



CONSEJO DE ESTADO  
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Expediente : 23001-23-33-000-2014-00444-01 (1655-2017)  
Demandante : **Roby Rosy Ramos Reyes**  
Demandada : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)  
Tema : Sustitución de pensión gracia  
Asunto : Salvamento de voto

Con mi acostumbrado respeto, procedo a salvar el voto en relación con la sentencia adoptada en sala mayoritaria de la sección segunda de 11 de agosto de 2022 en el asunto del epígrafe, por cuyo conducto se fijó el siguiente criterio auxiliar de interpretación:

La norma aplicable sobre el requisito de convivencia para el cónyuge supérstite o el compañero permanente en materia de sustitución de pensión gracia es la vigente para la fecha del deceso del causante, en armonía con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que remite a las leyes del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado.

Con toda consideración, discrepo de los fundamentos y de la decisión del fallo, puesto que, en este particular caso de la sustitución de la pensión gracia, resultaba dable aplicar la Ley 71 de 1988 y el artículo 12 del Decreto reglamentario 1160 de 1989, que exigen un año de convivencia con el causante a la fecha de fallecimiento, no el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003), que establece 5 años, por las siguientes razones:

1. El Acto legislativo 1 de 2005 precisó en el artículo 1° (parágrafo transitorio 1°) que *«El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003»* (se destaca).

Obsérvese que respecto de los docentes oficiales vinculados al servicio antes de la Ley 812 de 2003, el aludido Acto legislativo dispuso que *«El régimen pensional... es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003»* (se destaca), sin distinguir si se trata de pensión gracia u ordinaria; tampoco se refirió a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino, en general, al régimen pensional de los educadores oficiales, del cual hace parte el de la pensión gracia. De suerte que la sustitución de esta última se gobierna por la Ley 71 de 1988 y el artículo 12 del Decreto reglamentario 1160 de 1989, como *«disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003»*, así el fallecimiento del causante haya acontecido en vigor de la Ley 100 de 1993, máxime cuando en el fallo se reitera el carácter especial de esta prestación.

En varios apartes de la sentencia se reconoce, de manera recurrente, que la pensión gracia es de naturaleza especial; no obstante, se afirma que la sustitución debe regularse por las normas generales de la Ley 100 de 1993, lo que contradice dicho carácter especial.

Por ejemplo, en el fallo se dice: *«108. Ahora bien, retomando el carácter especial de la pensión gracia se tiene que, en todo caso, la referida característica no excluye la procedencia de la sustitución pensional conforme las previsiones generales vigentes para la fecha de fallecimiento del docente. No obstante, en este punto se resalta que como la pensión gracia no requiere aportes ni afiliación a la Caja Nacional de Previsión Social, la aplicación de las normas generales procederá en tanto sean compatibles con aquella»* (negrilla del despacho). Lo uno no es consecuencia necesaria de lo otro, puesto que por el hecho de que no se efectúen aportes, no pierde el carácter especial ni conlleva aplicar la norma general.

El aparte transcrito tampoco parece del todo congruente con el del mismo fallo que expresa: *«Para el año 1988 la Ley 71 en el artículo 11 dispuso que las normas sobre sustituciones pensionales cobijarían a todos los afiliados a Cajas de cualquier naturaleza del sector público o privado y a todas las personas naturales o jurídicas que reconocieran y pagaran pensiones»* (párrafo 57), que, a mi juicio, era la normativa aplicable a la sustitución de la pensión gracia reclamada.

De hecho, la subsección B de la sección segunda, de la que hago parte, por ejemplo, en sentencia de 11 de marzo de 2021, ha aceptado la tesis de la Corte Constitucional, que también ha sostenido que *«La norma que regula la*

*sustitución de la pensión gracia es la Ley 71 de 1988<sup>1</sup>» (fallo T-136 de 2019) y no la Ley 100 de 1993, pese a que el docente haya fallecido en vigencia de esta última. Así lo expuso dicho Tribunal: «La norma que regula la sustitución de la pensión gracia es la Ley 71 de 1988<sup>2</sup>, pues se trata de “un derecho de carácter especial que tiene vida propia o autonomía **frente al régimen pensional ordinario**, por su condición de derecho adquirido concedido por el legislador y con el rango de protección constitucional. Por tanto, su reconocimiento es directo e independiente de cualquier otra situación ordinaria”<sup>3</sup>» (se destaca).*

2. Por otra parte, se dejó de lado que la Ley 100 de 1993 (artículo 288) preceptúa que se aplica al empleado público cuando se «*estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores*» y este no es el caso, dado que la Ley 71 de 1988 resulta más benéfica al demandante, lo que implica que debió gobernar la sustitución de la pensión gracia solicitada.

Disiento también del apartado de la motivación que señala:

122. De esta forma, la aplicación de la Ley 100 de 1993 en materia de pensión gracia sobre la convivencia para los beneficiarios del docente que laboró 20 años de servicio, **se explica en tanto como norma general complementa una pensión especial**; pero, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad no puede conllevar a que también proceda el reconocimiento de la pensión gracia de sobrevivientes con 50 semanas de cotización, porque la vocación de sustituibilidad de una pensión creada como especial y transitoria no puede llevar a perpetuar una regulación de un tiempo pretérito (1913), creada para compensar salarialmente a los maestros de primaria de las regiones apartadas [se destaca].

La expresión en negrilla no resulta congruente en sí misma, en razón a que, en este caso, la aplicación de la Ley 100 de 1993, como norma general, comporta efectos más gravosos y desfavorables para el actor, dado que exige 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento de la causante, frente a la 71 de 1988, que exige uno (1), como beneficiario de la sustitución de la pensión gracia, se itera.

3. De igual modo, me aparto del siguiente fundamento del fallo:

114. En el trasfondo de estas reformas, elevadas a rango constitucional en materia de pensión de sobrevivientes, se advierte que parten de una idea fundante del sistema de seguridad social, que difiere del contexto social, político y jurídico anterior a la Ley 100 de 1993. Como resultado la protección de la familia y el propósito de garantizar la sostenibilidad del

---

<sup>1</sup> Ley 71 de 1988 “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

<sup>2</sup> Ley 71 de 1988 “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

<sup>3</sup> Sentencia T-779 de 2014.

sistema, los principios de solidaridad, integralidad, universalidad y equidad del nuevo sistema pensional pasaron a gobernar la institución de la pensión de sobrevivientes. Así pues, adquiere un papel determinante la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia que pretende “*evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes*”<sup>4</sup>.

Si lo anterior fuera así, es decir, que si «*el propósito [es] garantizar la sostenibilidad del sistema, los principios de solidaridad, integralidad, universalidad y equidad del nuevo sistema pensional*», no habría lugar siquiera a la figura de la sustitución de la pensión gracia, puesto que las normas que la regulan no la consagraron, ni mediaron aportes al sistema, sin embargo, en esta misma sentencia se ha admitido y reiterado, por vía de la jurisprudencia, que «*el Consejo de Estado, en un ejercicio de interpretación armónico del sistema normativo, acudió a los criterios generales de sustitución de las pensiones en la pensión gracia, adoptando una posición dirigida a proteger el núcleo familiar del docente. Sobre el particular en la sentencia del 4 de marzo de 2010, se consideró que la gratuidad de la pensión gracia no impide “su aptitud para ser sustituida en caso de muerte del beneficiario”*»<sup>5</sup>, pese a que en la misma providencia se afirma que «*La remisión a las normas generales consta en el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual constitucionalizó que: “Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”. Por ello, la Corte Constitucional consideró que “Esta regla constitucional impide la aplicación ultractiva de regímenes de pensiones de sobrevivientes anteriores a la Ley 100 de 1993*» (se destaca).

Empero, así como esta Corporación admite la sustitución de la pensión gracia por vía interpretativa, por ser una prestación de rango especial, resulta pertinente aplicar entonces la Ley 71 de 1988 y el artículo 12 del Decreto reglamentario 1160 de 1989, como normativa favorable, para guardar coherencia con la hermenéutica jurídica esgrimida sobre la materia.

Además, la sostenibilidad fiscal no debe convertirse en obstáculo para sustituir la pensión gracia, en razón a que, como se sabe, la prestación no quedó sometida al sistema de aportes, de ahí la «*gracia*». El mismo Acto legislativo 3 de 2011 consagra que «*bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva*».

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1094 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, sentencia del 4 de marzo de 2010, Sección Segunda, Subsección A, proceso con radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01 (0824-09).

Ahora bien, si no se tuvo en cuenta la sostenibilidad fiscal al momento de admitirse por vía jurisprudencial que la pensión gracia es sustituible, tampoco tendría cabida respecto de la normativa que regula el procedimiento o traslado de la prestación a los beneficiarios sobrevivientes.

En este contexto, estimo que debieron prosperar las pretensiones de la demanda.

Atentamente,

Firmado electrónicamente  
CARMELO PERDOMO CUÉTER