

La anulación del precedente judicial y sus tensiones con el derecho fundamental del trabajo. El Caso de los docentes del Instituto Pedagógico Nacional de la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia

Por Ernesto Daniel Benavides Cáceres¹

El presente ensayo busca determinar como la modificación de la jurisprudencia (anulación del precedente) entra en tensión con el derecho del trabajo de los docentes de la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia, que prestan sus servicios en la Unidad Académica Instituto Pedagógico Nacional, quienes están amparados por el Estatuto Docente con trámite de pensión en curso, y con vinculación anterior a la Ley 812 de 2003.

Lo anterior dado que al prestar sus servicios los docentes en la Académica Instituto Pedagógico Nacional, los mismos no gozan de un régimen especial pensional igual al de los docentes de la Universidad Pedagógica, pero si de un régimen laboral similar a estos últimos, tal como lo ha reseñado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Para abordar el presente análisis presentaré una caracterización de los sistemas jurídicos occidentales europeo y angloamericano, el acercamiento que ha tenido en Colombia, el precedente entendido como norma y el caso de los docentes del Instituto Pedagógico Nacional de la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia.

Se toma un caso concreto para evidenciar la tensión que genera la modificación del precedente judicial en situaciones concretas relacionadas con la relación de trabajo especialmente en uno de sus elementos esenciales como es la remuneración.

¹ Abogado especializado en el área del derecho de la seguridad social, Master en Dirección y Gestión de los Sistema de Seguridad Social, Estudiante de Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Docente de tiempo completo en la Facultad de Derecho de UGC orienta las cátedras de Seguridad Social, derecho laboral individual, procesal laboral, laboral Administrativo. Correo: benavid1907@gmail.com. Teléfono: 3132392664.

Lo anterior dado que los docentes oficiales en principio pueden gozar de una pensión y al mismo tiempo devengar un salario. Sin embargo, dicho beneficio no siempre se ha mantenido así ya que en algunas sentencias no ha asumido dicha posición en relación con la simultaneidad entre la pensión y el salario.

I. Punto de partida. Características de los sistemas jurídicos occidentales: el continental europeo y el angloamericano

Frente a la derogación del precedente, es oportuno presentar brevemente una caracterización acerca de cuáles han sido los elementos distintivos del sistema jurídico continental europeo y el angloamericano que de una u otra manera han incidido en la forma como se crea el derecho a través de una decisión judicial.

Dentro del largo proceso evolutivo que ha tenido el Derecho la de creación del mismo ha tenido ciertos rasgos distintivos en la Europa Continental y la insular. Así, en Inglaterra el Derecho subsiste y sobrevive adaptándose permanentemente a las nuevas generaciones sin eludir la distinción de la Ley como norma independiente de la voluntad del príncipe y preexistente a ella. En el continente, en cambio prevalece la idea del príncipe desprendido de la Ley y como único autor de la misma. (Fasso, 1968 V.II)

Así mismo, el iluminismo inglés fue empirista y utilitarista creando una nueva línea del positivismo caracterizada por el formalismo. En Inglaterra el derecho de los jueces constituía una barrera contra el despotismo regio. (Fasso, 1968 V.II)

Bentham, dentro de su visión utilitarista sostenía que se debía busca la mayor felicidad del mayor número de personas. Este pensador criticó fuertemente la declaración de derecho francesa y afirmó que donde no hay Ley ni gobierno no hay derechos. No obstante, los intentos de Bentham como exponente iluminista del positivismo, por lograr una codificación y una máxima limitación de los poderes de los jueces, la codificación nunca llegó a realizarse. (Fasso, 1968 V.II)

Para Pablo Koschaker (1955) el derecho angloamericano no es susceptible de ser recibido, ya que no puede concebirse siquiera que millares de volúmenes que contienen todavía mayor número de sentencias, todo ese derecho casuístico del *case law*, puede constituir base adecuada para el nuevo derecho.

El derecho inglés no fue pues recibido, sino que peregrinó con sus portadores constituyendo un mero exponente de la raza anglosajona que jamás fue impuesto a los sometidos (Koschaker, 1955).

El *Common Law* rechazó la noción bizantina acerca de la relación entre el juez y el legislador y quiso volver a la doctrina más liberal del derecho romano clásico en el que el derecho no solo es obra del acto legislativo y como en la época de Cicerón los precedentes son formas de derecho y que la autoridad de los casos resueltos en un mismo sentido tenía fuerza de Ley (Roscoe, 1954).

El éxito del *Common Law* se da porque combina seguridad con la posibilidad de desarrollo; seguridad, porque los Tribunales proceden a razonar con analogía, con base en reglas y doctrinas singulares del sistema jurídico tradicional hasta obtener un principio aplicable a la causa sometida a decisión mediante la aplicación de una técnica determinada previamente; desarrollo, pues, los límites a que puede llegar el principio aplicado no queda autoritariamente señalado de una vez para siempre, sino que es descubierto gradualmente mediante un proceso de inclusión y exclusión a medida que surgen casos que ponen a prueba su eficacia práctica y revelan hasta qué punto proporcionan una solución justa en su efectiva manera de operar (Roscoe, 1954).

El elemento común en las dos doctrinas fundamentales del *Common Law*, es decir, en la doctrina de los precedentes y la supremacía del derecho, está en el mismo espíritu que las anima. La doctrina de precedentes significa que las causas han de ser juzgadas por medio de principios alcanzados por inducción con base en la experiencia judicial del pasado y no

por deducción que se apoya en las normas establecidas arbitrariamente por la voluntad del soberano. La supremacía del derecho refiere que el soberano y todos sus representantes han de obrar según principios y no según la voluntad arbitraria y han de obedecer a la razón en lugar de tener libertad para seguir su capricho (Roscoe, 1954).

En el continente europeo concretamente en Francia la recepción del derecho Romano estaba abriendo el camino para la consolidación del positivismo jurídico. Los soberanos se valieron de la doctrina iusnaturalista que era una exigencia de la razón y promovieron la transformación del derecho irracional en la Ley que es la obra de la razón como voluntad racional. (Roscoe, 1954)

El mayor problema jurídico-político del siglo XVIII fue el de la Legislación. En esta etapa evolutiva de la historia se sentía la necesidad de una coordinación, estabilización y racionalización de las normas jurídicas, de una eliminación de las oscuridades, contradicciones heredadas en épocas no iluminadas, de la instauración de un orden, eliminación de instituciones y normas creadas por fortuitamente por la historia y dar efectividad a los dictámenes de la razón traduciéndolos en normas positivas. (Roscoe, 1954)

Esta necesidad de racionalizar el derecho se consumó con las codificaciones, promovidas por doctrinas iusnaturalistas del iluminismo así como por motivos técnicos, jurídicos y políticos. Del mismo modo, el movimiento que condujo a la codificación se vio auspiciado además de las doctrinas iusnaturalistas por las ideologías iluministas, la doctrina jurídica, el derecho natural, el derecho común positivo y el interés político de los Estados absolutos. (Roscoe, 1954).

Del mismo modo, un catalizador eficaz y directo de la codificación fue la crisis del derecho común originario de Roma. La legislación justiniana, núcleo fundamental hasta ese momento, no podía adaptarse a una sociedad tan alejada en el tiempo y avanzando en su evolución institucional. Hay que agregar que este derecho fue enriquecido por opiniones de

jurisconsultos, sentencias de tribunales, el derecho canónico, feudal, del propio estado, de las costumbres locales y los estatutos de ciudades y corporaciones. Hay que decir que en Francia se regía por dos distintos sistemas jurídicos: el derecho escrito (derecho justiniano) y el consuetudinario (Roscoe, 1954).

La Ley adquiere la dimensión de creación del estado mismo no de un límite a su poder, el hombre se constituye en el centro y artífice del mundo al que dará sus leyes sin recibirlas del exterior. La naturaleza de esa Ley es la expresión de la voluntad del emperador quien ha recibido por delegación del pueblo el poder de legislar. (Roscoe, 1954)

En esta en esta época se pretendió hacer tabla rasa de todas las instituciones creadas por la historia para sustituirlas por las creadas por la razón. El criterio prevaleciente estuvo dado en función de racionalizar a la luz del derecho natural el derecho vigente (justiniano) (Roscoe, 1954).

La pretensión de conseguir una legislación clara y precisa a través de la reproducción del derecho natural racional condujo al positivismo. El derecho es establecido por el legislador. En este escenario los jueces están limitados por la Ley y la justificación teórica de la prohibición para el Juez de Juzgar con base en normas que no fueran leyes del Estado, se encontraba en el hecho de que las leyes realizaban completamente el derecho natural, es decir los dictámenes de la razón. (Roscoe, 1954)

De los dos sistemas jurídicos arriba mencionados Colombia ha recibido la recepción de la codificación medieval mediante el proceso de colonización que trajo como consecuencia una serie de trasplantes jurídicos que hasta nuestros días han sido incorporados al desarrollo de nuestro derecho.

II. Acercamiento del sistema jurídico continental y el angloamericano en Colombia

El acercamiento a los dos sistemas imperantes, el continental y angloamericano que ha propiciado la Constitución de 1991 de Colombia, se ha dado por las siguientes razones:

Haciendo alusión a lo arriba expuesto, nuestra Constitución ha sido alimentada de una u otra forma por toda la historia del constitucionalismo y la formación iusfilosófica promovida en el continente europeo e insular. Se observa como toda la teoría jurídica, política y filosófica debe articularse con el contexto social donde se desarrolla.

Un primer acercamiento del derecho continental y el angloamericano lo podemos apreciar en el poder judicial de los jueces. Inicialmente, en el sistema jurídico continental el juez no crea el derecho sólo lo aplica. La razón está en la justificación teórica de la prohibición para el Juez de Juzgar con base en normas que no fueran leyes del Estado, ya que al aplicar las leyes del Estado el derecho natural estaba conforme con los dictámenes de la razón.

Nuestra Constitución armoniza esta idea en su artículo 230 al expresar que los jueces solo están sometidos al imperio de la Ley. No obstante, la evolución de nuestra sociedad y los cambios que ha traído consigo la globalización del derecho impide que se petrifique la Constitución y se convierta en letra muerta el espíritu en el que se fundamenta.

Los principios incorporados en nuestra Constitución han sido producto de largas luchas a lo largo de la historia y que han sido concretados en Declaraciones de Derechos Fundamentales que han servido de faro no solo para nuestro constitucionalismo sino al de otros países. Una adecuada efectividad de los principios y derechos consagrados en nuestra Constitución requiere no solo que el juez los aplique, sino que es necesario contar con la recepción de una hermenéutica adecuada para tales fines.

Para llevar a cabo esta misión nuestra Constitución se ha acercado al derecho angloamericano y ha permitido que el juez constitucional encargado de su interpretación llene los vacíos que nuestra legislación pueda tener, utilizando la técnica y método hermenéutico angloamericano conservando y respetando el sentido y finalidad de la Ley.

Del mismo modo, otra circunstancia que favorece el acercamiento entre los dos sistemas mencionados y que propicia nuestra Constitución, está en que el juez constitucional colombiano proyecta la norma constitucional al caso concreto y en el evento de existir dudas acude al mismo ordenamiento buscando llenar los vacíos que trae la legislación, siendo dicha búsqueda intrasistemática bajo una óptica principalística, lo cual conduce a que más que hablar de contexto de justificación se hable de justificación externa en contraposición a la interna que se queda en el simple análisis silogístico.

El artículo 230 de determina que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. En principio se puede pensar que los jueces no crean derecho, pero lo cierto es que ante lagunas que puedan presentarse en un ordenamiento jurídico, el juez es el llamado para crear el derecho llenando el vacío que se presente, haciendo acopio del contexto de justificación externa.

El juez no puede sustraerse a fallar, encuentre o no en un sistema jurídico elementos que lo lleven a motivar su decisión. Esto nos conduce a pensar que en el derecho no hay lagunas por cuanto existen los jueces y ninguna conducta puede sustraerse a una valoración jurídica concreta.

Otro acercamiento entre los dos sistemas, lo observamos en la adaptación del derecho al entorno colombiano siendo consciente del dinamismo con que marcha nuestra sociedad, la Constitución colombiana ha permitido que el juez constitucional, al hacer uso de la hermenéutica al mejor estilo angloamericano, adopte sus decisiones, considerando la experiencia judicial y formando una línea de precedentes que le han permitido adaptar y

desarrollar el derecho a las nuevas generaciones, conservando eso si el espíritu legal heredado del derecho continental donde la Ley es fuente formal por excelencia.

En materia de derechos fundamentales se presenta otro acercamiento en la medida en que tales los derechos se derivan del derecho continental producto de la codificación pero su efectividad ha sido fortalecida gracias a los elementos hermenéuticos apropiados del derecho angloamericano que han permitido que muchos derechos fundamentales, entre los que se encuentra los derivados del trabajo y de la seguridad social (pensión, salud) no se queden petrificados como letra muerta si no que han adquirido una dimensión más cercana a los principios iusnaturalistas basados en la justicia.

Igualmente, podemos verificar un acercamiento de los dos sistemas jurídicos aludidos, en el hecho de que nuestro juez constitucional ha procurado optimizar los principios generales del derecho aplicando tales principios a casos concretos, dentro de un contexto de justificación adecuado, considerando la visión continental y angloamericana de los mismos, dado que en uno u otro caso han tenido una fuerte influencia del derecho natural.

El rasgo entremezclado en el derecho continental con tintes propios en el derecho angloamericano, en punto de las tradiciones, ejerce gran influencia en el desarrollo de nuestro entorno jurídico, dándole un valor específico y a falta de legislación aplicable prevalece².

De esta manera, no podemos negar la influencia que han tenido en nuestra Constitución, los dos sistemas jurídicos revisados, al punto que la Constitución ha recogido elementos importantes de uno y otro sistema que la han hecho dinámica y han contribuido al desarrollo y reconstrucción de nuestro derecho y a partir de allí entender la génesis y prevalencia de nuestro contexto de justificación.

III. El precedente judicial como norma

² Ley 153 de 1887

Se ha discutido hasta qué punto el precedente judicial puede considerarse como norma y ser objeto de derogación (anulación).

En nuestro medio, algunos autores han sostenido que el precedente propiamente tal es un procedimiento de producción normativa, mientras que la jurisprudencia lo es de aplicación del acervo legislado preexistente. (Tamayo, 2011)

Se ha indicado además que la naturaleza primaria del precedente lo convierte en fuente de prescripciones en un sistema que carece de ellas, mientras la jurisprudencia no es otra cosa que el resultado de la interpretación que la autoridad judicial hace de las normas establecidas por un legislador distinto de ellas mismas. (Tamayo, 2011)

Para el profesor Tamayo (2011) la creación propiamente tal es objetivo directo e inmediato del precedente, mientras que la jurisprudencia es un efecto residual, un subproducto del proceso gradual de generación - aplicación de normas cada vez menos generales, a partir de la más abstracta de todas hasta aquella a la que conviene en propiedad el nombre de “*norma singular*” en que consiste la sentencia, según la irremplazable concepción de Kelsen y MerKel.

Autores positivistas (Hans Kelsen,1979) “el legislador puede verse llevado a hacer uso de esta ficción por la conciencia de que la aplicación de la norma general por él establecida puede llevar en circunstancias no establecidas no previstas y no previsibles, a un resultado insatisfactorio, recomendándose entonces facultar al Tribunal a imponer en estos caso, en lugar de las normas generales que predeterminan el contenido de la sentencia, una norma jurídica individual, producida por el Tribunal mismo, que se adecua a las circunstancias no previstas por el legislador”.

En un ensayo reciente, frente al presente tópico, (Hernández, 2006) sostuvo que:

[e]l método decisional que reclama el *overruling* no solo se satisface, en términos justificativos, con la exposición de las cualificadas razones Novatorias. Junto al análisis prospectivo en términos de costes y beneficios sistemáticos, desde la perspectiva que imponen los principios de la integridad y continuidad del ordenamiento y de vinculación, el *overruling* también exige un nuevo lenguaje, muy vinculado a exigencias actitudinales de justificación comunicacional. La ruptura del *stare decisis*, en el caso concreto, sugiere una expresa *contrición*, valga la expresión en términos figurados, que patentice que la decisión de la que se separa el tribunal estaba equivocada. El reconocimiento de la *equivocación* previa es la precondition, primero, para dotar a la nueva decisión de fuerza doctrinal novatoria, liberadora del precedente, y segundo, en lógica consecuencia, para que la motivación satisfaga el estándar de justificación cualificado que se reclama en supuestos de cambios jurisprudenciales. Creo que cuanto más pronunciado sea el cambio o cuantas más consecuencias arrastre, sobre todo si aquéllas comprometen la libertad, la *contrición*, como actitud justificativa del cambio, lo que los americanos llaman la *candidez judicial*, debe ser más patente y exigible. La asunción discursiva de las razones de la separación es lo que otorga al *overruling* sus notas características de cohesión, simbiosis y ósmosis entre decisiones en conflicto y razonamiento jurídico vinculatorio *ad futurum*". (Hernández, 2006. p 2.)

Para otros autores,

[c]omo expresión del fenómeno de creciente acercamiento que experimentan ambos sistemas- basta un repaso a la praxis reflejada en sus colecciones de fallos para constatar que casi constantemente el centro de la argumentación judicial -en lugar de limitarse a la pura

exégesis de textos legislativos- se desplaza hacia la consideración de decisiones anteriores, las que (según veremos) constituyen un material con el que siempre *debe* operar el juez “como uno de los novelistas de la cadena”, revisando lo que han escrito otros jueces, a fin de “interpretar lo que ha sucedido anteriormente, porque (el mismo) tiene la responsabilidad de hacer avanzar la empresa que tiene entre manos y no dar un viraje hacia otra dirección individual. (Sodero, 2006. p.1.)

Herbert H. (1977) ha hecho su aporte indicando que dos son las técnicas de las que se vale el Derecho para regular las conductas: el precedente y la legislación.

Joseph R. (1985), admite que los precedentes en un escenario como el derecho inglés, pueden llegar a ser menos obligatorios que las normas legisladas, destacando que “las normas del *common law* son menos obligatorias que las normas legisladas”, por cuanto los precedentes, al contrario que las normas sancionadas por el legislador, pueden ser objeto de distinción (*distinguishing*) o de reemplazo/anulación (*overruling*) por los propios jueces, encontrándose por ello sometidas a una *especial revisibilidad (vide)*.

García Amado, se ha mostrado reacio a aceptar el precedente como norma en reciente artículo publicado en su blog sostuvo que:

[d]e este modo, aludimos a dos dificultades emparentadas y relacionadas con la reconstrucción de la regla que subyace a la decisión que crea precedente vinculante: por una parte, la reconstrucción de la propia regla a partir de la decisión del caso por el tribunal que produce el precedente, y, por otra parte, el establecimiento del supuesto de dicha regla, del que va a depender su aplicación a los casos futuros por los tribunales atados al precedente. (...)

[p]uestas así las cosas, el tribunal llamado a aplicar el precedente se halla en la misma situación en la que se encuentra respecto de cualquier otra norma del sistema que pueda venir al caso: deberá determinar si se cumplen las condiciones del supuesto de hecho, esto es, si concurren en el caso todas las circunstancias presentes en el supuesto de hecho de R y si no se da ninguna otra que excluya la aplicabilidad de esa norma.

Una diferencia reseñable se halla en que, respecto de las normas generales del sistema, la no aplicabilidad de una suele conducir a la aplicación de otra de las en principio concurrentes como candidatas para la subsunción del caso, mientras que la no aplicabilidad de las reglas del precedente, cuando no se dan todas las circunstancias de su supuesto o hay alguna circunstancia adicional relevante para excluir esa aplicación, se traduce en una vuelta a la discrecionalidad del juez en esa cuestión, por ejemplo en esa cuestión interpretativa.” (García Amado, 2011. p.86)

En la jurisprudencia colombiana, la Corte Constitucional, en sentencia C-836-2001. ha defendido la tesis según la cual, si un juez quiere apartarse de un precedente

[e]stá obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, esta decisión no es viable en cualquier caso, sino únicamente en los siguientes supuestos, que constituyen la doctrina de la inaplicación del precedente anterior (*Distinguish*) y del cambio de precedente (*Overruling*). (Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001)

En la Sentencia C-816 de 2011 se reafirmó lo señalado en la sentencia C-539 de 6 de julio de 2011, con ocasión de una demanda contra el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 en el sentido de

[a]clarar que el concepto de *imperio de la ley* al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales hace referencia a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos. De igual modo, reiteró que los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive, con efectos *erga omnes* en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes e *inter partes* para los fallos de tutela, por regla general y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi*.(...)

[l]imitar dicha fuerza vinculante a las sentencias en materia ordinaria o contencioso administrativa configuraba una omisión legislativa que conduce a la declaración de exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas del citado artículo 114, para incluir las sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales que profiere la Corte Constitucional, como guardián de la supremacía constitucional y de la efectividad de tales derechos” (Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011)

Frente a lo expuesto se colige que actualmente el precedente en Colombia constituye norma de aplicación contenciosa, ordinaria y constitucional.

Al existir el precedente judicial como norma, la misma puede ser anulada o corregida por decisiones posteriores, pero salvaguardando los derechos fundamentales que como el

trabajo humano tienen especial protección en nuestra Constitución, tal como lo ha reseñado la abundante jurisprudencia constitucional. Si uno de los elementos esenciales del trabajo humano es la remuneración, la misma no puede verse afectada por decisiones que vayan en contravía de su eficacia. La tensión que se podría generarse frente al principio de cosa juzgada y correlativamente con el de seguridad jurídica debe ceder y ponderarse ante cualquier vulneración de un derecho fundamental que como el trabajo se puede traducir en afectación a uno de sus elementos esenciales como la remuneración.

IV. El caso de los docentes del Instituto Pedagógico Nacional de la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia

La solución jurisprudencial genera muchas tensiones al momento de elegir la mejor interpretación, especialmente en temas laborales y de seguridad social.

Los docentes oficiales se han visto sometidos en temas de orden laboral y de seguridad social a la dinámica legislativa y jurisprudencial, al punto que los vacíos legales se han visto cubiertos por la interpretación de los jueces, constituyéndose la misma en norma a seguir. Veamos:

a. Aspectos generales del régimen pensional de docentes

La Corte Constitucional al referirse en la sentencia C- 432 de 2004 al concepto de régimen especial en pensiones señaló que el mismo

[e]s aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de

mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad"³.

De la misma manera ha señalado que:

[l]a existencia de un régimen especial prestacional de seguridad social, implica la imposibilidad de someter a sus beneficiarios al sistema normativo general (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003). Por el contrario, su especialidad conduce a crear o regular distintas modalidades de prestaciones que permitan reconocer el fin constitucional que legitima su exclusión del sistema general, es decir, es indispensable adoptar medidas de protección superiores, en aras de propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de las minorías beneficiadas con la especial protección prevista en la Constitución⁴.

Por ende, de modo general, los docentes nacionales dentro de los que se encuentran los de la Universidad Pedagógica continuaban rigiéndose por la normatividad en materia de pensiones prevista en el Decreto 3135 de 1968 y los territoriales por lo previsto en la Ley 6 de 1945 y todas aquellas normas que modificaron las anteriores normas.

Justamente una de las normas modificatorias de los anteriores preceptos, fue la Ley 33 de 1985⁵ que no solo derogó la Ley 6 de 1945 sino que unificó el régimen de los empleados oficiales tanto del orden nacional como del territorial, exceptuando aquellos que gozaban de un régimen especial de pensiones, es decir, aquellos que tenían disposiciones especiales en ordenanzas o acuerdos frente a la edad de pensionarse o el tiempo, en donde no se

³ Sentencia Corte Constitucional C-432 de 2004

⁴ Sentencia Corte Constitucional C-432 de 2004

⁵ El inciso segundo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 señaló que “No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la

incluyen a los docentes oficiales y por tanto estos se rigen por la norma general de pensiones del sector público, esto es, la Ley 33 de 1985, haciendo la salvedad solo para aquellos docentes que sean beneficiarios del régimen de transición de dicha Ley.

En torno a lo expuesto, como lo ha señalado el Consejo de Estado, hasta antes de la expedición del decreto 3135 de 1968 el régimen pensional de todos los empleados del Estado se regulaba por la ley 6ª de 1945, pero a partir de la expedición de aquel, aplicable a los empleados del orden nacional, la ley solo mantuvo su vigencia para los empleados del orden territorial⁶.

Con posterioridad la ley 33 de 1985, que se aplica a todos los empleados oficiales que sirvieran 20 años y llegaran a la edad de 55 años, previó en el parágrafo 2º del artículo 1º un régimen de transición para quienes a la fecha de la ley hubieran laborado por lo menos 15 años de manera que se continuaban aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley, es decir, los 50 años previstos en la ley 6ª de 1945.⁷

De esta manera, en el régimen pensional de un docente nacionalizado, si a la fecha de vigencia de la ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985) tenía 15 años o más de servicios, su situación pensional se definía de acuerdo con lo previsto en la ley 6ª de 1945, por ser ella la aplicable al orden territorial.

Con la expedición de la ley 91 de 1989 se señaló para el caso específico de los docentes nacionalizados que las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la

excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.

⁶ Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla Bogotá, (9) de Octubre De (2003). Radicación Número: 05001-23-31-000-1993-0526-01(2812-02)

⁷ Sentencia ibídem.

ley, se regirían por las normas aplicables en el orden territorial al momento de entrar en vigencia de la ley 43 de 1975⁸.

Así las cosas, el

[r]esultado del anterior análisis lleva a concluir que no fue la intención del legislador de 1991, preservar la aplicación de la ley 6^a de 1945 a favor de los docentes nacionalizados, pues la ley 33 de 1985 permitía a estos servidores su aplicación en condiciones menos exigentes que las que podrían inferirse de la ley 91 de 1989, es decir, no resultaría racional llegar a la alternativa propuesta. Además, desbordaría toda interpretación coherente frente a la legislación vigente en materia pensional y conduciría a una interpretación resultaría restrictiva del régimen general”⁹.

Frente a lo anterior resulta ilustrativo lo expuesto por el Consejo de Estado al analizar el régimen especial de docentes indicando que:

[s]i bien el artículo 15 ibídem estableció que los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen pensional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, tal preceptiva no es aplicable en este caso pues el mismo se refiere a un régimen prestacional especial creado por el ente territorial y no a un régimen pensional que está determinado en normas de carácter general aplicables a los empleados públicos del orden nacional, de las

⁸ Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla Bogotá, (9) De Octubre De (2003). Radicación Número: 05001-23-31-000-1993-0526-01(2812-02)

que no fueron excluidos los docentes nacionales ni nacionalizados. Por tanto, no es cierto que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 tengan un régimen especial de pensiones pues la Ley 91 de 1989 solo se refirió al régimen prestacional que venían disfrutando en cada ente territorial pero en ningún momento estableció requisitos pensionales diferentes a los consagrados en las normas de carácter general vigentes que, en este caso, es la Ley 33 de 1985 dado que la actora no se encontraba dentro del régimen de transición previsto en dicha normatividad para acceder al derecho conforme a lo dispuesto en la norma anterior, ello es la Ley 6 de 1945¹⁰.

b. Régimen prestacional Universidades Públicas

Conforme lo prevé el artículo 77 de la Ley 30 de 1992 el régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4ª de 1992, los decretos reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan.

De esta forma, los Consejos Directivos de las Universidades Públicas no tienen competencia para regular lo referente a los derechos pensionales del personal docente a cargo, ni si quiera en el marco de su autonomía universitaria, pues estas materias están reservadas al Gobierno Nacional dentro del marco fijado por el Legislativo¹¹.

c. Universidad Pedagógica y el Instituto Pedagógico Nacional

Con el Decreto 197 del 1º. de febrero de 1955, se creó la Universidad Pedagógica Nacional como una entidad autónoma cuyos principios están regulados en la Ley 30 de 1992. Por

⁹ Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla Bogotá, (9) De Octubre De (2003). Radicación Número: 05001-23-31-000-1993-0526-01(2812-02).

¹⁰ Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Radicación No. 13001-23-31-000-2003-01789 (1890-2008) del 12 de febrero de 2009

medio del mecanismo estatutario se adoptó el Instituto Pedagógico Nacional a través del Acuerdo No. 038 de 1995 como una Unidad Académica y Administrativa Especial adscrita a la Universidad Pedagógica Nacional, con el propósito de desarrollar una actividad que ofrezca educación en los niveles preescolar, básica y media.

Dicho Instituto Pedagógico Nacional al ser una unidad académica administrativa y especial de la Universidad Pedagógica Nacional, hace parte de su estructura interna, en los términos del artículo 1º del Acuerdo 076 de 1994, aprobado por el Decreto 2902 de 1994¹².

d. Calidad de docente del Instituto Pedagógico Nacional

Los docentes del mencionado Instituto, aunque dependan de la Universidad Pedagógica son servidores públicos docentes del nivel correspondiente en el que laboran y por ende, están sometidos al régimen pertinente, sin que haya lugar confundirlos con los docentes universitarios, vale decir, los que prestan los servicios educativos en el nivel universitario.

Es así como, los docentes que laboran en el Instituto Pedagógico se rigen por las disposiciones del Decreto 2277 de 1979 frente ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro por impartirse en dicho Instituto educación básica primaria y bachillerato y si bien es cierto en principio no se rigen por las leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, es posible en determinados casos acudir a ellas en cuanto sean compatibles¹³ siempre que su vinculación se haya dado en vigencia de dicho estatuto docente.

Adicionalmente, a pesar de que en su oportunidad el Decreto 54 de 1995¹⁴ remitía para efectos de la asignación básica mensual de los docentes del Instituto Pedagógico Nacional

¹¹ Corte Constitucional sentencia C-053 de 1998.

¹² Consejo de Estado Sección-Subsección “B” Primera nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012) Expediente núm. 250002324000 2002 01042 01.

¹³ Consejo de Estado Sección-Subsección “B” Segunda Radicación número: 25000-23-25-000-1995-9608-01(5058-02) de 21 abril de 2005.

¹⁴ Decreto 54 de 1995 regula la asignación básica mensual para los empleos del personal docente del nivel universitario.

al Decreto que expide el Gobierno Nacional, ello no implicaba que las demás normas del mismo Decreto fuesen aplicables al Instituto, por eso se indicaba que la asignación básica de los salarios de los docentes de dicho Instituto serían las establecidas por el Gobierno Nacional para el respectivo Escalafón.

De esta manera, la circunstancia de ser dependencia de la Universidad Pedagógica Nacional no significaba que el Instituto mencionado se rigiera por reglas diferentes pues existía un régimen especial para la Educación primaria y secundaria a la cual debía sujetarse la Universidad en lo atinente al Instituto Pedagógico Nacional.¹⁵

d. Régimen pensional docentes del Instituto Pedagógico Nacional

Revisado el contenido del Decreto 2277 de 1979 por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente, el mismo

[e]stablece 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 que se regirá por normas especiales. (Decreto 2277 de 1979)

Así, lo que se observa de la norma transcrita es que la misma estableció un régimen especial frente ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente, pero sin disponer nada respecto al régimen pensional¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado Sección-Subsección “B” Segunda Radicación número: 25000-23-25-000-1995-9608-01(5058-02) de 21 abril de 2005

¹⁶ “Los docentes que prestan sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3º del Decreto 2277 de 1979)

De esta forma, al no tener un régimen especial de pensiones, pues, el Decreto 2277 de 1979 no lo previó, los docentes del Instituto Pedagógico como dependencia de la Universidad Pedagógica, están sometidos en materia pensional a las reglas generales del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, salvo para aquellos que de conformidad con la Ley y el Acto Legislativo 01 de 2005, sean beneficiarios del régimen de transición.

e. Aspectos normativos de la compatibilidad pensional de los docentes oficiales

En el Decreto Ley 224 de 1972, se consagró en el artículo 5° la compatibilidad del ejercicio docente (con sueldo) y el goce de la pensión de jubilación (mesada pensional); lo cual implicaba que los docentes oficiales destinatarios de la norma, podían recibir al mismo tiempo el sueldo (por el cargo que desempeñaban) más la mesada pensional (por su situación de jubilados), hasta el límite temporal que consagraba la ley, esto es, al cumplir 65 años de edad.

Con posterioridad, el artículo 32 Decreto 1042 de 1978, exceptuó de la prohibición, respecto a cualquier otra asignación, las asignaciones provenientes del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, siempre que no se tratara de profesorado de tiempo completo.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 15 estableció la posibilidad que los docentes territoriales y algunos posteriormente nacionalizados (que acumularon tiempos en las dos relaciones) tuvieran derecho a la doble pensión docente (la ordinaria y la gracia) siempre que cumplieran los requisitos previstos para cada una de ellas.

pero no regula lo relativo a régimen pensional” (Ver sentencia de la Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Radicación No. 13001-23-31-000-2003-01789 (1890-2008) del 12 de febrero de 2009)

En el nuevo escenario constitucional, el artículo 128 de la Constitución de 1991 señaló dos prohibiciones¹⁷:

- i. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público.
- ii. Recibir dos o más asignaciones provenientes del tesoro público o de empresas o instituciones en las cuales el Estado tenga parte mayoritaria.¹⁸

El desarrollo legal del artículo 128 constitucional, se plasmó en el artículo 19 de la Ley 4^a de 1992, en donde se retomó la restricción señalada en la Constitución de 1991, y a la vez la extendió de forma taxativa a cargos que podían ser desempeñados de forma excepcional sin ir en contra de la prohibición constitucional.

Adicionalmente, el artículo 19 en el literal g) exceptuó para los docentes, las asignaciones en las que *“a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficieren a los servidores oficiales docentes pensionados.”*

Sobre el anterior literal el Consejo de Estado, a través de conceptos emitidos el 08 de agosto de 1995¹⁹ y el 23 de noviembre de 2000²⁰, tuvo la oportunidad de revisar su alcance, considerando que tal excepción no resultaba aplicable a los funcionarios oficiales docentes

¹⁷ Artículo 128. “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

¹⁸ El Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de mayo de 2001. Radicación No. 1344. C.P. sobre el vocablo “asignación”, indicó que el *“término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión “nadie” no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.”*

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 08 de agosto de 1995. Radicada No. 712.

que no hubieren acreditado los requisitos consagrados en la ley para causar el derecho a la pensión en el momento en que entró en vigencia la Ley 4ª, en la medida que los alcances del literal g) eran *i)* claros en su texto y atendiendo principios hermenéuticos, y *ii)* las excepciones previstas en normas jurídicas no son extensibles a casos semejantes, por analogía.²¹

De acuerdo con la posición jurídica del Consejo de Estado frente al literal g) del artículo 19 *ibídem*, la compatibilidad entre la pensión, cualquiera que sea y la asignación salarial u otra remuneración solo es procedente para los docentes que adquirieron su derecho pensional o les fue reconocida su pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992.

Sin embargo, después el inciso 4 artículo 6 de la Ley 60 de 1993,²² previó que el

[r]égimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones (...)

²⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de noviembre de 2000. Radicado No. 1305.

²¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 08 de agosto de 1995. Radicada No. 712: "Consecuencialmente la excepción prevista por el literal g), del artículo 19 de la ley 4ª de 1992 no es aplicable a los funcionarios oficiales docentes que no hubieren reunido la totalidad de los requisitos que prescribía la ley para obtener el derecho a la pensión en el momento en que entró en vigencia la ley 4 por cuanto los alcances del literal g) son claros en su texto; además, porque atendiendo principios de hermenéutica, las excepciones previstas en normas jurídicas no son extensibles al casos semejantes, por analogía."

²² Artículo 6 de la Ley 60 de 1993 establece que: "El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será

El Consejo de Estado, comparó lo previsto en el literal g) del artículo 19 de 1992 y el inciso 4 del artículo 6 de la Ley 6 de 1993, ante una aparente discordancia de las dos normas, señalando que tal discordancia legal, se puede resolver mediante el criterio interpretativo establecido en el artículo 2° de la Ley 153 de 1887, que prevé que como ambas leyes son aplicables en materia de compatibilidad prestacional para los docentes, la que debe ser aplicada, dependiendo del caso de que se trate, es la posterior, en este caso la Ley 60 de 1993²³.

Igualmente, con la expedición de la Ley 100 de 1993, dada su finalidad unificadora e integradora, a través del artículo 279 de la Ley 100 de 1993,²⁴ se establecieron excepciones relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, las cuales serían compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneración, coincidiendo con lo preceptuado en el artículo 5 del Decreto 224 de 1972 y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

No obstante, el legislador con la promulgación de la Ley 715 de 2001, derogó en su totalidad la Ley 60 de 1993, y con ello la regulación del articulado relacionado con la compatibilidad pensional de la actividad docente.

Aunado a lo anterior, el Gobierno Nacional expidió al año siguiente el Decreto Ley 1278 de 2002, por medio del cual, entre otros aspectos, señaló que el desempeño de cargos en el sector educativo estatal era incompatible con:

incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial-“

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia de 15 de mayo de 2008. Radicación No. 25000-23-25-000-2005-02018-01(2055-06). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁴ El inciso segundo del artículo 279 de la Ley 10 de 1993 establece: (...) "Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de los bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida-(...)"

- iii. El desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido
y
- iv. El goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares.

El precepto anterior provocó una nueva consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado quien mediante concepto No. 1459 de 2002²⁵, y con relación a las excepciones previstas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, y la aplicación restrictiva del artículo 128 de la Constitución Nacional, precisó que en el caso de los docentes, se debía considerar la fecha de vinculación para efectos de establecer la procedencia de la percepción de más de una asignación del tesoro.

f. Alcance de la compatibilidad prestacional y salario de los docentes oficiales

- **Doble asignación del tesoro en docentes oficiales**

Conviene señalar que frente a la doble asignación del tesoro público²⁶ y su incidencia en la diferenciación relativa a los aportes efectuados a una Administradora Pública de Pensiones

²⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 29 de agosto de 2002. Radicado No. 1459. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

‘Concepto del 8 de mayo de 2003. Radicación 1480 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: “ De todo lo anterior puede afirmarse que el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.(...).

"Así, es claro, que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público está directamente relacionada con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación - proveniente de entidades de previsión del Estado - y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del tesoro público. Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley.”

y a los realizados en entidades de previsión social de los empleados públicos, v.g., los docentes vinculados Universidad Pedagógica, el H. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 08 de mayo de 2003²⁷ precisó lo siguiente:

[e]s claro, entonces, que hoy y dentro del Sistema General de Pensiones, no se puede afirmar que las pensiones reconocidas por los fondos de pensiones o por el ISS, financiadas en todo o en parte con los aportes o cotizaciones de índole parafiscal obligatoria pagados por entes públicos a dichos fondos o al ISS, constituyen asignaciones provenientes del tesoro público, pues una vez pagadas dichas cotizaciones patronales en cumplimiento de ese deber legal, los recursos son del Sistema y no pertenecen ni a la Nación ni a las entidades que los administran. Con tales aportes, las entidades públicas satisfacen un deber legal respecto de sus servidores y, por consiguiente, los recursos salen de su patrimonio e ingresan al sistema general de pensiones, refundiéndose con todos los demás recursos del mismo sistema, los cuales si bien tienen naturaleza pública por provenir de una contribución parafiscal, no son propiedad de ninguna entidad. (...)

[c]onsecuencia natural de lo expuesto es que una misma persona no puede tener, en forma simultánea, el estatus de pensionado y el de afiliado o cotizante al Sistema General de Pensiones. (...)

Por tal razón, no es posible que un pensionado por vejez (que ya no tiene la expectativa del riesgo pues éste ya se produjo) se afilie nuevamente al Sistema General de Pensiones, para cubrir tal eventualidad. (...)

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2003, Consejera ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, radicación número: 1480.

[e]n tales regímenes anteriores, era posible que un pensionado por vejez del ISS pudiera ingresar a un cargo público y obtener una pensión de jubilación, o viceversa, que un pensionado con derecho a jubilación del sector público ingresara al sector privado y obtuviera la pensión de vejez pagada por el ISS, resultando compatibles la coexistencia de las dos.(...)

[c]uando el sistema se unifica y es uno sólo para todos los trabajadores, sean del sector público o del privado y, aún del independiente, ya no es posible pensar que un trabajador pueda adquirir dos pensiones de vejez provenientes del mismo Sistema General de Pensiones, salvo cuando una pensión la adquiere como fruto de sus propias cotizaciones y, la otra, en calidad de sobreviviente (pensión propia y pensión transmitida por causa de muerte).

La anterior regla describe que el reconocimiento de prestaciones que otorga el sistema general de pensiones, en el nuevo escenario de seguridad social impide que un pensionado docente pueda percibir simultáneamente una pensión.

- **Docentes asimilados**

Debe señalarse por otra parte que el artículo 5 del Decreto 2277 de 1979 señaló que 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.

Lo anterior vino que ratificar por el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 y la modificación prevista en la Ley 1297 de 2009 que determinó entre otros aspectos que

[p]ara ejercer la docencia en el servicio educativo se requiere Título de Normalista Superior expedido por una de las Normales Superiores

Reestructuradas, expresamente autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional o de Licenciado en Educación u otro título profesional expedido por una institución universitaria, nacional o extranjera, académicamente habilitada para ello (...).

De la misma forma, el Decreto 1278 de 2002 en su artículo 65 previó la figura de la asimilación para indicar que los

[e]ducadores con título profesional inscritos en el escalafón docente de conformidad con el Decreto-ley 2277 de 1979 y vinculados en propiedad a un cargo docente o directivo docente estatal, podrán asimilarse al nuevo escalafón si se someten a la misma evaluación de desempeño y de competencias realizadas para superar el periodo de prueba aplicadas a los educadores que poseen su misma formación profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de este decreto²⁸.

Los educadores que quieran asimilarse al nuevo escalafón y obtengan calificación satisfactoria en esta prueba, serán inscritos en el nuevo escalafón en el grado que les corresponda de conformidad con la formación que acrediten de acuerdo con el artículo 20 de este decreto, y serán ubicados en el primer nivel salarial de dicho grado, debiendo superar las otras evaluaciones y tiempos para cambiar de nivel salarial.

El artículo 66 *ibidem* previó además que para ser asimilado al nuevo escalafón docente se requería renunciar al cargo anterior y ser nombrado de nuevo.

²⁸ El artículo 30 de decreto 1278 de 2002 señaló frente al alcance de la evaluación que la misma para los “docentes y directivos docentes comprenderá al menos la preparación profesional, el compromiso y competencias, la aplicación al trabajo, y medirá de manera objetiva la responsabilidad profesional y funcional; la formación o perfeccionamiento alcanzado; la calidad de desempeño; la capacidad para alcanzar los logros, los estándares o los resultados de sus estudiantes, y los méritos excepcionales.”

De esta forma, al estar prevista la figura de la asimilación al nuevo escalafón docente para los docentes oficiales vinculados al sector educativo estatal a partir de la expedición del Decreto 1278 del 20 de Junio de 2002 los asimilados tampoco podrían percibir simultáneamente salario y pensión.

- **Compatibilidad prestacional y salarial en docentes oficiales**

Así, siguiendo el criterio orientador de la regla interpretativa expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 1459 de 2002²⁹, con relación a las excepciones previstas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, y la aplicación restrictiva del artículo 128 de la *Constitución* Nacional, debe considerarse la fecha de vinculación para efectos de establecer la procedencia de la percepción de más de una asignación del tesoro, o en vigencia de Ley 100 de 1993 una simultaneidad prestacional, estableciendo los siguientes escenarios³⁰:

- i. Si el docente oficial no adquirió el estatus de pensionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 o cuando estuvo vigente la Ley 60 de 1993, será incompatible la percepción de más de una asignación que se pague con cargo al erario, sin importar la naturaleza de la misma, incluidas las prestaciones económicas que reconoce Colpensiones.

- ii. Docentes del sector educativo estatal vinculados a partir de la vigencia del Decreto 1278 de 2002 (19 de junio) y a los asimilados³¹ que opten por ello³², de conformidad

²⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 29 de agosto de 2002. Radicado No. 1459. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

³⁰ Mediante concepto GND No.2016- 11520676 del 28 de septiembre de 2016 el autor del presente escrito tuvo la oportunidad de elaborar el anterior enfoque.

³¹ Decreto 1278 de 2002 Artículo 65 y 66.

³² Artículo 30. Alcance de la evaluación. La evaluación de los docentes y directivos docentes comprenderá al menos la preparación profesional, el compromiso y competencias, la aplicación al trabajo, y medirá de manera objetiva la responsabilidad profesional y funcional; la formación o

con los artículos 2° y 65 del mismo decreto NO pueden desempeñar simultáneamente cualquier otro cargo o servicio público retribuido, ni gozar de pensión, de jubilación, vejez, gracia o similares, esto es, la percepción simultánea de mas de un salario y mas de una pensión es incompatible.

Lo anterior, en la medida que:

El artículo 45° del Decreto 1278 de 2002 establecía de forma expresa la prohibición de percibir de forma simultánea asignaciones por el desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido y el goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares.

La declaratoria de inexecutable de algunos artículos del Decreto 1278 de 2002, entre los cuales se encuentra el referido artículo 45, por parte de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C – 1157 04 de diciembre de 2003, tuvo como efecto que la prohibición del artículo 128 de la Constitución Nacional, con la excepción consagrada en el literal g) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 recobrará vigencia.

- iii. Para los docentes vinculados antes de la vigencia del Decreto 1278 de 2002: Inscritos en el escalafón docente de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2277 de 1979, amparados por tal razón, por el régimen anterior, beneficiarios de las excepciones contenidas en el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, siempre y cuando no opten por la asimilación, caso en el cual les sería aplicable lo contemplado en el Decreto 1278 de 2002, pueden percibir de forma simultánea su salario u honorarios como docente y la pensión, por cuanto por expresa disposición legal, resultan compatibles.³³
- iv. Lo anterior precisando que de acuerdo con la posición jurídica del Consejo de Estado frente al literal g) del artículo 19 *ibídem*, la compatibilidad entre la pensión, cualquiera

perfeccionamiento alcanzado; la calidad de desempeño; la capacidad para alcanzar los logros, los estándares o los resultados de sus estudiantes, y los méritos excepcionales.

que sea y la asignación salarial u otra remuneración solo es procedente para los docentes que adquirieron su derecho pensional o les fue reconocida su pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992.

- v. Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido por las normas que los regían para esa fecha, es decir, la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.
- vi. Lo anterior precisando que de acuerdo con la posición jurídica del Consejo de Estado frente al literal g) del artículo 19 *ibídem*, la compatibilidad entre la pensión, cualquiera que sea y la asignación salarial u otra remuneración solo es procedente para los docentes que adquirieron su derecho pensional o les fue reconocida su pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992.
- vii. Para los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional es el régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, caso en el cual no es procedente la simultaneidad pensional.

g. a manera de conclusiones

En Colombia la recepción de la codificación medieval se dio mediante el proceso de colonización que trajo como consecuencia una serie de trasplantes jurídicos que hasta nuestros días han sido incorporados al desarrollo de nuestro derecho.

No se puede desconocer la influencia que han tenido en Colombia los dos sistemas jurídicos revisados, al punto que la Constitución ha recogido elementos importantes de uno y otro sistema que la han hecho dinámica y logrado contribuir al desarrollo y

³³ Concepto *ibídem*

reconstrucción de nuestro derecho y a partir de allí entender la génesis y prevalencia del mismo.

Al existir el precedente judicial como norma la misma puede ser anulada o corregida por decisiones posteriores pero salvaguardando los derechos fundamentales que como el trabajo humano tienen especial protección en nuestra Constitución, tal como lo ha reseñado la abundante jurisprudencia constitucional. Si uno de los elementos esenciales del trabajo humano es la remuneración, la misma no puede verse afectada por decisiones que vayan en contravía de su eficacia. La tensión que se podría generarse frente al principio de cosa juzgada y correlativamente con el de seguridad jurídica debe ceder y ponderarse ante cualquier vulneración de un derecho fundamental que como el trabajo se puede traducir en afectación a uno de sus elementos esenciales como la remuneración.

Los docentes del Instituto Pedagógico como dependencia de la Universidad Pedagógica, están sometidos en materia pensional a las reglas generales del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, salvo para aquellos que de conformidad con la Ley y el Acto Legislativo 01 de 2005, sean beneficiarios del régimen de transición.

La asignación mensual de un docente del Instituto Pedagógico Nacional percibida entre el 12 de agosto de 1993 y el 20 de diciembre de 2001 (día anterior a la entrada en vigencia de la Ley 715 de 2001), resulta compatible con la pensión de vejez que se cause en el mismo segmento de tiempo en el RPMPD de Sistema General de Pensiones siempre que ésta última se reconozca con fundamento en cotizaciones provenientes de empleadores particulares o realizadas como trabajador independiente o con empleadores diferentes a los tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación del sector público.

La asignación mensual de un docente del Instituto Pedagógico Nacional resulta incompatible con la pensión de vejez reconocida por el RPMPD de Sistema General de Pensiones si se percibe entre el 18 de mayo de 1992 y el 11 de agosto de 1993 (día anterior a la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993); así como el causado entre el 21 de diciembre de 2001 y el 19 de junio de 2002 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002) y para aquellos Docentes del sector educativo estatal vinculados a partir de la vigencia del Decreto 1278 de 2002 (20 de junio).

Igualmente, los Docentes vinculados a partir de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), que dispuso la inclusión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de los Docentes, quienes NO gozan de la compatibilidad prestacional.

De acuerdo con lo expuesto, la modificación de la jurisprudencia (anulación del precedente) entra en tensión con el derecho del trabajo de los docentes de la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia, que prestan sus servicios en la Unidad Académica Instituto Pedagógico Nacional, quienes están amparados por el Estatuto Docente con trámite de pensión en curso, y con vinculación anterior a la Ley 812 de 2003, en la medida en que la misma establece reglas jurisprudenciales basadas en cambios normativos en determinado momento que con posterioridad son modificados.

Lo anterior es observable en las reglas que se establecían frente a la percepción de la doble asignación siendo docente y pensionado a la vez. La jurisprudencia en un primer momento no admitía dicha posibilidad por cuando iba en contra del mandato del artículo 128 de la Constitución al prohibir que nadie puede percibir con cargo a recursos del erario doble asignación.

Con posterioridad la jurisprudencia morigeró dicha postura admitiendo dicha posibilidad de percibir salario y pensión a la vez pero solo en determinados momentos en donde el legislador lo estableciera, tal como en el desarrollo del ensayo se pudo apreciar.

REFERENCIAS

- Amado, J. (2003):*Ensayos de Filosofía Jurídica*. Bogotá.Temis.2003.
- Fasso, G, *Historia de la Filosofía del Derecho 3 Edad Contemporánea*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Ediciones Pirámide, Madrid, 1968.
- Hans K. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Porrúa.1979 Pags.256
- Hernandez G.(2006). *Método decisonal y vinculación al propio precedente*. Madrid. Debate. 2006.
- Koschaker.P. (1955). *Europa y el Derecho Romano*.Madrid. 1955.
- Raz, J. (1985) *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*. U.N.A.M., México, 1985, p. 237
- Roscoe P. (1954). *El Espíritu del Common Law*. Edit Bosch Barcelona (1954)
- Salguero M. (2002). *Argumentación Jurídica por Analogía*. Madrid Edit. Marcial Pons.2002.

Sodero E. (2006) *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonimia No. 21. Universidad Nacional de Córdoba. 2006

Tamayo J. *El precedente Judicial en Colombia*. Ed. Gustavo Ibañez. Bogotá 2011 pp xv y xvi.

Jurisprudencia constitucional

Corte Constitucional Sentencia C-539 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas

Corte Constitucional Sentencia C-816 de 2011 M.P. Mauricio González

Corte Constitucional Sentencia C-836 de 2001 MP Rodrigo Escobar Gil

Jurisprudencia constitucional

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de mayo de 2001.

-Concepto del 8 de mayo de 2003. Radicación 1480 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

-Consejo De Estado, Sección Segunda. Sentencia del 23 de Abril De 2009, Radicación 1848-08 Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

-Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación No. 13001-23-31-000-2003-01789 (1890-2008) del 12 de febrero de 2009.

-Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia del 03 de mayo de 2012 de la misma sección, radicación 1896-11 Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve