su imperio a profesores normales e instructores públicos, directores, coordinadores, rectores, y directores de planteles educativos e inspectores de educación; sin que se tienda a expandir su marco interpretativo, desde instituciones ajenas a la ley” (Con negrillas en el texto original).

Por otro lado, este marco conceptual debe ser acompasado con el ámbito espacial del ejercicio docente al que se refiere dicho estatuto, de manera que se pueda distinguir entre (i) el Sistema Educativo Nacional y el (ii) Sector Educativo Nacional, como referentes del servicio computable para la pensión gracia; estudio que no reviste mayor novedad en el seno del Consejo de Estado⁸⁴.

No puede perderse de vista que, tal y como se explicó en el capítulo anterior, el Estatuto Docente contenido en el Decreto 2277 de 1979 pretende regular las “... *condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional*...”⁸⁵ (Énfasis de la Sala).

De igual forma, se insiste en que el artículo 5º de esa preceptiva se refiere a los requerimientos que deben poseer o acreditar los docentes

⁸² Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad. 25000-23-42-000-2013-06310-01, actora: Carmen Alicia Rodríguez González.

⁸³ Artículo 71 Decreto 2277 de 1979

⁸⁴ Cfr. sentencias de 26 de mayo de 1995, C. P. Tarcicio Cáceres Toro, exp. 27360; 24 de octubre de 1996, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, exp. 12590; y 24 de enero de 2008, Subsección “A”, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad. 25000-23-25-000-2004-90767-01, actora: Ana Cecilia Morales Leguizamón

⁸⁵ Artículo 1.



que aspiren ser nombrados en planteles oficiales de educación “...
para cada uno de los niveles del Sistema Educativo Nacional...”
(Énfasis de la Sala).

En contraste con lo anterior, del **Sector Educativo Nacional**, solo se alude en el artículo 35 del citado decreto, que a la letra ora:

“Artículo 35º.- Cargos administrativos. Los cargos directivos de la educación oficial no previstos en el artículo 32, tiene carácter administrativo y sus titulares se regirán por las normas aplicables a los demás empleados públicos.

Incorporado por el art. 4, Decreto Nacional 085 de 1980, así: Por las mismas normas se regirá el personal docente comisionado **para ejercer cargos administrativos en el sector educativo**” (Énfasis de la Sala).

No se trata de una distinción menor, pues la diferencia entre uno y otro conjunto obedece a lógicas perfectamente escindibles. Así, mientras el primero desarrolla el ámbito funcional de los grados en que se divide el modelo educativo; el otro, denota la construcción organicista que para efectos de la administración del servicio de educación se acoge en el plano institucional.

Para entender esta afirmación resulta conveniente acudir a los lineamientos fijados por el Decreto 088 de 1976⁸⁶, que además de ser una norma precedente al mentado Estatuto Docente, se le aproxima bastante en el tiempo.

En su primera parte define conceptos fundamentales y la organización por niveles del **Sistema Educativo Nacional**. Se explica que en él se inscriben tanto la educación formal como la no formal⁸⁷. Así mismo, se precisa que en la primera de ellas comprende:

- “a) Educación pre-escolar;
- b) Educación básica (primaria y secundaria);
- c) Educación media e intermedia;
- d) Educación superior”

Esto, claramente coincide con la discriminación por niveles del **Sistema Educativo Nacional** que se efectúa en el artículo 5^{o88} del Decreto 2277 de 1979.

⁸⁶ Por el cual se reestructura el sistema educativo y se reorganiza el Ministerio de Educación Nacional.

⁸⁷ Artículo 3.

⁸⁸ Citado en líneas previas.



Como dato de interés para la Sala, y a modo de paréntesis, se pone de relieve que, de acuerdo con lo prefijado por el artículo 6° de este Decreto 088 de 1976, *“Se llamará educación pre-escolar la que se refiera a los niños menores de seis (6) años. Tendrá como objetivos especiales promover y estimular el desarrollo físico, afectivo y espiritual del niño, su integración social, su percepción sensible y el aprestamiento para las actividades escolares, en acción coordinada con los padres de familia y la comunidad”*.

Ahora bien, en cuanto concierne al **Sector Educativo Nacional**, la segunda parte del Decreto 088 estipula lo siguiente:

“Artículo 15. El sector educativo de la Nación estará constituido por el Ministerio de Educación Nacional y por los siguientes establecimientos públicos que le está [sic] adscritos:

- a) Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE;
- b) Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES;
- c) Instituto Colombiano de Crédito educativo y estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX;
- d) Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, COLDEPORTES;
- e) Instituto Colombiano de Cultura, COLCULTURA;
- f) Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales “Francisco José de Caldas”, COLCIENCIAS;
- g) Instituto Universitario Surcolombiano, ITUSCO;
- h) Instituto Caro y Cuervo;
- i) Colegio Boyacá;
- j) Instituto Colombiano de Cultura Hispánica;
- k) Instituto Nacional de Ciegos, INCI;
- l) Instituto Nacional de Sordos, INSOR;
- m) Las Universidades Nacionales⁸⁹.

Cabe mencionar que allí también se determinó la estructura que, para entonces, debía tener el Ministerio de Educación Nacional, dentro de la cual se configuraron varias divisiones, como la “Educación Pre-escolar y Educación Especial”⁹⁰, encargadas de asesorar a las secretarías de educación en la administración y supervisión de este nivel educativo⁹¹; diseñar y elaborar el respectivo currículo en colaboración con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar–ICBF⁹²; así como determinar y elaborar sus programas de educación⁹³.

⁸⁹ Artículo 15.

⁹⁰ Artículo 17.

⁹¹ Artículo 31, literal d).

⁹² Artículo 33, literal d).

⁹³ Artículo 34, literal a).



En ese orden de ideas, la vinculación que se debe mirar para efectos del reconocimiento de la pensión gracia es la que atañe al Sistema Educativo Nacional, y no la que incumbe al Sector Educativo Nacional.

Esto tiene implicaciones significativas, en la medida en que no hace falta que la profesión docente se despliegue en un establecimiento del orden territorial que tenga línea directa con el Ministerio de Educación Nacional, pues basta que ella tenga lugar en una entidad pública que preste el servicio de educación (i) preescolar, (ii) básico primario, (iii) básico secundario, (iv) medio e (v) intermedio.

Mírese además que, según lo impone el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, *“Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, [intendencial, comisarial] y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto”*.

Ello significa que, por ejemplo, incluso el tiempo como docente en una escuela primaria dependiente de una empresa distrital de telecomunicaciones, o de un ente de control, siempre que se satisfagan las demás exigencias legales, bien podría computarse para efectos de lograr el beneficio pensional en cuestión.

Esta misma línea argumental ha sido defendida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiteradas oportunidades. Basta remitirse a las sentencias de 26 de mayo de 1995⁹⁴, 24 de octubre de 1996⁹⁵ y 24 de enero de 2008⁹⁶ para corroborarlo. En esta última providencia, se reconoció la referida calidad docente –y a partir de ella la pensión gracia– a una educadora que laboró en colegios que dependían de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB)⁹⁷.

En síntesis, las glosas más importantes en torno al reconocimiento de la pensión gracia a partir de la interpretación legal de la calidad docente son las siguientes:

⁹⁴ C. P. Tarcicio Cáceres Toro, exp. 27360.

⁹⁵ C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, exp. 12590.

⁹⁶ Subsección “A”, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad. 25000-23-25-000-2004-90767-01, actora: Ana Cecilia Morales Leguizamón.

⁹⁷ Establecimiento público del orden distrital hasta antes de la Ley 142 de 1994.



- Los educadores que se encuentren en alguna de las situaciones señaladas, de manera restrictiva, en los artículos 2º y 32 del Decreto 2277 de 1979⁹⁸ tienen la calidad docente que les permite computar los tiempos de servicio para el reconocimiento de la pensión gracia.
- Es válida, para estos efectos, la actividad docente realizada en cualquier entidad pública del orden territorial⁹⁹ que pertenezca al **Sistema Educativo Nacional**, es decir, aquella que preste el servicio de educación (i) preescolar, (ii) básico primario, (iii) básico secundario, (iv) medio e (v) intermedio; sin consideración a su relación con el **Sector Educativo Nacional**.

2.9. CASO CONCRETO

Para no redundar en aspectos reseñados en el acápite de antecedentes, es lo primero señalar que la discusión que subyace al trámite tutelar se conecta directamente con la posibilidad de que el tiempo laborado por la actora hasta el 31 de diciembre de 1980 le sea computado para el reconocimiento de la pensión gracia. Ello, con base en su vinculación al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, en los cargos de Auxiliar de Servicios Generales II y III, entre los años 1978 y 1983.

Dentro de ese contexto, la Sala confrontará la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, con los defectos endilgados por la parte tutelante, tal y como a continuación se sigue:

2.9.1. LA PROVIDENCIA JUDICIAL ENJUICIADA

El asunto de marras fue resuelto por el Tribunal, así:

“Caso concreto

Así las cosas, en aras a verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos y en atención al material probatorio traído al plenario, se destaca:

⁹⁸ Citado en párrafos atrás.

⁹⁹ Recuérdese que, según se explicó en el capítulo “2.6.” de esta providencia, para la pensión gracia no se toman en cuenta los tiempos laborados como docente oficial al servicio de la Nación (personal nacional), pues este benefició quedó reducido al personal docente nacionalizado y territorial, en los términos del artículo 1º de la Ley 91 de 1989.



- a) La actora nació el 25 de febrero de 1954, es decir, cumplió 50 años de edad el 25 de febrero de 2004 (f. 55).
- b) Respuesta derecho de petición del 24 de octubre de 2013, por parte del Área de Talento Humano de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en la que consta que la señora María del Pilar Moreno Martínez, se vinculó al entonces Departamento Administrativo de Bienestar Social, inicialmente a través de contrato de prestación de servicios (contrato 008 del 9 de febrero de 1978 y 073 del 7 de febrero de 1980) y posteriormente en nombramiento en propiedad en el cargo de auxiliar de servicios generales desempeñándose como docente en el programa de jardines infantiles desde el 9 de febrero de 1978 al 4 de septiembre de 1983 (folio 6).
- c) Resolución No RDP 033554 del 24 de julio de 2013, mediante el cual la Unidad administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la señora Maria del Pilar Moreno Martínez (folios 7 y 8).
- d) Resolución No RDP 039628 del 28 de agosto de 2013, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social resolvió un recurso de reposición en contra de la Resolución No RDP 03500, decidiendo confirmarla en todas sus partes (folios 63 a 65).
- e) Resolución No RDP 042314 del 12 de septiembre de 2013, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, decidió un recurso de apelación en contra de la Resolución No RDP 033554, decidiendo confirmarla en todas sus partes (folios 63 a 65).
- f) Certificado único para expedición de certificado de historia laboral en el que consta que la señora María del Pilar Moreno Martínez labora para la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 15 de marzo de 1990 y hasta la fecha de dicho certificado esto es, el 11 de marzo de 2014, no figura la desvinculación (folios 167 y 168).

Dentro del plenario consta que la señora Moreno Martínez, prestó sus servicios desde el 9 de febrero de 1978 al 4 de septiembre de 1983 al entonces Departamento Administrativo de Bienestar Social, hoy Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá y del 15 de marzo de 1990, hasta el 12 de abril de 2012, en la Secretaría de Educación de Bogotá como docente.

Del análisis del acervo probatorio en especial de la Resolución No RDP 033554 del 24 de Julio de 2013, se observa que los tiempos laborados desde el 09 de febrero de 1978 hasta el 03 de septiembre de 1983, no fueron tenidos en cuenta para el computo de los tiempos de servicios para el reconocimiento de la pensión gracia, toda vez que la interesada durante dicho periodo laboró como Auxiliar de Servicios Generales III y no como docente con una vinculación Departamental, Distrital, Municipal y/o nacionalizado.

Al respecto considera la Sala que le asiste razón a la entidad accionada al negar el periodo de tiempo comprendido entre el 19 de febrero de 1978 al 03 de septiembre de 1983, para efectos del cómputo de la pensión gracia, por cuanto



en ese interregno de tiempo la demandante desempeñó el cargo de Auxiliar de servicios Generales III y no de docente.

Si bien dentro del plenario existen varias certificaciones en las que consta que las funciones desempeñadas por la señora María del Pilar Moreno, con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, tiene el carácter de cargo docente, la Sala considera que el listado de funciones ejercidas no coincide con las funciones, ni cargo de un docente.

Lo anterior por cuanto el tiempo acreditado anterior al 31 de diciembre de 1980 consecuencia de la celebración de dos contratos el N° 008 y 073 en los que se certificó las siguientes funciones:

«mediante contrato individual de trabajo No. 008 del 9 de febrero de 1978 y hasta el 31 de diciembre de 1978 prestó sus servicios como Auxiliar de Servicios Generales II adscrita al Programa de Jardines Infantiles - Centros de Atención Integral al Preescolar CAIP, con el siguiente objeto:

1. ***"Procurar la educación integral del niño y colaborar activamente para que haya en todo momento ambiente de trabajo, comprensión y respeto.***
2. ***Atender a la educación y vigilancia de los niños de acuerdo con la orientación de la Directora y turnos indicados por el horario.***
3. ***Colaborar con la Directora y demás personal del Jardín Infantil en la preparación del material didáctico y el planeamiento de las actividades docentes y culturales.***
4. ***Cumplir con el horario establecido y llevar un registro de asistencia de los niños que le fueren asignados.***
5. ***Cumplir las demás funciones que le asigne la Directora del Jardín o la persona encargada del mismo.***
6. ***Aceptar la dirección, orientación y supervisión que le impartan el Jefe de Jardines Infantiles, las Subdirecciones y la Dirección del DABS y cumplir las órdenes que estos le den."***

Que suscribió el contrato individual de trabajo No. 073 del 1° de enero de 1979 hasta el 4 de mayo de 1980 con el objeto de prestar sus servicios y toda su capacidad de trabajo personal en forma exclusiva en el desempeño de las funciones como Auxiliar de Servicios Generales II asignada a la División de Jardines Infantiles.

Que mediante Decreto 387 de marzo 28 de 1980 fue nombrada en periodo de prueba para desempeñar el cargo Auxiliar de Servicios Generales III Grado 3 División de Jardines Infantiles, y que mediante Decreto 1491 de agosto 29 de 1983, fue aceptada la renuncia presentada al cargo Auxiliar de Servicios Generales III Grado 3 División de Jardines Infantiles, a partir del 4 de septiembre de 1983».

Así las cosas, del estudio detallado de las funciones ejercidas por la actora se evidencia el cumplimiento de unas actividades administrativas en el área de División de Jardines Infantiles y una colaboración en la preparación de materiales didácticos y en el ambiente de trabajo estudiantil, pero no, funciones propiamente desempeñadas por un docente en cuanto a la enseñanza en educación primaria o secundaria, con anterioridad al año 1980, que es uno de los requisitos sine qua non para que proceda el reconocimiento de una pensión gracia.



En reciente providencia proferida por el Consejo de Estado¹⁰⁰, se estudió un caso similar al controvertido en esta demanda con un servidor público del entonces Departamento Administrativo de Bienestar Social, en el siguiente sentido:

[En esta parte se cita *in extenso* la providencia de la Sección Segunda, Subsección "B", C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 15 de septiembre de 2016 rad. 25000-23-42-000-2013-06310-01].

En razón a lo expuesto, la Sala considera que **no cualquier función que tenga relación con el cuidado de menores, ya sea en la preparación de sus elementos didácticos, planteamientos de actividades, colaboración en el ambiente de estudio, debe catalogarse dentro del concepto de educador**, sino que deben existir funciones propias de la enseñanza, en una actividad en la que se transmita conocimientos a un alumno.

Además en el plenario solo se constató que la demandante laboró en el área de jardín infantil y **para efectos del reconocimiento de la pensión gracia se exige que el maestro hubiese laborado en escuelas primarias oficiales, centros de enseñanza secundaria, de instrucción pública y normalista, situación que tampoco se acreditó con anterioridad al año 1980.**

En este orden de ideas, y atendiendo que **la demandante no acreditó la calidad de docente con anterioridad al 31 de diciembre de 1980**, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda y en su lugar de negarán las pretensiones¹⁰¹ (Énfasis de la Sala).

2.9.2. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Cabe recordar que en este título se inserta la censura del tutelante en torno la presunta omisión del Tribunal frente a uno de los memoriales presentados por el tutelante, y que frente a este reparo la tutela es improcedente por las razones explicadas en el acápite "2.5"¹⁰² del presente proveído.

Al presente capítulo también concierne el reparo que funda el tutelante en el hecho de no aplicarse la excepción de inconstitucionalidad que permitiera el reconocimiento de la pensión gracia, que considera un derecho adquirido, en un plano de "justicia, derecho y equidad", como componentes de la garantía de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

¹⁰⁰ "Sentencia del quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06310-01 (3633-14)".

¹⁰¹ Folios 324vto-327 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁰² Titulado "ANÁLISIS DE PROCEDENCIA ADJETIVA".



Sobre el particular, es menester precisar que, de la forma en la que fue planteada tal inconformidad, no resulta posible para la Sala advertir la configuración de la causal especial de procedencia denominada “violación directa de la Constitución”.

Y esto es así porque a pesar de que el libelista plantea la presunta necesidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, que no es otra cosa que dar prevalencia a la Constitución frente a normas de inferior jerarquía, no desarrolla su aserto.

Se debe tener presente que la Corte Constitucional ha sido plétórica en cuanto señala la necesidad de *“[q]ue la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados”*¹⁰³.

Por su parte, la Sala ha dicho que *“... la necesidad e idoneidad de exigir tal carga, cuando se promueven acciones de tutela contra providencias judiciales, radica en el hecho de buscar la preservación de la seguridad jurídica y respetar la independencia de los funcionarios que administran justicia, que la propia Constitución”*¹⁰⁴.

Bajo esa égida, es claro que el reproche, en cuanto se sostiene en la mencionada excepción de inconstitucionalidad debe ser despachado negativamente, porque no se sustentó con suficiencia, en la medida que el actor se limitó a afirmar que debía aplicarse la excepción sin explicar los motivos para ello.

Ahora bien, queda por resolver lo concerniente a la violación directa de la Constitución por transgresión del principio de confianza legítima. Empero, comoquiera que, por la forma en la que fue edificado ese cargo, este presenta una relación inescindible con la falta de valoración de la Resolución No. 23667 del 30 de junio de 1982 de la Junta Seccional de Escalafón Docente de Bogotá, que asimiló a la actora en el escalafón docente, su prosperidad quedará supeditada al estudio que sobre este punto se desarrollará en cuanto al defecto fáctico.

Algo similar ocurre con la presunta conculcación de los principios de la función administrativa y de mérito, toda vez que se sustenta en que

¹⁰³ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁴ C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 6 de septiembre de 2017, rad. 11001-03-15-000-2017-01710-00, actor: Ricardo Duarte Argüello.



para el cargo de Auxiliar de Servicios Generales III, la actora participó de un concurso, y tuvo que acreditar la constancia de escalafón docente, por ser considerado el cargo como de “personal docente”, según se prueba, a juicio de la parte actora, con los documentos obrantes en el plenario. De ahí que, nuevamente, la aptitud de este señalamiento depende de que las aludidas circunstancias permitan demostrar la calidad docente de la señora **MARÍA DEL PILAR MORENO MARTÍNEZ**, en las postrimerías de los años 70.

2.9.3. DEFECTO FÁCTICO

En relación con el defecto fáctico, en providencia de 12 de noviembre de 2015¹⁰⁵, esta Sección precisó los elementos que deben acompañar la formulación de un cargo relacionado con un yerro de esta naturaleza para que pueda tener vocación de prosperidad. En el mencionado precedente, acompañado de un estudio pormenorizado de la técnica que habilita al juez constitucional para adentrarse en una de tales controversias, se concluyó:

“Como se ve, en todos los eventos reseñados corresponde al solicitante señalar con precisión el cargo que plantea y brindar al juez constitucional todos los elementos que acrediten, además de la configuración del defecto, su incidencia en la decisión judicial”¹⁰⁶. Ello es así, porque tratándose de tutelas contra providencia judicial, surge para la parte interesada el deber de asumir una carga argumentativa considerable para lograr la prosperidad de su cargo, comoquiera que cuando el recurso de amparo se utiliza para censurar el contenido de una decisión judicial, la cual goza de doble presunción de legalidad y acierto, básicamente se desconocen principios de alto valor para la comunidad en general como el de la seguridad jurídica que se deriva de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Constitución Política y la cosa juzgada, los cuales en algún momento dieron certeza a la providencia cuestionada, que el asunto sometido a consideración del Estado había sido resuelto”.

En consecuencia, cuando la parte interesada alegue la existencia del defecto aquí señalado, pero no cumpla con la carga argumentativa necesaria, para

¹⁰⁵ Sección Quinta, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez B., rad. 11001-03-15-000-2015-01471-01.

¹⁰⁶ Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-261 de 2013, expresó: “...4.1. La admisión del defecto fáctico como causal de procedencia material de la tutela contra providencias judiciales busca garantizar que estas decisiones se ajusten objetivamente al material probatorio recaudado en el proceso judicial que las antecede.//Así, sobre la base de que la autonomía y la discrecionalidad del juez no lo eximen de resolver el asunto sometido a su consideración a partir de la valoración ponderada de las pruebas obrantes en el expediente, la Corte Constitucional ha considerado que se estructura un defecto fáctico en los siguientes eventos: i) cuando el juez deniega, sin justificación, la práctica de una prueba; ii) cuando deja de valorar una existente y iii) cuando la valora de manera caprichosa o arbitraria. **En todos esos casos, el interesado tiene la carga de demostrar que la prueba que no se decretó, no se valoró o se evaluó irrazonablemente era definitiva para la solución del proceso...**” (Negritas fuera del texto).



que el juez constitucional considere como ciertos sus argumentos, el cargo no estará llamado a prosperar” (Énfasis de la Sala).

En el presente asunto se satisfacen tales exigencias, pues la parte tutelante expresó de forma clara y suficiente cuáles fueron los elementos de prueba¹⁰⁷ que no fueron valorados en la forma debida por el Tribunal cuestionado, las cuales tienen que ver con el reconocimiento de la calidad docente de la actora entre 1978 y 1983 y la computabilidad de los tiempos servidos en ese lapso para la pensión gracia.

Pues bien, las pruebas a las que se refiere el libelista son las siguientes:

- La Resolución No. 23667 del 30 de junio de 1982 de la Junta Seccional de Escalafón Docente de Bogotá, y los supuestos de hecho y de derecho que a ella subyacen, los cuales, en aplicación del régimen de carrera docente, suponen su asimilación al **grado “B”** con el cumplimiento de los requisitos legales desde 1975, que abarcaron su vinculación como Auxiliar de Servicios Generales II y III en el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital.
- Los documentos obrantes en el plenario que dan fe de que para acceder a dichos cargos tuvo que superar concursos y acreditar la pertenencia al escalafón docente.
- Los distintos certificados del Departamento Administrativo de Bienestar Social y otras autoridades del orden distrital –a las que se refirió de forma precisa y entre las que se cuenta el propio jardín infantil al que prestó sus servicios–, así como con los respectivos contratos de trabajo, nombramientos y documentos privados que daban cuenta de su situación como educadora desde antes del 1º de enero de 1981.
- la Resolución 24245 del 10 de noviembre de 2006 por medio de la cual la Junta de Escalafón Docente de Bogotá la asciende al grado 14 dentro del mismo en la que, según dice, se tiene en cuenta como experiencia docente la conseguida con las referidas vinculaciones dadas entre 1978 y 1983.

¹⁰⁷ No cualquiera, sino aquellos que tendrían relevancia para sacar avantes sus pretensiones.



Dicho esto, procede la Sala a examinar uno a uno los elementos antes relacionados, desde la perspectiva del yerro endilgado por la peticionaria, frente a lo cual, ha de destacarse, que revisado con todo el rigor del caso el expediente de nulidad y restablecimiento, todos estos elementos no solo obran en dicho plenario, sino que, además, fueron objeto de todo tipo de menciones y análisis de la parte que hoy funge como tutelante, quien los aportó al mismo.

(i) La Resolución No. 23667 del 30 de junio de 1982 de la Junta Seccional de Escalafón Docente de Bogotá

Tanto este documento con el edicto mediante el cual se publica obran en los folios 44 y 45 del expediente contencioso. A pesar de ello, según se vio de la transcripción efectuada en el capítulo "2.9.1."¹⁰⁸ del presente proveído, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no la tuvo en cuenta, pues, no la relacionó entre las pruebas que fundaron su decisión, ni tampoco hizo alusión a ella de manera directa o indirecta, a pesar de que de ella derivan elementos cardinales para los intereses de la señora **MORENO MARTÍNEZ** como se verá. Del primero de tales documentos se lee:

"MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL JUNTA SECCIONAL DE ESCALAFON

Resolución No. 023667

Por la cual se asimila en el Escalafón Nacional a un Educador:

LA JUNTA SECCIONAL DE ESCALAFON NAL. ANTE EL D. E. DE BOGOTA, en uso de las facultades que le confiere el artículo 19 del Decreto Extraordinario 2277 de Septiembre 14 de 1.979, y en concordancia con sus disposiciones reglamentarias:

CONSIDERANDO

Que de conformidad con las disposiciones pertinentes y en especial los artículos 19 y 20 del **Decreto Extraordinario 2277 de 1979**, corresponde a la Junta Seccional de Escalafón el estudio, tramitación y decisión de tales solicitudes de asimilación al Escalafón Nacional de los Educadores Oficiales y no oficiales del país.

Que el educador que a continuación se relaciona, **cumplió con los requisitos para llevar a cabo la asimilación a que tiene derecho en el Escalafón Nacional de acuerdo a las normas ya citadas.**

¹⁰⁸ Titulado "LA PROVIDENCIA JUDICIAL ENJUICIADA".



RESUELVE:

PRIMERO. - Asimilase en el Escalafón Nacional al siguiente Educador:

GRADO: B (BE.)

NOMBRE: MORENO MARTÍNEZ MARÍA DEL PILAR C.C. No.: (...) de (...)
TÍTULO: BACHILLER. ESTUDIOS APROBADOS: SEIS (6) AÑOS
SECUNDARIOS. ESPECIALIDAD: _____ EXPERIENCIA
ACREDITADA _____ FECHA TENIDA EN CUENTA PARA EL
SIGUIENTE ASCENSO: TREINTA (30) DE NOVIEMBRE DE MIL
NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO (1975).

(...)

Dada en BOGOTA D.E., a los 4 NOV 1982 ..." (Negritas de la Sala).

Contrario a lo que sugiere la actora, de esta Resolución no se puede apreciar que expresamente la Junta de Escalafón le haya tenido en cuenta la calidad de Auxiliar de Servicios Generales II y III en el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, para todos los efectos legales, incluido su escalafonamiento.

No obstante, la actora sí tiene razón cuando alude a los supuestos de hecho y de derecho que subyacen a dicho acto administrativo, los cuales, en aplicación del régimen de carrera docente, suponen su asimilación al **grado "B"**.

Recuérdese que, según fue explicado en el capítulo "2.7."¹⁰⁹ de esta sentencia, de conformidad con el artículo 71 del Decreto 2277 de 1979¹¹⁰ se asimilarán al **grado "B"**, los educadores que en virtud de disposiciones anteriores estuvieran escalafonados en la **3a. categoría de primaria**.

Así mismo debe tenerse presente que la disposición que rigió esta figura con anterioridad fue el Decreto 128 de 1977, en cuyo artículo 48 se consignó que para ser maestro de **3a. categoría de primaria** había que acreditar 4 años de experiencia en categoría cuarta (o "2 si se hacen continuos en zona rural").

Esto quiere decir que según la Junta de Escalafón Seccional de Bogotá —autoridad competente para reconocer la calidad docente—,

¹⁰⁹ Titulado "CALIDAD DE DOCENTE OFICIAL".

¹¹⁰ Vigente al momento de la expedición de la Resolución en comento



para el 4 de noviembre de 1982¹¹¹, fecha de la referida resolución de asimilación, la señora **MORENO MARTÍNEZ** podría tener 4 años de experiencia como una educadora que habría prestado sus servicios a la educación primaria del país.

Esto resulta ser altamente significativo, pues, sugiere, por decir lo menos, que la actora pudo haber tenido con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 la calidad docente que se demanda para la pensión gracia.

Es de aclarar que no corresponde al juez de tutela definir el alcance probatorio de esta circunstancia, pues el único habilitado jurídicamente para ello es el juez natural, en este caso, el Tribunal censurado, razón por la cual se concluye a partir de lo explicado en párrafos anteriores que existe un defecto fáctico, pero por el hecho de que el contencioso omitió evaluar la resolución que asimiló a la actora en el escalafón docente, a pesar de su potencial incidencia en el fallo de nulidad y restablecimiento.

(ii) Los documentos obrantes en el plenario que dan fe de que para acceder a dichos cargos tuvo que superar concursos y acreditar la pertenencia al escalafón docente

Se refiere el libelista a la página 34 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, que corresponde a la comunicación enviada por el Departamento de Bienestar Social a la señora **MARÍA DEL PILAR MORENO MARTÍNEZ**, respecto de su nombramiento en el cargo de Auxiliar General de Servicios Generales III, que da cuenta de los siguientes datos de interés, visible en ambas caras de dicho folio:

“Bogotá, 7 de abril de 1980

Señor(a)
MARÍA DEL PILAR MORENO MARTINEZ
Ciudad

Atentamente comunicó a usted que mediante Decreto No. 387 de fecha 28 de marzo de 1980 ha sido nombrado en propiedad en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales III del Programa Asistencia y Prevención 145209 (...).

Acta de Concurso No. 31 del 14 de noviembre de 1979.
Cordialmente,

¹¹¹ Fecha de la mentada Resolución.



(...)
Jefe División de Personal

Tomó Posesión: 02-02-80

(...)

DOCUMENTOS INDISPENSABLES PARA TOMAR PESESIÓN

(...)

**10. PARA EL PERSONAL DOCENTE (maestros y profesores)
CONSTANCIA DE ESCALAFÓN” (Negrillas de la Sala).**

Este documento tampoco fue puesto en evidencia por el Tribunal, ni existen consideraciones en la providencia objeto de la solicitud de amparo que lleven a la Sala a concluir que fue analizado, a pesar de que la demandante lo aportó al proceso contencioso, con la intención de demostrar –con razón o sin ella– que tenía la calidad docente exigida para la pensión gracia desde que se vinculó al el antiguo Departamento de Bienestar, esto es, , bajo la condición temporal¹¹² impuesta por la Ley 91 de 1989 para el reconocimiento de la pensión gracia.

No puede perderse de vista que, de conformidad con lo previsto en el artículo 176 del CGP¹¹³ “[l]as pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”, y especialmente debe considerarse el hecho de que a la luz de este mismo mandato “[e]l juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”, y es esto último lo que la Sala echa de menos respecto de la documentación que refiere a la carrera a acreditación de la calidad docente para la vinculación a los jardines infantiles del mentado Departamento de Bienestar Social.

(iii) Los distintos certificados del Departamento Administrativo de Bienestar Social y otras autoridades del orden distrital, así como con los respectivos contratos de trabajo, nombramientos y documentos privados que daban cuenta de su situación como educadora desde antes del 1º de enero de 1981

¹¹² A más tardar el 31 de diciembre de 1980.

¹¹³ Aplicable a los procesos contenciosos en virtud de la integración normativa consagrada por el artículo 306 del CPACA.



La censura que se agrupa en el presente numeral comprende las siguientes evidencias:

- Certificación expedida por el Asesor del Área de Talento Humano de la Secretaría de Integración Social de Bogotá¹¹⁴ el 19 de abril de 2013, **en la que se detallan las funciones**¹¹⁵ y vinculaciones de la actora entre el 31 de diciembre de 1978 y el 4 de septiembre de 1983.¹¹⁶
- Certificación de la Directora del Jardín Infantil C.A.I.P. Pablo de Tarso, emitida el 24 de octubre de 1979, en la que hace constar que la actora “... *se encuentra trabajando como jardinera desde hace dos años, desempeñándose eficientemente*...”.¹¹⁷
- Certificación de la Directora del Jardín Infantil C.A.I.P. Pablo de Tarso, emitida el 9 de marzo de 1979, en la que hace constar que la actora “... *trabaja en este centro de servicios desde el 10 de febrero de 1978, en el cargo de AUXILIAR de SERVICIOS GENERALES II (Jardinera II)*...”.¹¹⁸
- Certificación de la Jefe de la División de Recursos Humanos del Departamento de Bienestar Social, emitida el 21 de marzo de 1995, en la que hace constar que la actora, entre 1978 y 1983, “... *durante el tiempo laborado se desempeñó como profesora*...”.¹¹⁹
- Contrato de Trabajo No. 008 de 9 de febrero de 1978, suscrito entre la actora y el Departamento Administrativo de Bienestar Social, que establece las funciones del cargo a desempeñar.
- Certificación emitida por la Asesora del Área de Talento Humano de la Secretaría de Integración Social, emitida el 12 de julio de 2007, **en la que se detallan las funciones**¹²⁰ y vinculaciones de la actora entre el 31 de diciembre de 1978 y el 4 de septiembre

¹¹⁴ Que sustituyó al Departamento de Bienestar Social.

¹¹⁵ Mismas a las que se refirió el Tribunal en la providencia enjuiciada y sobre la cual esta Sala efectuará algunas precisiones.

¹¹⁶ Folio 26 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹¹⁷ Folio 27 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹¹⁸ Folio 29 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹¹⁹ Folio 29 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹²⁰ Mismas a las que se refirió el Tribunal en la providencia enjuiciada y sobre la cual esta Sala efectuará algunas precisiones.



de 1983 y además, se pone en evidencia la existencia de **certificaciones oficiales** que la reconocen como "profesora".¹²¹

Ciertamente, el primero y el último de los documentos que se acaban de relacionar fueron analizados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en perspectiva a develar si, a partir de un criterio funcional, la labor desempeñada por la tutelante podría ser catalogada como docente. El resto de ellos fueron objeto de una mención genérica con la que los despachó de plano ante la consideración efectuada por dicha autoridad en torno a las funciones desempeñadas por la peticionaria¹²².

La Sala no discute la validez de la lógica empleada respecto de las certificaciones en las que se precisa la mencionada condición de "profesora", pues está dentro del margen de autonomía conferida al juez natural.

Sin embargo, observa que se dejó de abordar el estudio de otras funciones ejercidas por la señora **MORENO MARTÍNEZ**, que son las que a continuación se destacan de lo certificado por la Secretaría de Integración Social de Bogotá, que coincide con lo pactado en el contrato de trabajo No. 008 del 9 de febrero de 1978¹²³, están:

- "1. **Procurar la educación integral del niño** y colaborar activamente para que haya en todo momento ambiente de trabajo, comprensión y respeto.
2. **Atender a la educación** y vigilancia de los niños de acuerdo con la orientación de la Directora y turnos indicados por el horario.
3. Colaborar con la Directora y demás personal del Jardín Infantil en la preparación del material didáctico y el planeamiento de las actividades docentes y culturales.
4. Cumplir con el horario establecido y llevar un registro de asistencia de los niños que le fueren asignados.
5. Cumplir las demás funciones que le asigne la Directora del Jardín o la persona encargada del mismo.
6. Aceptar la dirección, orientación y supervisión que le impartan el Jefe de Jardines Infantiles, las Subdirecciones y la Dirección del DABS y cumplir las órdenes que estos le den." (Negrillas de la Sala).

¹²¹ Folio 49 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹²² Al respecto véase la siguiente expresión en la transcripción realizada en el capítulo "2.9.1. LA PROVIDENCIA JUDICIAL ENJUICIADA": "Si bien dentro del plenario existen varias certificaciones en las que consta que las funciones desempeñadas por la señora María del Pilar Moreno, con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, tiene el carácter de cargo docente, la Sala considera que el listado de funciones ejercidas no coincide con las funciones, ni cargo de un docente

¹²³ Folio 31 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.



Para este juzgador de tutela, el oficio de la actora ciertamente contempla el “... cumplimiento de unas actividades administrativas en el área de División de Jardines Infantiles y una colaboración en la preparación de materiales didácticos y en el ambiente de trabajo estudiantil...”¹²⁴, y de otras asociadas al “... cuidado de menores...”¹²⁵, como bien lo expresó la autoridad judicial atacada.

Empero, además de lo dicho por el *ad quem* del contencioso, se aprecia que en el catálogo de funciones transcrito se confió a la señora **MORENO MARTINEZ** el deber de **procurar la educación integral del niño y atender su educación**, aspectos que no fueron advertidos en la providencia atacada y que merecían ser objeto de análisis, a efectos de poder definir si, en efecto, la actividad de la actora era o no subsumible al plano exclusivamente administrativo; máxime cuando la actividad docente dirigida a la primera infancia no resulta incompatible con la existencia de medidas de cuidado y protección.

A la vista debe estar que, para la época, de acuerdo con lo prefijado por el artículo 6º de este Decreto 088 de 1976, “*Se llamará educación pre-escolar la que se refiera a los niños menores de seis (6) años. Tendrá como objetivos especiales promover y estimular el desarrollo físico, afectivo y espiritual del niño, su integración social, su percepción sensible y el aprestamiento para las actividades escolares, en acción coordinada con los padres de familia y la comunidad*”.

De ahí que la implicación entre la enseñanza y el apoyo pedagógico se entienda como parte del proceso educacional destinado para este especialísimo grupo etario. Por ende, surge para esta Sala la existencia de un defecto en el análisis probatorio del Tribunal.

(iv) la Resolución 24245 del 10 de noviembre de 2006 por medio de la cual la Junta de Escalafón Docente de Bogotá asciende a la actora al grado 14 dentro del mismo

Este documento obra en el folio 245 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho y fue allegado por la parte demandante junto con sus alegatos de conclusión. Esto significa que, al no haber sido aportado con la demanda, o en alguna de las oportunidades

¹²⁴ Folio 325vto del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹²⁵ Folio 327 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.



establecidas en el artículo 212¹²⁶ del CPACA, no podía ser valorado por el juzgador contencioso de segunda instancia, lo cual permite a esta Sala descartar de plano que se haya configurado un defecto fáctico por ese hecho.

Luego de la anterior disertación en torno a la configuración del defecto fáctico propuesto, la Sala llega a la conclusión de que está llamado a prosperar, en los términos explicados, dadas las falencias advertidas respecto de la apreciación de (i) La Resolución No. 23667 del 30 de junio de 1982 de la Junta Seccional de Escalafón Docente de Bogotá; (ii) El concursos adelantado por la actora para acceder al cargo de Auxiliar de Servicios Generales III y el posible deber de acreditar la pertenencia al escalafón docente para acceder al mismo; y (iii) las funciones asignadas a ella en torno a procurar la educación integral del niño y atender su educación.

Lo anterior resulta relevante de cara al interés que le asiste frente a la pretendida pensión gracia, tomando en consideración que cuenta con más de 20 años de servicio cumplidos en otro tipo de instituciones, que incluyen planteles de primaria y secundaria del Distrito.

2.9.4. DEFECTO SUSTANTIVO

En relación con los ingredientes jurídicos que determinan la configuración de este defecto, la Sala¹²⁷ se ha pronunciado así:

La Corte Constitucional¹²⁸, ha explicado que el defecto sustantivo se presenta cuando *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contrarie los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*¹²⁹.

¹²⁶ “ARTÍCULO 212 En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenición y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada. || Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas. || En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:...”

¹²⁷ Cfr. C. P. Rocío Araújo Oñate, rad. 11001-03-15-000-2018-00088-00, actor. José Ramiro Vargas Valencia.

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

¹²⁹ Corte Constitucional, Sentencias SU.159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Espinosa, T-043 del 27 de enero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-295 del 31 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-657 del 10 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo



Puntualmente, el defecto sustantivo lo configuran los siguientes supuestos:

- El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente¹³⁰ o porque ha sido derogada¹³¹, es inexistente¹³², inexecutable¹³³ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador¹³⁴.
- No se hace una interpretación razonable de la norma¹³⁵.
- La disposición aplicada es regresiva¹³⁶ o contraria a la Constitución¹³⁷.
- El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición¹³⁸.
- La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma¹³⁹.
- Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

En el caso bajo examen, se acusa la providencia proferida el 10 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", de incurrir en este yerro al no respetar la primacía de la realidad sobre las formas e interpretar de manera sesgada y parcial su situación laboral de la actora frente al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital

Monroy Cabra, T-686 del 31 de agosto de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-743 del 24 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-033 del 1º de febrero de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio entre otras

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-189 del 3 de marzo de 2005. M.P. Manuel José cepeda Espinosa.

¹³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-205 del 4 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³² Corte Constitucional, Sentencia T-800 del 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹³³ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-051 del 30 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 del 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-018 del 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-807 del 26 de agosto de 2004. M.P. Clara Inés Vargas



entre los años 1978 y 1983, que desconoce el sentido auténtico del concepto educación y el alcance del artículo 15, numeral 2, literal a, de la Ley 91 de 1989.

De entrada, la Sala descarta la indebida aplicación del mencionado referente legal. Ello, con fundamento en lo explicado en el capítulo "2.6."¹⁴⁰ del presente proveído, en torno a que la mencionada ley mantuvo viva la pensión gracia para el personal docente nacionalizado y el territorial –y la proscribió para el nacional–, con la condición de que estos hubieran tenido alguna vinculación de ese tipo hasta por lo menos el 31 de diciembre de 1980.

Del contenido del fallo del Tribunal¹⁴¹ se observa que estos aspectos fueron tenidos en cuenta y que no hubo exceso en cuanto a ellos se refiere.

No ocurre lo mismo en relación con la condición docente y el ejercicio de la misma que se predica para efectos de los tiempos computables para la pensión gracia.

En relación con este punto, el Tribunal expresó que *"... en el plenario solo se constató que la demandante laboró en el área de jardín infantil y para efectos del reconocimiento de la pensión gracia se exige que el maestro hubiese laborado en escuelas primarias oficiales, centros de enseñanza secundaria, de instrucción pública y normalista, situación que tampoco se acreditó con anterioridad al año 1980"*¹⁴².

Esta elucubración dejó por fuera todo estudio concerniente al reconocimiento de la calidad docente a partir de los artículo 2º y 32º del Decreto 2277 de 1979 y de la vinculación con el Sistema de Educación Nacional –distinto al Sector Educativo Nacional–, que comprende el nivel de educación preescolar como inherente al régimen oficial de carrera (art. 5 ibídem) y que valida para los pretendidos efectos pensionales el servicio prestado a establecimiento oficiales del orden territorial, aunque no dependan directamente del Ministerio de Educación o de las respectivas secretarías de educación, por ejemplo¹⁴³, tal y como lo planteó la parte actora en la solicitud de

¹⁴⁰ Titulado "LA PENSIÓN GRACIA".

¹⁴¹ Visible en el capítulo 2.9.1. de la presente sentencia.

¹⁴² Folio 274 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁴³ Esta conclusión se respalda en lo disertado en el capítulo "2.8. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN GRACIA A PARTIR DE LA CALIDAD DOCENTE"



amparo¹⁴⁴, cuando hizo suyas las conclusiones del *a quo* del trámite contencioso.

En ese orden de ideas, la Sala considera que se estructuró el defecto sustantivo alegado, habida cuenta que estas reglas dejaron de considerarse de cara a la situación de la señora **MARÍA DEL PILAR MORENO MARTÍNEZ** y el nexo laboral que mantuvo con el Departamento de Bienestar Social del Distrito Capital entre los años 1978 y 1983.

Ahora bien, cabe preguntarse si la actividad desarrollada en los Jardines del Departamento de Bienestar converge con el nivel de educación preescolar. Ese es un aspecto que, en su autonomía, deberá mirar la autoridad judicial censurada toda vez que las situaciones advertidas, en conjunto con el defecto fáctico advertido en la presente sentencia, conducirá a una orden de amparo.

2.9.5. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

En relación con el tema precedente, que la Sección Quinta, en sentencia de 5 de febrero de 2015¹⁴⁵, acogió el criterio conforme con el cual se entiende por tal “... *la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla...*”, misma que vincula al operador jurídico a fallar en determinado sentido”.

De ahí que lo que determina la aplicabilidad en este caso de los pronunciamientos del Consejo de Estado que fueron referenciados por el tutelante es la similitud y contrastabilidad que, de los tres elementos característicos del mismo –fáctico, jurídico, *ratio*–, pueda predicarse frente al *sub examine*.

En el asunto de marras, el libelista estima que se desconoció el precedente del Consejo de Estado, en torno al carácter docente que tiene la enseñanza en el nivel preescolar, de acuerdo con el artículo 5º

¹⁴⁴ Folios 11 y 19 del expediente de tutela.

¹⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia de 5 de febrero de 2014. Expediente N° 11001-03-15-000-2014-01312-01. Accionante: Fidel de Jesús Laverde y otra. Acción de tutela. Consejera Ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



del Decreto 2277 de 1979, que refiere un caso similar al suyo, contenido en la siguiente sentencia: Sección Segunda, Subsección "A", C. P. Jaime Moreno García, 1º de marzo de 2007, rad. 25000-23-25-000-2001-04697-01, actora: Cecilia Pinzón Pinzón. En aquella oportunidad la Corporación reflexionó así:

"De la anterior información, se deduce que el Departamento Administrativo de Bienestar Social es una entidad oficial dependiente del Distrito Capital, que para cumplir su misión de asistencia y protección social vincula, dentro de otros profesionales, docentes para que desarrollen esta actividad específica.

En este caso, la actora desarrolló actividades que estuvieron relacionadas directamente con la enseñanza, tal como se desprende de las certificaciones transcritas, por lo que queda desestimado el argumento de la demandada, consistente en que su cargo era netamente administrativo.

La Sala en un caso similar, expediente No. 3085-1998, Actora: María Ninfa León Bayona, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, determinó:

"Según la certificación que obra a folio 66 la demandante se desempeñó como profesora en el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito desde el 17 de marzo de 1975 hasta el 24 de abril de 1983, fecha a partir de la cual fue ascendida al cargo de Directora de Jardín. Es decir que laboró como docente para esta institución durante 8 años, 1 mes y 7 días.

De otra parte según la constancia que obra a folio 8 del cuaderno de antecedentes administrativos laboró como maestra al servicio del Departamento de Boyacá desde el 26 de febrero de 1959 hasta el 30 de marzo de 1975, para un total de 16 años 1 mes y 4 días.

Así las cosas, resulta innecesario discutir si el cargo de directora de jardín tiene o no carácter docente ya que, lo cierto es que la demandante laboró como docente para entidades territoriales por un lapso de 24 años, 2 meses y 11 días, tiempo más que suficiente para tener por cumplido el requisito exigido por la ley para ser beneficiario de la pensión gracia.

.....el Decreto 2277 de 1979 en su artículo 5º inciso 2º considera el preescolar como un nivel de educación, y quienes se desempeñan en éste han tenido el reconocimiento como maestros tanto por la ley como la jurisprudencia" (Resaltado fuera del texto).

Como la demandante laboró como docente en una entidad territorial (Departamento Administrativo de Bienestar Social), la Sala considera que este tiempo se debe tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión gracia.

(...)

Está probado en autos, y no es materia de discusión en el sub-lite, que la demandante laboró en las siguientes entidades: Departamento Administrativo de Bienestar Social, entidad dependiente del Distrito Capital, desde el 20 de enero de 1975 hasta el 16 de septiembre de 1988 (fl 65, 145); y en el Distrito Capital del 15 de abril de 1991 al 3 de diciembre de 1991, desde el 20 de enero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1992; y a partir del 8 de febrero de 1993 en propiedad, según certificación expedida el 8 de julio de 1998 (fl. 25).



En este orden de ideas, se encuentra acreditado que la actora laboró por más de veinte años como docente en entidades distritales, requisito, que junto con la edad (50 años – 28 de octubre de 1992 – fls. 63 y 64), le dan derecho al reconocimiento de la pensión gracia”.

A estas alturas del presente fallo, existe suficiente claridad sobre los supuestos de hecho y de derecho que subyacen a la situación de la parte tutelante. Estos permiten concluir, sin mayor hesitación, que existe una correspondencia entre su situación y la insertada en el precedente jurisprudencial que se acaba de transcribir.

Aunque se reconoce que en aquel caso se hablaba de una Directora de Jardín, y en el presente se alude a quien ocupó los cargos denominados Auxiliar de Servicios Generales II y III, ambos casos refieren a la computabilidad del tiempo de enseñanza en jardines infantiles de la Secretaría de Bienestar de Bogotá para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, a partir del surgimiento de la calidad docente de quienes hicieron lo propio en ese tipo de establecimientos oficiales del orden territorial.

Esta decisión constituye un precedente del que se separa la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el asunto de la referencia. Sin embargo, ello, por sí solo, no redundará en la configuración de esa causal específica de procedencia de tutela contra providencia judicial, pues, al no tratarse de la posición unificada de la Sección Segunda, que funciona a través de dos Subsecciones, resulta imperioso verificar que no existan pronunciamientos en un sentido opuesto, que justifiquen que, en su autonomía, la autoridad judicial censurada no opte por la posición invocada por el libelista.

En efecto, bien podría afirmarse que, del otro lado de la moneda se encuentra la tesis contenida en la sentencia proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 15 de septiembre de 2016¹⁴⁶, la cual sirvió de apoyo al fallo del Tribunal y que, a juicio de la parte tutelante, no guarda identidad fáctica y jurídica con el asunto resuelto. Esa vez la Corporación, *in extenso*, indicó:

“Finalmente, después de hacer una exposición breve de la noción legal y jurisprudencial de docente, éste Juez Colegiado observa que el sistema normativo que rodea al concepto de educador no obsta para que se procure desnaturalizar el sentido formal de la docencia como labor formativa contenida en la ley, y permitir que abruptamente se procure incluir dentro de éste *status* a

¹⁴⁶ C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad. rad. 25000-23-42-000-2013-06310-01.



otro tipo de funcionarios, sin que la Ley en sentido formal o material lo autoricen. Por ello la Jurisprudencia tiene la tarea ética y social de orientar a los operadores jurídicos en la empresa de mantener una aplicación armónica y recta de los conceptos, sin desviar el sentido natural y legal de las instituciones.

En tal virtud, considera ésta Corporación que en aras de un juicio razonable y proporcional, **se deberá analizar de manera integral si los cargos y las funciones prestadas por la demandante se ajustan al concepto legal de docencia** y a los supuestos ya expuestos.

En este sentido, revisados los tiempos de servicio probados en el proceso y los cargos ejercidos, encuentra en certificación expedida por el asesor del área de talento humano obrante a folio 88:

“Que desde el 1 de abril de 1972 al 1 de enero de 1974 fue Profesora Normalista. Se logra acreditar que sus funciones en ésta época consistían en el cuidado físico, intelectual y moral de un grupo de niños.”

De lo anterior, se resalta que a pesar de que intuitivamente la parte sienta que estas son labores de docencia, **esta clase de funciones de cuidado de menores no se adecuan de manera precisa al concepto legal y natural de educador o docente.**

(...)

En suma, habida cuenta de que la condición de docencia es un requisito *sine qua non* para la obtención de pensión gracia y en vista de que el hecho de enseñar resulta distinto al ejercicio de actividades de guardería, esta Sala no computará estas funciones prestadas dentro lapso del 1 de abril de 1972 al 1 de enero de 1974, para la obtención de pensión gracia.

(...)

De manera posterior, se acreditó:

“Que desde el 2 de abril de 1982 hasta el 14 de septiembre de 1989 fue profesora II en la división de jardines, **se extrae del acervo que sus función principal era el cuidado de niños** (fl 89).”

Con respecto a este fragmento probatorio, reitera la Sala que no hay razón de ser para que **el cargo de cuidadora en un jardín infantil** se pueda equiparar a la docencia en el sentido contemplado por la ley para obtener la pensión de gracia, pues la actora ejercía labores de cuidado en el jardín infantil, lo que en términos del criterio espacial consagrado en la Ley 116 de 1928¹⁴⁷, la Ley 114 de 1913¹⁴⁸, artículo 2º del Decreto 2277 de 1979¹⁴⁹ se encuentra excluido de la prestación en mención.

Acá, la Sala observa que al tenor de las leyes precitadas, han tenido derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, **sin que se encuentren en ésta lista personas que hayan prestado servicios en jardines.**

(...)

¹⁴⁷ Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927

¹⁴⁸ Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.

¹⁴⁹ Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927



Sobre las labores ejercidas en las épocas señaladas, la Sala encuentra que son auténticas expresiones de función administrativa y del sentido colaborativo que se desprende de la naturaleza de la entidad en su relación con el distrito, de ahí que al igual que la manifestación del asesor del área de talento humano de la Secretaría Distrital de Integración Social en la cual expresa que “en la planta de empleos de la entidad no existe ni ha existido el empleo de Docente, Profesor o Directivo Docente” (fl 88 C 1), **se pueda deducir que la naturaleza del empleo no es como tal la de Docente o Profesor en el sentido estricto de la palabra, lo que sí se puede deducir es que la funcionaria en cuestión prestaba funciones de asesoría, planeación y acompañamiento a los docentes.**

Es más sobre la inexistencia de la función de docencia en la entidad, podríamos remitirnos al artículo 1º del Acuerdo 78 del 10 de diciembre de 1960¹⁵⁰ que en su momento vinculó a ésta entidad con el distrito y le dio funciones de asistencia al mismo, y del artículo 18 del Decreto 3133 de 1968¹⁵¹ de donde se lee, como parte de la naturaleza funcional de la entidad era la asistencia al distrito en asuntos de bienestar social, lo cual difiere sustancialmente a que las funciones del entonces Departamento de Bienestar Social sean las mismas de la alcaldía en temas educativos, o que exista una delegación implícita.

Sobre éste punto la Sala evidencia que la educación distrital y la potestad administrativa de nombramiento de docentes distritales de acuerdo con el artículo 153 de la Ley 115 de 1994¹⁵² y el artículo 7.3 de la Ley 715 de 2001¹⁵³ son competencias del sector central del distrito, sobre éste punto la Sala no observa que la potestad de nombrar profesores o la labor de docencia hayan sido delegados en la entidad que vinculó a la actora en los términos de la Ley 489 de 1998¹⁵⁴.

Por lo tanto no se estima que las funciones sean asimilables como se pretende, toda vez que la aplicación analógica por equivalencia o similitud funcional, no es propia de las normas del sistema jurídico y funcional reglado del Estado de Derecho, pues lo consagrado por artículo 6 Superior consagra una autolimitación que circunscribe la aplicación de las reglas de la función pública a lo consagrado por él legislador sin exceder el imperio de su interpretación.

¹⁵⁰ Artículo 1º “Créase el Departamento Administrativo de Protección y Asistencia Social, dependiente del Alcalde Mayor de Bogotá.”

¹⁵¹ “Artículo 18. –El alcalde ejercerá sus funciones de jefe de la administración distrital con la directa colaboración de los secretarios y directores de departamentos administrativos, a los cuales podrá delegar aquellas funciones que le autorice el concejo. || A partir de la vigencia del presente decreto, y sin perjuicio de las facultades que en él se otorgan al concejo y al alcalde, habrá las siguientes secretarías: de Gobierno, Hacienda, Obras Públicas, Educación, Salud Pública y General y los siguientes departamentos administrativos: de Planeación, de Tránsito y Transportes, de Bienestar Social y de Acción Comunal. || El Departamento Administrativo de Planificación se denominará en adelante de Planeación; la actual Secretaría de Tránsito y Transporte para a ser Departamento Administrativo; el actual Departamento Administrativo de Protección y Asistencia Social se denominará de Bienestar Social; y la actual División de Acción comunal tendrá carácter de departamento administrativo”.

¹⁵² Por la cual se expide la ley general de educación.

¹⁵³ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

¹⁵⁴ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.



Ahora, en gracia de discusión y si la Ley permitiera hacer una interpretación extensa de estas funciones con el sentido que envuelve el concepto de docente ya elaborado, tampoco podríamos hacer un juicio de valor encaminado a que las **funciones de "planeación, desarrollo, programación, estudio, refuerzo en hábitos de higiene, recibir y organizar papelería y demás"** se relacionan con el ejercicio de la enseñanza, pues de ninguna de estas funciones se extrae que la actora haya ejercido la docencia en aula de clase cultivando contenidos académicos en escuelas secundarias o primarias.

En suma, con la finalidad de mantener vigente el bloque de legalidad, y el caro sentido que tiene el principio de conservación del derecho dentro del Estado Social y Democrático de derecho, esta Sala no computará las funciones ejercidas entre el 14 de septiembre de 1989 y el 4 de enero de 2010, **lo anterior no solamente al no estar la docencia entre las funciones de la entidad, sino también al no ser las labores ejercidas compatibles con la concepción legal y natural de la enseñanza**" (Negrillas de la Sala).

Luego de esta extensa pero necesaria transcripción, advierte la Sala que dicho antecedente ofreció motivos suficientes al Tribunal censurado para concluir que no toda actividad relacionada con el cuidado de los niños puede ser catalogada como docente; y que además la ley que creó la pensión gracia para los maestros de primaria y las que la extendieron a otro tipo de beneficiarios –docentes de secundaria, normalistas, etcétera–, no contemplan a personas que hayan prestado servicios en jardines.

En ese orden de ideas, es claro que no se configura el alegado desconocimiento del precedente, pues la providencia objeto del reproche tutelar se apoyó válidamente en una de las tesis vigentes al interior de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con la que la Alta Corporación, luego del respectivo análisis probatorio, concluyó que entre otros de los muchos períodos allí analizados, no se podía computar el que prestó la demandante de aquel proceso en el Departamento de Bienestar Social de Bogotá; lo cual no obstaría, valga decir, para que en el caso de la referencia el acervo probatoria obrante en el plenario del trámite contenciosa condujera a una conclusión diferente, de acuerdo con lo señalado en capítulo anteriores del presente proveído.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



FALLA

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa del señor Luis Alberto Cáceres Arbeláez, en cuanto a la aludida vulneración de sus derechos fundamentales.

SEGUNDO: DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la tutela frente a la censura por la presunta omisión frente al memorial denominado "*réplica y objeción de inconstitucionalidad e ilegalidad contra el recurso de apelación*".

TERCERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de la señora MARÍA DEL PILAR MORENO MARTÍNEZ. Consecuencialmente, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de 10 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", para que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído, profiera una nueva de acuerdo con los argumentos esgrimidos en su parte considerativa.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes y a los terceros interesados, según el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: De no ser impugnada esta sentencia, dentro de los tres días siguientes a su notificación, **ENVÍESE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de la ejecutoria, conforme lo fija el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ROCÍO ARAUJO ONATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

DECLARO VOTO,



SC5780-6-1



GP059-6-1

