



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 13 1 ENE 2017.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARIA EVA BALAGUERA DE OVALLE

**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL
Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION
SOCIAL -U.G.P.P-**

EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2016-00061-00

Agotados los ritos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda:

MARIA EVA BALAGUERA DE OVALLE, identificada con cédula de ciudadanía N° 41.363.247 de Bogotá, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -U.G.P.P-**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (Fls. 50, 97)

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Que se declare que la Señora María Eva Balaguera de Ovalle es acreedora del reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte de su cónyuge José de Jesús Ovalle García.

1.2.2. Que se declare que la demandante es acreedora a la pensión de sobrevivientes desde el día 07 de Diciembre de 1990, fecha del fallecimiento de su cónyuge.

1.2.3. Que se ordene a la entidad demandada cancelar a la demandante las mesadas atrasadas causadas desde el día 07 de diciembre de 1990, hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados, por la muerte de su cónyuge.

1.2.4. Que se condene a la demandada a pagar a favor de la demandante los demás derechos que se logren probar dentro del proceso de acuerdo a las facultades ultra y extra petita previstas en el artículo 50 del C.P.T

Así mismo, en la audiencia inicial celebrada el día 25 de agosto de 2016, el Despacho efectuó un saneamiento del proceso consistente en considerar demandados los siguientes actos administrativos (fls. 226-227): **(i)** Resolución N° 23152 de fecha de 27 de abril de 1993, mediante la cual se sustituyó el 50% de la pensión de jubilación a Ciro Alberto y Magdalena Viviana Ovalle Balaguera, en calidad de hijos del causante, y se dejó en suspenso el otro 50% hasta tanto la señora María Eva Balaguera de Ovalle demostrara su derecho (Documento 96 del CD obrante a folio 87), **(ii)** Resolución N° 47154 del 30 de diciembre del 2004, mediante el cual se dejó en suspenso el 50% de la sustitución de la pensión gracia que le podría corresponder a la señora María Eva Balaguera de Ovalle (fls. 20-22), **(iii)** Resolución N° 1962 del 08 de marzo del 2006 que confirma la Resolución N° 47154 (Documento 162 del CD obrante a folio 87), **(iv)** Auto N° ADP-015258 del 22 de noviembre del 2013, mediante el cual se ordena el archivo de la solicitud elevada por la parte actora tendiendo al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (fls. 31-32).

1.3. Fundamentos Fácticos (Fls. 50-52, 98-99):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

1.3.1. Que el día 19 de Enero de 1963 el señor José de Jesús Ovalle García y la señora María Eva Balaguera de Ovalle contrajeron matrimonio católico.

1.3.2. Que el día 06 de diciembre 1990 falleció el señor José de Jesús Ovalle García.

1.3.3. Que la Señora María Eva Balaguera de Ovalle y el señor José de Jesús Ovalle García convivieron ininterrumpidamente bajo el mismo techo, desde la fecha de su matrimonio hasta el día del fallecimiento del señor José de Jesús Ovalle, es decir, durante 27 años, tiempo durante el cual procrearon cinco hijos.

1.3.4. Que la señora María Eva Balaguera de Ovalle dependía económicamente del señor José de Jesús Ovalle García durante todo el tiempo de convivencia.

1.3.5. Que, mediante Resolución N° 410 del 16 de agosto del 1960, le fue reconocida pensión de jubilación al señor José de Jesús Ovalle García, la cual fue reajustada mediante Resoluciones N° 055 del 13 de enero de 1970 y N° 2859 del 10 de noviembre de 1972.

1.3.6. Que la señora María Eva Balaguera de Ovalle ha solicitado la sustitución pensional a la UGPP, no obstante por contradicción en la declaración de la señora Fanny Ovalle de Pineda acerca de la convivencia de la demandante con el causante, se le ha negado el derecho.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación (Fls. 5 a 10):

Como normas violadas se establecieron las siguientes:

- ✦ De orden legal: Ley 1437 de 2011, artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, y Ley 797 de 2003.

Como concepto de la violación, se arguye que la accionante cumple con los requisitos de las normas citadas, por lo que le asiste el derecho a obtener la asignación en calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, traducida en el pago de una mesada mensual vitalicia con base en la medida aritmética respectiva acumulada en el tiempo, desde la fecha en que la sustitución le ha sido negada.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral el día cuatro (04) de febrero de dos mil quince (2015) y repartida de conformidad con acta individual de reparto del mismo día al Juzgado Veintiséis Laboral de Circuito de Bogotá (fl. 47).

Posteriormente, mediante auto del diecisiete (17) de abril de dos mil quince (2015), el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, admitió la demanda (fl. 55), y ordenó la notificación a la entidad demandada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita de folios 56 a 59 del expediente.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda por el termino de diez (10) días hábiles, lapso dentro del cual la entidad accionada contestó la demanda (fls. 60-63)

Luego, mediante auto del 30 de julio de 2015 se tuvo por contestada la demanda, se reconoció personería al apoderado de la entidad accionada y se fijó fecha para la realización de la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio de que trata el artículo 177 del CPT y de la SS.

La diligencia se llevó a cabo el día 17 de septiembre de 2015, no obstante en la misma no se surtieron las etapas de que trata el artículo 177 del CPT y de la SS, pues el Despacho advirtió que carecía de competencia para tramitar el proceso, razón por la cual ordenó remitir el presente asunto a la Jurisdicción Administrativa, correspondiendo por reparto a

este Juzgado, según se observa del acta individual de reparto del día 13 de mayo de 2016, obrante a folio 1.

En este sentido, este Juzgado, mediante auto del 13 de julio de 2016, avoco conocimiento del presente proceso, conservo la validez de las actuaciones surtidas por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá hasta el auto proferido el 30 de julio de 2015, y se ordenó correr traslado de las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad accionada en la contestación de la demanda. En consecuencia, la Secretaria de este Juzgado corrió traslado de las excepciones de conformidad con el artículo 175 parágrafo 2 del C.P.A.C.A., según se observa a folio 147.

Así, transcurrido tal término, mediante auto del tres (03) de agosto de 2016 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (fls. 151-152).

Tal diligencia se llevó a cabo el día veinticinco (25) de agosto del año 2016, según consta en el acta que reposa de folios 225 a 234 del expediente, y de la cual puede destacarse que hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día veinticuatro (24) de octubre del 2016, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (Fls. 251-254), diligencia en la que se dio por finalizada la etapa probatoria y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la demanda.

Dentro del término de traslado para la contestación de la demanda, **el apoderado de la entidad demandada**, se opone a que se reconozca la sustitución de la pensión de vejez

a la demandante por cuanto no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiaria, pues no hay pruebas que demuestren que la demandante convivía con el señor José de Jesús Ovalle García, siendo uno de los requisitos la convivencia y el otro la dependencia económica del causante al momento de su muerte, lo que para el caso que nos ocupa no está demostrado.

2.2. Militan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- ✓ Copia de la Resolución N° 47154 del 30 de diciembre del 2004, mediante el cual se dejó en suspenso el 50% de la sustitución de la pensión gracia que le podría corresponder a la señora María Eva Balaguera de Ovalle. (Fls. 20-22).
- ✓ Copia de la orden de archivo del proceso penal N° 2013-00548, de fecha 26 de marzo del 2013, emitida por la Fiscalía 238 Seccional de Bogotá, la cual tiene como causal la atipicidad de la conducta punible (Fls. 23-30).
- ✓ Copia del Auto N° ADP 015258 del 22 de noviembre del 2013, mediante el cual la UGPP ordena el archivo de la solicitud presentada por la demandante el día 28 de octubre de 2013 relacionada con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con ocasión de la muerte del señor José de Jesús Ovalle García (Fl. 31-32).
- ✓ Copia de la partida de matrimonio celebrado el día 19 de enero de 1963 entre la demandante y el señor José de Jesús Ovalle García en la Parroquia San Vicente de Paul de Bogotá. (Fls. 33).
- ✓ Copia del Registro Civil de Matrimonio N° 1410219 de fecha catorce (14) de febrero de 1991, en donde consta el registro del matrimonio que contrajo la demandante y el señor José de Jesús Ovalle García en la Parroquia San Vicente de Paul de Bogotá (Fl. 34).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-0061

Demandante: Eva Balaguera de Ovalle

Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social U.G.P.P

- ✓ Copia del Registro Civil de Defunción del señor José de Jesús Ovalle García y que tiene como fecha de defunción el día 06 de diciembre de 1990. (Fl. 35).
- ✓ Declaraciones rendidas por Pedro Manuel Balaguera López, María Victoria Ovalle Balaguera, María Rocío Muñeton de Espitia, María Teresa Suarez Delgado, Sonia Leonor Bustos Morales, Alcira Carrero, Cecilia Hernández Cruz, Olga María Valero Moreno, María Helena Bustos de Becerra, Aurora Ovalle de Bustos y María Victoria Ovalle Balaguera, quienes manifestaron bajo la gravedad de juramento que la señora María Eva Balaguera de Ovalle convivio de manera permanente e interrumpida con el señor José de Jesús Ovalle García desde el día 19 de Enero de 1963 hasta el día 06 de diciembre de 1990, día de su fallecimiento. (Fls. 36-46, 130).
- ✓ CD que contiene el expediente administrativo del presente asunto que obra en los archivos de la entidad accionada (fls. 87-88, 121)
- ✓ Copia de algunos comprobantes de pago del Fopep a la accionante por concepto de sustitución de los años 1999 y 2001 a 2006 (fls. 123-129)
- ✓ Copia del expediente administrativo (fls. 131-138)
- ✓ Testimonio recepcionado en audiencia de pruebas de fecha 24 de octubre de 2016 del señor, Ciro Alberto Ovalle Balaguera, quien manifestó: (i) Que conoce a la accionante y al señor José de Jesús Ovalle por cuanto son sus padres; (ii) Que la accionante y al señor José de Jesús Ovalle son casados por la iglesia y tenían su relación marital o matrimonial; (iii) Que la accionante convivio hasta el último momento con su papá en la ciudad de Bogotá y estuvo en el Hospital con él; (iv) Que la accionante dependía económicamente del señor José de Jesús Ovalle, pues le daba parte del sustento del dinero de la pensión; (v) Que el testigo recibió parte de la sustitución pensional que reclama la demandante cuando se encontraba estudiando en la universidad; (vi) Que además de él, Viviana recibió ese beneficio;

(vii) Que su madre no ha podido disfrutar de ese beneficio; (viii) Que su madre era enfermera auxiliar antes del fallecimiento de su padre y actualmente todavía es enfermera auxiliar; (ix) Que no sabe con exactitud quien corrió con los gastos fúnebres de su padre, que tal vez fueron sus medio hermanos. (fl. 255)

- ✓ Testimonio recepcionado en audiencia de pruebas de fecha 24 de octubre de 2016 de la señora, María Helena Bustos Ovalle, quien manifestó: (i) Que conoce a la accionante porque es la esposa de su abuelo, ya que su abuelo enviudo y se volvió a casar con la accionante, y ella convivió con su abuelo porque se casaron legítimamente por la iglesia; (ii) Que se acuerda que la accionante trabajaba y acompañó a su abuelo en su tiempo de vejez, (iii) Que su abuelo murió como de 93 años y habían unos hijos; (iv) Que ella vivía cerca de su abuelo y compartía con él y con la demandante porque ella era su esposa; (v) Que como ella vivía con sus padres cerca de su abuelo, siempre estaban pendientes de su abuelo y la demandante también, y cuando la accionante estaba trabajando había una empleada que estaba pendiente de los niños, pero todo el tiempo ellos vivían los dos muy cerca de donde la testigo vivía, y siempre estaban muy cerca con su tía Fanny; (vi) Que vivían los dos (la accionante y el señor José de Jesús Ovalle) con sus niños; (vii) Que ellos vivían en la Estrada y pasando el parque era la casa de su abuelo, y Eva estaba todo el tiempo con él, trabajaba y vivía en su casa todo el tiempo con él, siempre lo acompañó; (viii) Que no sabe en su totalidad cómo eran los gastos de la demandante y del señor José de Jesús Ovalle, pero siempre vio a la demandante trabajando y a su abuelo al frente de los gastos con los niños, pero a la demandante siempre le gusto estar trabajando y siempre al pendiente de la salud de su abuelo, que cuando él se agravo ella siempre estuvo en el Hospital pendiente de él; (ix) Que los hijos de su abuelo y de la demandante son: José Ovalle, María Victoria, Juan, Ciro Alberto y Viviana; (x) Que su abuela era Mariela Cuadros de Ovalle, la primera esposa de su abuelo; (xi) Que ella compartió más con su abuelo ya casado con la segunda esposa porque no conoció a su abuela, entonces compartió fue con su abuelo y con su segunda esposa; (xii) Que actualmente la demandante trabaja, que no ha dejado de trabajar, que le parece

que ya le salió la pensión que se ganó por su trabajo, pero la pensión es muy pequeña y no le alcanza, por eso tiene que trabajar, todo el tiempo ha trabajado desde que la conoce; (xiii) Que han habido momentos en que la demandante ha estado muy enferma y así ha tenido que ir a trabajar porque no tenía otra cosa con que sostenerse hasta que le salió la pensión, que fue demorada, pero los gastos de ella y sola es bastante difícil. (fl. 255)

- ✓ Testimonio recepcionado en audiencia de pruebas de fecha 24 de octubre de 2016 del señor, Emilio Cartagena Lozano, quien manifestó: (i) Que conoce a la demandante porque es su cuñada, es casado con una de las hermanas, y al señor Ovalle por ende también lo conoce, que los conoció cuando convivían en su matrimonio normal; (ii) Que la relación de la demandante con el señor José de Jesús Ovalle era una relación de matrimonio normal con sus cinco hijos, convivían juntos en su hogar, y le consta porque son familiares y porque la convivencia de ellos fue sana, participaban mucho con ellos como familia; (iii) Que conoció a la demandante y al señor José de Jesús Ovalle cuando vivían juntos en el barrio Estrada de Bogotá desde hace más de 40 años, conoció que convivían en su matrimonio en el mismo techo con sus hijos normalmente; (iv) Que la demandante dependía directamente como esposa del señor Ovalle; (v) Que el matrimonio de la accionante con el señor José de Jesús Ovalle es un matrimonio católico, que no sabe la fecha exacta pero fue hace por los menos unos 40 años atrás, (vi) Que la demandante estuvo presente en el funeral del señor Ovalle con sus hijos; (vii) Que la demandante está dedicada a cuidar personas porque estudio enfermería; (viii) Que la accionante socorrió al señor José de Jesús Ovalle en el momento de la enfermedad, hubo otras personas que colaboraron pero directamente la demandante; (ix) Que como el señor José de Jesús Ovalle era una persona cabeza de hogar y por ser una persona más adulta que la demandante, la demandante dependía directamente de él, y los ingresos provenían de un colegio que el señor Ovalle tenía en ese momento, el Colegio era María Auxiliadora que quedaba en el barrio Estrada; (x) Que la demandante se dedicaba al hogar y a sus hijos antes del fallecimiento antes del señor José de Jesús Ovalle. (fl. 255)

2.3. Alegatos de conclusión.

2.3.1. Alegatos de la parte demandante (fls. 259 a 261):

En suma, reitero los argumentos expuestos en la demanda, agregando que con las pruebas testimoniales y documentales allegadas con la demanda y practicadas en audiencia, se pudo demostrar que la demandante convivió de manera permanente y estable bajo el mismo techo con su esposo, el señor José de Jesús Ovalle García y que dependió económicamente del señor, por tanto la misma tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

2.3.2. Alegatos de la parte demandada (Fls. 262 a 264)

La entidad demandada, en el término concedido para presentar su escrito de alegatos de conclusión, manifestó que dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la sustitución pensional se encuentra la convivencia con el pensionado en un término mínimo de 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento, y en el presente caso se evidencian algunas inconsistencias respecto a la convivencia de la demandante con el señor José de Jesús Ovalle, por cuanto las declaraciones extra juicio aportadas de la señora Fanny Ovalle De Pineda indican que la hoy demandante pudo no haber convivido durante los últimos 5 años. Así mismo, indica que la accionante aun en vida del causante y después de su fallecimiento no dependía económicamente del pensionado fallecido, pues ha laborado como auxiliar de enfermería y de contera devenga una prestación periódica.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

3.1. Cuestiones previas.

3.1.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas al expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del C.P.A.C.A., se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹.

Aclarado lo anterior, el Despacho se adentra a estudiar el fondo del presente asunto, para lo cual se recordara el problema jurídico planteado durante el trámite de la audiencia inicial, así:

3.1. Problema Jurídico a resolver:

El fundamento del presente proceso es decidir sobre la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución N° 23152 de fecha de 27 de abril de 1993, mediante la cual se sustituyó el 50% de la pensión de jubilación a Ciro Alberto y Magdalena Viviana Ovalle Balaguera, en calidad de hijos del causante, y se dejó en suspenso el otro 50% hasta tanto la señora María Eva Balaguera de Ovalle demostrara su derecho; la Resolución N° 47154 del 30 de diciembre del 2004, mediante el cual se dejó en suspenso el 50% de la sustitución de la pensión gracia que le podría corresponder a la señora María Eva Balaguera de Ovalle; la Resolución N° 1962 del 08 de marzo del 2006

¹ Ver el artículo 626

que confirma la Resolución N° 47154 y el Auto N° ADP-015258 del 22 de noviembre del 2013, mediante el cual se ordena el archivo de la solicitud elevada por la parte actora tendiendo al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Para efectos de dictar sentencia dentro del presente proceso, se hace necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿Tiene derecho la señora **MARIA EVA BALAGUERA DE OVALLE** al reconocimiento, liquidación y pago de la sustitución de la pensión gracia que en vida disfrutaba el señor José de Jesús Ovalle García?

3.3. Argumentos y Sub argumentos que resuelven el problema jurídico planteado.

En orden a resolver el problema jurídico el Despacho analizara: (i) El Marco Normativo de la pensión gracia, (ii) La liquidación de la pensión gracia, (iii) La sustitución de la pensión gracia y la normatividad aplicable, y (iii) El caso concreto.

3.3.1. Del Marco Normativo de la pensión gracia.

La pensión gracia, es una prestación de carácter especial y vitalicia, que surgió para conceder una gracia económica a los Maestros de Escuelas Primarias Oficiales de carácter regional que no tenían el mismo nivel salarial de los docentes nacionales, por razones de capacidad presupuestal de las regiones. Se consagró en la Ley 114 de 1913 en cuantía equivalente a la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años, siempre y cuando no hayan recibido o reciban otra pensión o recompensa de carácter nacional; por lo anterior, quedaban excluidos los docentes nacionales al recibir remuneración de la Nación.

A su turno el artículo 6o. de la Ley 116 de 1928, extendió el anterior beneficio a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública, sumándose para el cómputo de los años los prestados tanto en la enseñanza

primaria como en la normalista, así como la relacionada con la inspección sin importar el carácter continuo o discontinuo de cada una de ellas.

El carácter restrictivo de los anteriores beneficios, fue ampliado aún más por la Ley 37 de 1933, incluyendo a los maestros de establecimientos de enseñanza secundaria; específicamente el artículo 3o inciso 2o. menciona: "Hácese extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicio mencionados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria."

Por otra parte, la Ley 4 de 1966, por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones, en su artículo 4º consigna que a partir de su vigencia, estas pensiones previstas para los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Tales parámetros fueron recogidos por la Ley 91 de 1989, reiterando el derecho de los docentes que estuvieran vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y que tuviesen o llegasen a tener los requisitos exigidos por las leyes anteriormente mencionadas y manifestando su compatibilidad con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar a cargo total o parcial de la Nación. Por lo anterior, es forzoso concluir que los docentes vinculados después de la fecha referida no podrán beneficiarse de dicha pensión, pues al establecerse el escalafón docente los docentes fueron acomodándose en el nivel correspondiente y así, nivelándose y ganado en forma similar a sus pares.

En conclusión, el beneficiario de la pensión gracia podía indistintamente laborar parte de los veinte (20) años de servicio como profesor de las escuelas normales, las escuelas primarias o con vinculaciones en establecimientos de enseñanza secundaria, sin que en un momento dado queden excluidos quienes hubieren alcanzado la totalidad del tiempo en el servicio docente en secundaria, o incluso con tiempos

servidos en la enseñanza vocacional, en la medida en que de tiempo atrás el ejecutivo mediante el artículo 2º del Decreto 3362 de 1954, dispuso involucrar a la enseñanza primaria los programas a cargo de las escuelas vocacionales agropecuarias y las escuelas de hogar, en un esfuerzo por ampliar el campo de acción de la educación primaria en Colombia, nacionalizada a través del Decreto 2838 de septiembre 25 de 1954 y que la norma referida reglamentó.

De acuerdo con todo lo anterior, para tener derecho al reconocimiento de la pensión gracia, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

- ✓ Ser o haber sido docente territorial o nacionalizado.
- ✓ Tener 50 años de edad, o hallarse en incapacidad por enfermedad u otra causa.
- ✓ La prestación del servicio docente por espacio no menor de 20 años.
- ✓ Acreditar que el vínculo laboral como docente del magisterio ocurrió con anterioridad al 31 de diciembre de 1980.
- ✓ Que se haya desempeñado con honradez, consagración y buena conducta².

3.3.2. De la liquidación de la pensión gracia.

En cuanto al periodo del cual se tomaban los factores salariales para la liquidación de la pensión gracia, tenemos que decir, que en virtud de lo establecido en el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, modificadorio del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, se pasó del promedio que hubiere devengado en los *dos últimos años*, a determinar que la pensión de jubilación de los servidores del ramo docente –entre las cuales indudablemente

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. sentencia de 6 de agosto de 2009. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Exp: 25000-23-25-000-2006-03436-01(0019-09)

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-0061

Demandante: Eva Balaguera de Ovalle

Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social U.G.P.P

se encuentra la denominada pensión de jubilación gracia, por ser de carácter docente- se liquidará de acuerdo con el promedio de *los sueldos devengados durante el último año*.

Luego, respecto del monto de la pensión, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1.966, estableció que se tomaría como base para la liquidación de la prestación especial, el 75% del promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios. Esta normatividad fue reglamentada por el artículo 5o. del Decreto 1743 de la misma anualidad, reiterando que a partir del 23 abril de 1966 las pensiones de jubilación o de invalidez de los servidores de las entidades de derecho público –que no excluyó la pensión especial docente ya citada- se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios, norma que ha venido siendo aplicada por la Administración y la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de la pensión de jubilación gracia.

Lo anterior tiene respaldo en pronunciamiento hecho por el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 26 de marzo de 1992, en el que se determina la no pertinencia de aplicar las Leyes 33 y 62 de 1.985 para el reconocimiento y liquidación de pensiones de carácter especial y excepcional, en el que se indicó:

“La ley 33 de 1985 modificó el régimen de las prestaciones sociales de algunos servidores públicos que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva.-

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 prescribe que el “empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Pero el inciso 2º de la transcrita disposición excluye de ella a “los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente” y a los que, de conformidad con la ley, “disfruten de un régimen especial de pensiones.”

De manera que, para los efectos de la pensión de Jubilación, existen varios regímenes: el regulado por la Ley 33 de 1985, el de los empleados oficiales que, por razón de la naturaleza de las actividades que desempeñan, tienen carácter excepcional y los regulados especialmente por la ley”.

(...)

La Sala considera que, según su contexto, las disposiciones transcritas se refieren exclusivamente a las pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985 para algunos empleados oficiales, nacionales, regionales y locales, y que no comprenden ni le son aplicables a los empleados que según el artículo 1° inciso 2°, de la misma ley, tienen un régimen legal excepcional o especial.

Por consiguiente, las pensiones de jubilación de los empleados con régimen legal excepcional o especial se liquidan exclusivamente con fundamento en las disposiciones del correspondiente estatuto, a menos que el mismo remita a las de carácter general. En éste orden de ideas, los factores de la remuneración que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación exclusivamente son los que prescribe o determine el pertinente estatuto excepcional o especial: el artículo 1°, inciso 2° de la Ley 33 de 1985 remite a cada uno de ellos, que en consecuencia, constituye la única fuente legal para el reconocimiento de las correspondientes pensiones de jubilación”.

De manera que los Estatutos legales especiales, relativos a las pensiones de jubilación, toman como base para liquidar la pensión de jubilación la última remuneración en el último año, en el último mes o en el último semestre, según las disposiciones específicas de cada uno de ellos.

(...)

De manera que, en conclusión, las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales deben liquidarse con fundamento en el correspondiente estatuto. La Remuneración, para estos efectos, es todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial, por causa directa o indirecta, de su vinculación laboral.

Con fundamento en todo lo expuesto, la Sala responde:

1°. Las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales no pueden liquidarse con fundamento en los factores prescritos en el artículo 3°, inciso 2° de la ley 33 de 1985 porque no les es aplicables.

2°. Las pensiones regidas por leyes especiales se deben liquidar exclusivamente con fundamento en ellas. Cada uno de estos estatutos tiene carácter especial y prevaleciente.

3°. Las pensiones reguladas por leyes especiales se liquidan con fundamento, no en los aportes, sino en la remuneración que es todo lo que percibe el empleado o trabajador, directa o indirectamente, por causa de su relación laboral.³ (Negrilla y Subraya fuera de texto)”

En esta misma línea y específicamente para el caso de la pensión gracia, en sentencia del 20 de mayo de 2004, manifestó:

“El artículo 1° de la Ley 33 de 1985, determina:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. HUMBERTO MORA OSEJO, Concepto No. 433 del 26 de marzo de 1992, Consulta elevada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Taxja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-0061

Demandante: Eoa. Balaguera de Ovalle

Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social U.G.P.P

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones... Si bien es cierto que la citada ley limitó el valor de liquidación de las mesadas pensionales al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, nótese cómo esta normatividad **exceptuó expresamente a aquellos empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso del demandante, por ser beneficiario de la "pensión gracia", que se otorga en los Maestros de Escuelas Primarias Oficiales con veinte años de servicio y cincuenta de edad.***

Por esta razón la pensión no puede liquidarse con base en el valor de los aportes durante el último año de servicios, porque esta pensión es a cargo exclusivo del Tesoro Nacional, y por ser de carácter excepcional no se requiere afiliación a la Caja de Previsión Nacional, ni hacer aportes, porque como ya se dijo, no se ha expedido una norma especial que así lo establezca.⁴ (Negrilla y Subraya del Despacho)"

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, colige el Despacho que la pensión gracia debe reconocerse de acuerdo con su normatividad especial, en la cual se establece que la liquidación debe hacerse con base en los factores salariales devengados en el año de cumplimiento del estatus pensional, sobre los cuales no es necesario haber hecho ningún aporte, toda vez que como ya se mencionó, este beneficio prestacional goza de carácter especial, frente al cual no hay norma que consagre dicha obligación.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado en sentencias del 16 de febrero de 2006⁵ y el 15 de Mayo de 2007⁶ especificó el periodo del cual se deben tomar los factores salariales para la liquidación de la pensión jubilación gracia, al respecto expuso:

*"La pensión gracia no puede liquidarse con base en el valor de los aportes durante el año anterior a su causación, en aplicación del inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, toda vez que esta pensión, a pesar de estar a cargo del Tesoro Nacional, está sujeta a un régimen especial que no requiere afiliación del beneficiario a la Caja Nacional de Previsión Social ni hacer aportes para el efecto. Por tanto, **la jurisprudencia de ésta Corporación se ratifica, en que la entidad demandada debe incluir para liquidar la pensión gracia, los factores salariales devengados durante el año anterior a aquel en que la actora adquirió***

⁴ Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Sentencia de fecha 20 de mayo de 2004, expediente No. 050012331000200203359 01

⁵ Sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente N° 25000-23-25-000-2003-09500-01(3776-05) de Consejo de Estado - Sección Segunda, Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, quince (15) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-25-000-2002-01584-01(3635-05)

el status pensional, por tratarse de un régimen especial, que tiene efectos legales aun con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, por expresa consagración de su artículo 1°, siempre y cuando se cumpla con los requisitos para tal prestación. Por último, es oportuno reiterar que la orientación dada por el legislador para el reconocimiento de la pensión gracia, fue beneficiar a aquellos docentes territoriales que tenían una diferencia salarial frente a los maestros de carácter nacional. Por lo que se considera un régimen especial y excepcional de pensión, que no está sujeto a las normas generales que regulan la materia. Al ser un régimen exclusivo, instituido para cumplir su finalidad, debe estar sujeto a las disposiciones contenidas en las normas especiales, por lo que su liquidación se hace cuando el pensionado adquiere el status, o sea, cuando cumple el requisito de los 20 años de servicio, y su reconocimiento será cuando cumple la edad de 50 años, demostrando no haber recibido pensión o recompensa del nivel nacional, al igual que su honradez y consagración..." (Negrilla del Despacho)

Posición que ha sido reiterada en pronunciamiento más reciente, en el que se indicó:

*"En ese orden de ideas se resalta que la reliquidación de la pensión gracia para incluir los **factores percibidos por el docente, procede solamente respecto de aquellos percibidos en el año anterior a la fecha en la que adquirió el estatus de pensionado, dado que se trata de un prestación especial** que no se liquida con base en el valor de aportes durante el año anterior al retiro definitivo de servicios, sino con base en el valor de los factores salariales devengados en el años anterior a la fecha en que adquirió su status."*

De acuerdo con todo lo expuesto se tiene que la liquidación de la pensión gracia debe hacerse en un 75% del promedio mensual obtenido en el año anterior a la fecha en que se adquirió el estatus para ser beneficiario de la pensión gracia.

3.3.3. De la naturaleza de la pensión de sobreviviente y/o de la sustitución pensional:

La pensión de sobreviviente ha sido instituida por el legislador a fin de brindar protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, pues con esta se pretende evitar "que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección"⁷ y, por tanto, busca que "las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean

⁷ Sentencia del 6 de octubre de 2011, Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación N° 05001-23-31-000-2003-01008-01 (0308-11)

⁸ sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006

alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido⁹."

Respecto de la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes, la H. Corte Constitucional en sentencia C-111 de febrero 22 de 2006, indicó que en desarrollo de los principios de justicia retributiva y de equidad, *"la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"*.

3.3.4. De la sustitución de la pensión gracia y de la normatividad aplicable.

Sobre la posibilidad de sustituir la pensión gracia, el H. Consejo de Estado ha sido constante en considerar que si bien la normatividad que reguló la pensión gracia no dispuso nada con relación a la sustitución pensional a los beneficiarios del docente fallecido, también es cierto que no la prohibió y no contempló la pérdida de dicha pensión con el fallecimiento del docente pensionado o con el derecho ya adquirido. En este sentido, se puede encontrar, entre otras, la sentencia del cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010)¹⁰, en la que expuso las razones por las cuales la pensión gracia puede ser sustituible, veamos:

"(...)

*En este orden de ideas, es necesario concluir que la pensión gracia, tal como lo ha entendido la Jurisprudencia y la Doctrina, es una **pensión especial de origen legal cuya gratuidad, es decir, la ausencia de aportes o cotizaciones para tal efecto, no impide su consolidación como derecho adquirido con justo título y por ende su aptitud para ser sustituida en caso de muerte del beneficiario**, pues una vez configurados los elementos que permiten el otorgamiento de la pensión gracia, se entiende que el derecho ingresa al patrimonio del docente tornándose potencialmente sustituible dada su naturaleza pensional y la categoría de derecho*

⁹ sentencia C-1094 de noviembre 19 de 2003

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09).

adquirido que obtiene una vez consolidado.

Debe aclararse además que dentro de nuestro ordenamiento legal el régimen de sustitución pensional se consagró como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger el núcleo familiar inmediato del empleado que muere siendo titular de una pensión, de manera que éstos gocen del mismo grado de seguridad social y económica con que contarían en vida del fallecido, lo que independiza la viabilidad del derecho a la sustitución pensional de la existencia de aportes para conformar el derecho pensional primigenio.

Ahora, si bien la normatividad especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.

Bajo la motivación precedente se concluye **la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, pues si bien su causa jurídica es diferente, estas comparten por voluntad del Legislador la misma naturaleza, y en materia de sustitución, la misma finalidad de amparo a la familia más próxima de quien antes de fallecer adquirió el derecho**, de manera pues, que resultan aplicables en tal sentido las normas generales que regulan la materia, vigentes al momento del deceso del docente.”

Así las cosas, encuentra el Despacho que la razón por la cual la pensión gracia puede ser sustituible consiste en que dicha pensión y la pensión de sobreviviente comparten la misma finalidad, esta es amparar a la familia de quien adquirió el derecho.

Ahora bien, en atención a que –como se mencionó con anterioridad- la normatividad que contempla la pensión gracia no consagró la sustitución de la misma, sino que dicho derecho ha sido un desarrollo jurisprudencial; el H. Consejo de Estado ha establecido que, en virtud del principio de favorabilidad, para la mencionada sustitución deben aplicarse las normas generales que la contemplan que estuviesen vigentes al momento del fallecimiento del causante, para tal efecto dicha Corporación realizó un análisis normativo de las leyes que regularon el tema de la sustitución pensional de la siguiente manera:

“...Normatividad Aplicable

(...)

La sustitución pensional fue regulada inicialmente por el artículo 92 del Decreto 1848 de 1969 a favor de la cónyuge y los hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o

invalidez, del empleado pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, quienes tendrían el derecho a percibirla durante los dos años siguientes al fallecimiento del pensionado.

La Ley 33 de 1973, transformó en vitalicias las pensiones de las viudas y de los hijos que sustituían la prestación del empleado fallecido.

La Ley 12 de 1975, en su artículo 1, incluyó como beneficiaria de la sustitución pensional a la compañera permanente del pensionado fallecido con el siguiente tenor literal:

“El cónyuge superviviente o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas”.

La Ley 44 de 1980, estableció el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales permitiéndole al pensionado modificar los beneficiarios de la sustitución pensional a través de memorial dirigido a la entidad correspondiente indicando sus nombres y en el parágrafo del artículo 1 dispuso:

“ARTÍCULO 1o. El pensionado oficial que desee facilitar el traspaso de su pensión en caso de muerte a su cónyuge, sus hijos menores o inválidos permanentes, deberá dirigir un memorial en tal sentido a la entidad pagadora, en el cual indique la Resolución que le reconoció la pensión y el nombre de aquel o aquellos, adjuntando las respectivas partidas de matrimonio y de nacimiento, si entre los beneficiarios hay algún inválido permanente, deberá someterlo a examen médico de la entidad para que dictaminen sobre la calidad de la invalidez, o de los médicos que dicha entidad señale, a falta de médicos a su servicio. La solicitud se presentará por duplicado a fin de que un ejemplar se adhiera a la Resolución de pensión y el otro se devuelva al solicitante con la constancia de su presentación. PARAGRAFO. El hecho de que el pensionado no hubiera revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de este la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa.”.

La Ley 113 de 1985, adicionó la Ley 12 de 1975 en el sentido de entender que es cónyuge superviviente la persona con la que se encuentre vigente el vínculo matrimonial; además, extendió el derecho a la sustitución en los casos en que el empleado fallecido no hubiere sido pensionado aún pero que tuviera los requisitos para ello y también a la compañera permanente.

La Ley 71 de 1988 en su artículo 3, extendió las previsiones sobre sustitución pensional previstas en las normas anteriores a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado estableciendo las siguientes condiciones:

“1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí. 2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales. 3. Si no hubiere cónyuge superviviente o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres. 4. Si no hubiere cónyuge superviviente, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.”.

A su vez, la Ley 100 de 1993, en su artículo 47, determinó los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido; b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste. d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste". (Aparte tachado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-111-06 de 22 de febrero de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil).

La norma anterior fue modificada por la Ley 797 de 2003, ampliando el plazo de convivencia exigido a 5 años y reguló, entre otras, las situaciones en que se presenta convivencia simultánea, vigencia de unión de hecho y vínculo matrimonial con separación de hecho, que no es aplicable al sub lite porque su vigencia es posterior a la fecha de la muerte del causante, 25 de junio de 2000. La normatividad en cita permite, en principio, concluir que la beneficiaria de la pensión será el cónyuge o compañero permanente que demuestre haber convivido con el causante antes de su muerte. En un caso en el que se estudió el otorgamiento de una sustitución pensional...¹¹"

Ahora bien, el H. Consejo de Estado, además de considerar que las disposiciones aplicables a la sustitución de la pensión gracia son aquellas normas generales vigentes al momento del fallecimiento del causante; también aclaró que la Ley 100 de 1993 no era aplicable en estos casos -aun cuando dicha normativa estuviese vigente para la fecha del fallecimiento del causante- dado que los docentes, quienes son o pueden ser beneficiarios de la pensión gracia, están excluidos de la Ley 100 de 1993 por expresa disposición legal, pues su artículo 279 consagra que "(...) se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 (...)" del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha Ley, taxativamente indico la mencionada Corporación:

¹¹ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010), Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicado 25000-23-25-000-2001-03688-01(8112-05)

“En cuanto a la pensión gracia se ha reconocido que pese a su gratuidad y dada su naturaleza eminentemente pensional, ésta constituye un derecho sustituible¹², por lo que para tal efecto la gobiernan y resultan aplicables las disposiciones generales que regulan la materia, que por exclusión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 frente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de acuerdo a la fecha de fallecimiento del causante, corresponden a las contenidas y habilitadas en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989.¹³”

Lo anterior, ya había sido definido por la citada Corporación en pronunciamiento anterior, en el que determino que para los trabajadores y empleados excluidos de la Ley 100 de 1993 debía seguirse aplicando el régimen de sustitución pensional contenido en la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 1160 de 1989, al respecto dijo:

“2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.

No obstante lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 (sic) de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279.

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, porque los exceptuados en el Artículo 279 ibídem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.”¹⁴ (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior, se puede concluir que la pensión gracia es un derecho sustituible a los beneficiarios del docente fallecido, y para tal efecto se aplica las normatividad general que contempla la sustitución pensional que estuviere vigente al momento del deceso, sin que pueda aplicarse en modo alguno la Ley 100 de 1993, pues -conforme al artículo 279 de la misma- los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fueron excluidos de dicha normativa, en consecuencia para ellos debe aplicarse la

¹² Sentencia del 4 de marzo de 2010. Rad. 824-09. Sección Segunda. Subsección A.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00379-01(4405-13)

¹⁴ Sentencia de 10 de octubre de 1996, Consejera Ponente Dolly Pedraza de Arenas, expediente No. 11223.

normatividad anterior, que no es otra que la contenida en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario N° 1160 de 1989.

3.4. Caso Concreto.-

Como se indicó en el acápite de antecedentes, **la parte actora** arguye que la accionante cumple con los requisitos de los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 797 de 2003, por lo que le asiste el derecho a obtener la asignación en calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, traducida en el pago de una mesada mensual vitalicia con base en la medida aritmética respectiva acumulada en el tiempo, desde la fecha en que la sustitución le ha sido negada.

La entidad accionada, por el contrario, manifiesta que la demandante no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiaria de la sustitución de la pensión, pues no hay pruebas que demuestren que la demandante convivía con el señor José de Jesús Ovalle García, siendo uno de los requisitos la convivencia con el pensionado en un término mínimo de 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento, pues en el presente caso se evidencian algunas inconsistencias respecto a la convivencia de la demandante con el señor José de Jesús Ovalle, por cuanto las declaraciones extra juicio aportadas de la señora Fanny Ovalle De Pineda indican que la hoy demandante pudo no haber convivido durante los últimos 5 años. Así mismo, indica que el otro requisito tampoco está demostrado, este es la dependencia económica del causante al momento de su muerte, pues en vida del causante y después de su fallecimiento la demandante ha laborado como auxiliar de enfermería y de contera devenga una prestación periódica.

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas documentales allegadas al expediente, encuentra el Despacho acreditado lo siguiente:

- ✓ Que el día 19 de enero de 1963 la señora María Eva Balaguera contrajo matrimonio católico con el señor José de Jesús Ovalle en la Parroquia San Vicente de Paul de Bogotá, el cual fue registrado el día 14 de febrero de 1991, según consta en la

copia de la partida de matrimonio y en el Registro Civil de Matrimonio N° 1410219 obrantes a folios 33 y 34.

- ✓ Que de la unión anteriormente mencionada nacieron los siguientes hijos; Magdalena Viviana, Ciro Alberto y Juan Carlos Ovalle Balaguera (Documentos 75 a 78 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que, según consta en el registro civil de defunción, el señor José de Jesús Ovalle falleció el día 06 de diciembre de 1990. (Fl. 35).
- ✓ Que, mediante Resolución N° 118 de 1946, le fue reconocida una pensión gracia al señor José de Jesús Ovalle (Documento 13 y 31 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que, mediante Resoluciones N° 410 del 16 de agosto de 1960 y N° 055 del 13 de enero de 1970, se reajusto la pensión reconocida en la resolución anteriormente mencionada (Documentos 29 y 37 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que, mediante Resolución N° 2859 del 10 de noviembre de 1972, se revocó la Resolución N° 055 (Documento 43 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que, mediante derecho de petición elevado el día 21 de febrero de 1991, la demandante solicito el reconocimiento de la sustitución de la pensión que en vida disfrutaba el señor José de Jesús Ovalle, a su favor y de sus hijos Ciro Alberto y Magdalena Vivian Ovalle Balaguera (Documento 67 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que, mediante Resolución N° 23152 de fecha de 27 de abril de 1993, Cajanal sustituyó el 50% de la pensión de jubilación a Ciro Alberto y Magdalena Viviana Ovalle Balaguera, en calidad de hijos del causante, y se dejó en suspenso el otro 50% hasta tanto la señora María Eva Balaguera de Ovalle demostrara su derecho (Documento 96 del CD obrante a folio 87)

- ✓ Que, mediante derechos de petición elevados los días 15 de abril de 2004 y 30 de marzo de 2009, la demandante solicito nuevamente el reconocimiento de la sustitución de la pensión que en vida disfrutaba el señor José de Jesús Ovalle (Documentos 125 y 139 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que, mediante Resolución N° 47154 del 30 de diciembre del 2005, Cajanal dejó en suspenso el 50% de la sustitución de la pensión gracia que le podría corresponder a la señora María Eva Balaguera de Ovalle. (Fls. 20-22).
- ✓ Que el día 03 de febrero de 2005 el apoderado de la accionante interpuso recurso de reposición en contra de la anterior solicitud (Documentos 161 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que, mediante Resolución N° 1962 del 08 de marzo de 2006, Cajanal resolvió el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la demandante en contra de la Resolución N° 47154, en el sentido de confirmarla en todas sus partes (Documentos 162 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que, mediante escrito radicado el día 09 de marzo de 2012, la accionante solicito se revocara la Resolución N° 47154 del 30 de diciembre del 2005 y por ende el reconocimiento de la sustitución pensional (Documentos 176 y 177 del CD obrante a folio 87)
- ✓ Que el día 28 de octubre de 2013 la accionante solicito nuevamente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la cual fue resuelta mediante Auto N° ADP 015258 del 22 de noviembre del 2013, en el cual la UGPP ordena el archivo de la solicitud (Fl. 31-32).
- ✓ Que, según declaraciones extra proceso juramentadas rendidas por Pedro Manuel Balaguera López, María Victoria Ovalle Balaguera, María Roció Muñeton de Espitia, María Teresa Suarez Delgado, Sonia Leonor Bustos Morales, Alcira Carrero, Cecilia

Hernández Cruz, Olga María Valero Moreno, María Helena Bustos de Becerra, Blanca Aurora Ovalle de Bustos, María Victoria Ovalle Balaguera, María del Carmen Celis, José Gustavo Morantes, Elsa Luz Vega y David Balaguera López, la señora María Eva Balaguera de Ovalle convivió de manera permanente e interrumpida con el señor José de Jesús Ovalle García desde el día 19 de Enero de 1963 hasta el día 06 de diciembre de 1990, día de su fallecimiento. (Fls. 36-46, 130, Documentos 72, 103, 105, 115-116, 126, 140 y 141 del CD obrante a folio 87).

- ✓ Que, según declaraciones extra procesos rendidas por las señoras Fanny Ovalle de Pineda y Rosaura Duarte de Téllez, fallecidas el día 24 de noviembre de 1995, la primera, y la segunda aproximadamente en el año 1995: (i) La señora Eva Balaguera dejó de convivir con el señor José de Jesús Ovalle en el año de 1979, en razón a que la misma mantenía una relación con otro hombre con quien su nieta Helana Bustos de Becerra la había visto, (ii) La demandante visitaba al señor José de Jesús Ovalle cada mes a quitarle el dinero de su pensión, abandonándolo por completo en el año de 1987, razón por la cual en 1990 cuando el señor José de Jesús Ovalle se enfermó la señora Fanny Ovalle y su hermana Blanca Aurora Ovalle lo llevaron a la Caja Nacional de Previsión Social, en donde murió el 06 de diciembre de 1990. (Documentos 83, 84, 144 del CD obrante a folio 87, y fls. 21-22)
- ✓ Que, según consta en la Resolución N° 047154 de 2005, una funcionaria del Grupo de Seguridad de Cajanal se dirigió a las direcciones suministradas para la sustitución de pensión con el fin de establecer la veracidad de las declaraciones hechas por las señoras Fanny Ovalle de Pineda y Rosaura Duarte de Téllez, y que en desarrollo de lo anterior, logro tener contacto, entre otros, con la señora Aurora Ovalle Bustos, hija del causante y de la señora María Elena Cuadros Sánchez, a quien se le indago por las declaraciones antes mencionadas, a lo que ella manifestó que *"la señora (compañera de su padre) mucho tiempo atrás si había tenido sus deslices pero que ella siempre estuvo al lado de su padre hasta el día de su fallecimiento, y que su hermana Fanny falleció hace aproximadamente*

12 años y que la señora Rosaura Duarte murió hace 10 años aproximadamente (...)" (Fls. 20-22 y Documento 128 del CD obrante a folio 87)

- ✓ Que, según testimonio de la señora María Helena Bustos Ovalle, nieta del señor José de Jesús Ovalle¹⁵, recepcionado en audiencia de pruebas celebrada por este Despacho el 24 de octubre de 2016: (i) La accionante es la esposa del señor José de Jesús Ovalle, ya que enviudo y se volvió a casar con la accionante; (ii) La demandante convivió con el señor José de Jesús Ovalle y con sus niños, porque se casaron legítimamente por la iglesia; (iii) La accionante trabajaba y acompañó al señor José de Jesús Ovalle en su tiempo de vejez; (iv) La testigo vivía con sus padres cerca de su abuelo y de una tía Fanny; (v) La testigo compartió con el causante y con la demandante porque ella era su esposa; (vi) La accionante y la testigo siempre estaban pendientes del señor José de Jesús Ovalle; (vii) Cuando la accionante estaba trabajando había una empleada que estaba pendiente de los niños; (viii) La testigo siempre vio a la demandante trabajando y al señor José de Jesús Ovalle al frente de los gastos con los niños, (ix) A la demandante siempre le gusto estar trabajando y siempre al pendiente de la salud del señor José de Jesús Ovalle, cuando él se agravo ella siempre estuvo en el Hospital pendiente de él; (x) La testigo compartió más con su abuelo ya casado con la segunda esposa porque no conoció a su abuela, entonces compartió fue con su abuelo y con su segunda esposa; (xi) La demandante trabaja, no ha dejado de trabajar; (Xii) A la demandante ya le salió la pensión que se ganó por su trabajo, pero la pensión es muy pequeña y no le alcanza, por eso tiene que trabajar, todo el tiempo ha trabajado; (xiii) La demandante ha estado muy enferma y así ha tenido que ir a trabajar porque no tenía otra cosa con que sostenerse hasta que le salió la pensión, que fue demorada, pero los gastos de ella y sola es bastante difícil. (fl. 255)

¹⁵ Pero no es nieta de la demandante, pues su madre es hija del causante y de la señora María Elena Cuadros Sánchez. (Documentos 127 y 128 del CD obrante a folio 87)

- ✓ Que, según testimonio del señor **Ciro Alberto Ovalle Balaguera**, hijo de la demandante y del causante, recepcionado en audiencia de pruebas de fecha 24 de octubre de 2016: (i) La accionante y el señor **José de Jesús Ovalle** son casados por la iglesia y tenían su relación marital o matrimonial; (ii) La accionante convivió hasta el último momento con su papá en la ciudad de Bogotá y estuvo en el Hospital con él; (iii) La accionante dependía económicamente del señor **José de Jesús Ovalle**, pues le daba parte del sustento del dinero de la pensión; (iv) La accionante era enfermera auxiliar antes del fallecimiento de su padre y actualmente todavía es enfermera auxiliar. (fl. 255)

- ✓ Que, según testimonio del señor **Emilio Cartagena Lozano**, recepcionado en audiencia pruebas celebrada por este Despacho el día 24 de octubre de 2016: (i) La relación de la demandante con el señor **José de Jesús Ovalle** era una relación de matrimonio normal con sus cinco hijos, convivían juntos en su hogar, en el mismo techo; (ii) La demandante dependía directamente como esposa del señor **Ovalle**; (iii) La demandante estuvo presente en el funeral del señor **Ovalle** con sus hijos; (iv) La demandante está dedicada a cuidar personas porque estudio enfermería; (v) La accionante socorrió al señor **José de Jesús Ovalle** en el momento de la enfermedad, hubo otras personas que colaboraron pero directamente la demandante; (vi) El señor **José de Jesús Ovalle** era una persona cabeza de hogar y por ser una persona más adulta que la demandante, la demandante dependía directamente de él, y los ingresos provenían de un colegio que el señor **Ovalle** tenía en ese momento, el Colegio era **María Auxiliadora** que quedaba en el barrio **Estrada**; (vii) La demandante se dedicaba al hogar y a sus hijos antes del fallecimiento del señor **José de Jesús Ovalle**. (fl. 255)

En orden a resolver el presente asunto, debe primero el Despacho indicar que en el presente caso no se analizara el cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión gracia, pues lo pretendido con el presente medio de control es la sustitución de dicha pensión dado que la misma ya había sido reconocida al causante mediante Resolución N° 118 de 1946 (Documento 13 y 31 del CD obrante a folio 87).

Aclarado lo anterior, es del caso recordar lo expuesto en acápite anteriores referente a que si bien la normatividad que reguló la pensión gracia no dispuso nada con relación a la sustitución pensional a los beneficiarios del docente fallecido, también es cierto que no la prohibió y no contempló la pérdida de dicha pensión con el fallecimiento del docente pensionado o con el derecho ya adquirido, razón por la cual el H. Consejo de Estado ha establecido jurisprudencialmente que dicha pensión gracia puede ser sustituible en virtud del principio de favorabilidad y dado que comparte la misma finalidad de la pensión de sobreviviente, esta es amparar a la familia de quien adquirió el derecho.

Ahora bien, para la mencionada sustitución deben aplicarse las normas generales que la contemplan que estuviesen vigentes al momento del fallecimiento del causante, sin que pueda aplicarse la Ley 100 de 1993 dado que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos de la misma, conforme al artículo 279 de la misma.

Descendiendo al caso concreto, encuentra el Despacho que la normatividad aplicable a la sustitución de la pensión gracia pretendida por la demandante es la contemplada en Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario N° 1160 de 1989, pues esta se encontraba vigente en el momento del fallecimiento del señor José de Jesús Ovalle.

Así las cosas, tenemos que el artículo 3 de la Ley 71 de 1988 hizo extensivas las previsiones de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985 en materia de sustitución pensional en forma vitalicia, al cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, de la siguiente manera:

“Artículo 3.- Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de

los hijos entre sí.

2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge superviviente o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge superviviente, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.”

Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, dispuso:

“Artículo 5. Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

a). Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez:

b). Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.”

“Artículo 6. Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional:

1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente {y a falta de éste}, al compañero o a la compañera permanente del causante.

{Se entiende que falta el cónyuge:

- a). Por muerte real o presunta;
- b). Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c). Por divorcio del matrimonio civil.}

2o. A los hijos menores de 18 años, inválidos o cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.

4o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos y padres con derecho a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante y hasta cuando cese la invalidez.”¹⁶

“Artículo 8. Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

¹⁶ Apartes entre corchetes, declarados vigentes por el Consejo de Estado, mediante Auto del 30 de marzo de 1995 y Sentencia del 10 de octubre de 1996, Expediente No. 11223, Magistrado Ponente, Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

1o. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

2o. **A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante.**

(...)

4. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión a los padres con derecho.”

“**Artículo 12. Compañero permanente.** Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero(a)¹⁷ y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales.

Parágrafo. El compañero o compañera permanente pierde el derecho a la sustitución pensional que esté disfrutando cuando contraiga nupcias o haga vida marital.”

“**Artículo 13.- Prueba de la calidad de compañero permanente.** Se acreditará la calidad de compañero o compañera permanente, con la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad de previsión social o patronal. Igualmente se podrá establecer con dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar.”

“**Artículo 14. Prueba del estado civil y parentesco.** El estado civil y parentesco del beneficiario de la sustitución pensional, se comprobará con los respectivos registros notariales o en su defecto con las partidas eclesiásticas y demás pruebas supletorias.”

De los artículos anteriormente transcritos, encuentra el Despacho lo siguiente:

- Bajo la vigencia de la Ley 71 de 1988, la sustitución pensional opera, entre otras situaciones, cuando fallece una persona pensionada.
- Entre los beneficiarios de la sustitución pensional, está el cónyuge sobreviviente, el compañero o la compañera permanente, a quien se le sustituirá en su totalidad la pensión cuando no existen hijos con derechos.

¹⁷ El texto subrayado fue declarado NULO por la sección segunda del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 8 de julio de 1993, Expediente No. 4583, Consejera Ponente Clara Forero de Castro.

- En la ley en mención se considera compañero permanente a quien ostente el estado civil de soltero y hay hecho vida marital con el causante durante el año anterior al fallecimiento de este.
- Bajo dicha normativa, se prueba la calidad de compañero permanente con la inscripción que hubiese efectuado el causante en la entidad de previsión social o con dos declaraciones de terceros; mientras que el estado civil para efectos del reconocimiento sustitucional se acredita con los respectivos registros notariales o partidas eclesiásticas y demás pruebas supletorias.

Así las cosas, de lo anterior encuentra el Despacho que bajo la vigencia de la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, la señora Eva Balaguera cumple con las condiciones para acceder al reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia que en vida disfrutaba el señor José de Jesús Ovalle, toda vez que dentro del expediente se acreditó en debida forma la calidad de cónyuge de la misma con la partida de matrimonio y el Registro Civil de Matrimonio N° 1410219 obrantes a folios 33 y 34.

Así mismo, de lo anterior también se observa que no son de recibo los argumentos planteados por el apoderado de la entidad accionada referentes a que la accionante no cumple con los requisitos de la convivencia con el pensionado en un término mínimo de 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento y la dependencia económica del causante al momento de su muerte, para ser beneficiaria de la sustitución de la pensión; pues la ley que cobija el derecho a la sustitución pensional de la demandante no contempla dichos requisitos, sino que los mismos están contemplados en la Ley 100 de 1993¹⁸, la cual –

¹⁸ Requisitos contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el **cónyuge o la compañera o compañero permanente** o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el **cónyuge o la compañera o compañero permanente** supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.**

b) En forma temporal, el **cónyuge o la compañera permanente** supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá

como se explicó con anterioridad- no es aplicable en el presente caso no sólo porque la misma no se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante sino también porque dicha normativa excluyó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, aun cuando se exigieran los mencionados requisitos, encuentra el Despacho que los mismos se encuentran acreditados dentro del expediente, de la siguiente manera:

- ✓ La convivencia con el causante durante al menos cinco años con anterioridad a la muerte de este último, fue acreditada con los testimonios¹⁹ de Emilio Cartagena Lozano, Ciro Alberto Ovalle Balaguera y María Helena Bustos Ovalle recepcionados por este Despacho en audiencia de pruebas celebrada el día 24 de octubre de 2016 con la intervención de la apoderada de la entidad demandada, quienes manifestaron que la señora María Eva Balaguera convivió por muchos años con el señor José de Jesús Ovalle y lo socorrió durante su enfermedad.

Ahora, si bien también obran dentro del expediente declaraciones juramentadas de las señoras Fanny Ovalle de Pineda y Rosaura Duarte de Téllez, en donde manifiestan; *(i) Que la señora Eva Balaguera dejó de convivir con el señor José de Jesús Ovalle en el año de 1979, en razón a que la misma mantenía una relación*

cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

Si respecto de un pensionado hubiese un **compañero o compañera permanente**, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, **la compañera o compañero permanente** podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. "La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;"

Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-1035 de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

NOTA: La expresión entre comillas fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-336 de 2014.

¹⁹ Se advierte que si bien el Despacho observó el parentesco de los testigos con la demandante y con el causante, los mismos no serán excluidos de valoración, toda vez que la entidad accionada en ningún momento los tachó conforme al artículo 211 del CGP.

con otro hombre con quien su nieta Helena Bustos de Becerra la había visto, y (ii) Que la demandante visitaba al señor José de Jesús Ovalle cada mes a quitarle el dinero de su pensión, abandonándolo por completo en el año de 1987, razón por la cual en 1990 cuando el señor José de Jesús Ovalle se enfermó la señora Fanny Ovalle y su hermana Blanca Aurora Ovalle lo llevaron a la Caja Nacional de Previsión Social, en donde murió el 06 de diciembre de 1990; lo cierto es que dichas declaraciones –además de habersén recepcionado sin la intervención de la entidad demandada- no concuerdan con las demás pruebas obrantes dentro del expediente, pues; **(i)** La señora Helena Bustos de Becerra, nieta del causante, en el testimonio recepcionado en este Juzgado, manifestó que la demandante siempre había convivido con su abuelo y nunca mencionó haber visto a la señora Eva Balaguera con otro hombre, como lo afirmó la señora Fanny en su declaración; **(ii)** Lo manifestado por la señora Fanny en relación a que fue ella y su hermana quienes llevaron al señor José de Jesús Ovalle a la clínica en donde murió, se contrapone a los testimonios recepcionados en este Juzgado en los que se manifestó que la demandante socorrió al causante durante su enfermedad, y al Registro Civil de Defunción del señor José de Jesús Ovalle, en el que aparece como denunciante la señora Eva Balaguera; **(iii)** Según consta en la Resolución N° 047154 de 2005, una funcionaria del Grupo de Seguridad de Cajanal se dirigió a las direcciones suministradas para la sustitución de pensión con el fin de establecer la veracidad de las declaraciones hechas por las señoras Fanny Ovalle de Pineda y Rosaura Duarte de Téllez, y en desarrollo de lo anterior, logro tener contacto, entre otros, con la señora Aurora Ovalle Bustos, hija del causante y de la señora María Elena Cuadros Sánchez, a quien se le indago por las declaraciones antes mencionadas, a lo que ella manifestó que "la señora (compañera de su padre) mucho tiempo atrás si había tenido sus deslices pero que ella siempre estuvo al lado de su padre hasta el día de su fallecimiento, y que su hermana Fanny falleció hace aproximadamente 12 años y que la señora Rosaura Duarte murió hace 10 años aproximadamente (...)" (Fls. 20-22 y Documento 128 del CD obrante a folio 87); y **(iv)** Dentro del expediente también obran declaraciones extra proceso juramentadas rendidas por Pedro Manuel Balaguera López, María

Victoria Ovalle Balaguera, María Roció Muñeton de Espitia, María Teresa Suarez Delgado, Sonia Leonor Bustos Morales, Alcira Carrero, Cecilia Hernández Cruz, Olga María Valero Moreno, María Helena Bustos de Becerra, Blanca Aurora Ovalle de Bustos, María Victoria Ovalle Balaguera, María del Carmen Celis, José Gustavo Morantes, Elsa Luz Vega y David Balaguera López, en las que los declarantes manifiestan que la señora María Eva Balaguera de Ovalle convivió de manera permanente e interrumpida con el señor José de Jesús Ovalle García desde el día 19 de Enero de 1963 hasta el día 06 de diciembre de 1990, día de su fallecimiento. (Fls. 36-46, 130, Documentos 72, 103, 105, 115-116, 126, 140 y 141 del CD obrante a folio 87)

Así las cosas, de lo anterior encuentra el Despacho que si bien pudo haber una separación temporal entre la demandante y el causante, lo cierto es que la señora Eva Balaguera, como esposa del señor José de Jesús Ovalle, convivió con él por muchos años, incluyendo los años anteriores a su fallecimiento en los cuales cuidó de su enfermedad.

- ✓ Respecto de la acreditación de la dependencia económica, debe decir el Despacho que tanto en la Ley 71 de 1988 como en la Ley 100 de 1993 sólo es exigible a los hijos mayores de 18 años o inválidos, a los padres o hermanos inválidos del causante, y no al cónyuge. No obstante, también es del caso indicar que la demandante si dependía del causante, pues en los testimonios aquí recepcionados además se manifestó que los ingresos recibidos por la demandante producto de su trabajo como enfermera son insuficientes para asegurar su mínimo existencial.

Frente a este tema, es del caso tener en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2016, en la que aclaró que la "dependencia económica" prevista en los literales b, c y d del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 no puede asumirse desde la óptica de la carencia de recursos económicos (indigencia), sino que la misma supone un criterio de necesidad, esto es, de sometimiento o sujeción al auxilio recibido de parte del causante, por tanto la

dependencia económica no siempre es total y absoluta, y no excluye que los beneficiarios puedan percibir un ingreso adicional siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente²⁰.

Así las cosas, atendiendo a todo lo anteriormente expuesto se impone la nulidad de; **(i)** La Resolución N° 23152 de fecha de 27 de abril de 1993, mediante la cual se sustituyó el 50% de la pensión de jubilación a Ciro Alberto y Magdalena Viviana Ovalle Balaguera, en calidad de hijos del causante, y se dejó en suspenso el otro 50% hasta tanto la señora María Eva Balaguera de Ovalle demostrara su derecho (Documento 96 del CD obrante a folio 87), **(ii)** La Resolución N° 47154 del 30 de diciembre del 2004, mediante el cual se dejó en suspenso el 50% de la sustitución de la pensión gracia que le podría corresponder a la señora María Eva Balaguera de Ovalle (fls. 20-22), **(iii)** La Resolución N° 1962 del 08 de marzo del 2006 que confirma la Resolución N° 47154 (Documento 162 del CD obrante a folio 87), y del **(iv)** Auto N° ADP-015258 del 22 de noviembre del 2013, mediante el cual se ordena el archivo de la solicitud elevada por la parte actora tendiendo al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. En consecuencia se condenará a la UGPP a sustituir la pensión gracia que en vida disfrutaba el señor José de Jesús Ovalle a la señora Eva Balaguera, la cual corresponderá a la totalidad del monto que disfrutaba el causante dado que dentro del expediente no se encontró que haya un hijo con derecho, conforme lo contempla el numeral 2° del artículo 8° de la Ley 71 de 1988.

²⁰ Más ampliamente la H. Corte Constitucional, en la providencia en mención compilo un conjunto de reglas establecidas por dicha Corporación y por el H. Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 19 de agosto de 2004, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, Radicación No. 1579) para determinar si una persona es o no dependiente, estas son:

1. *Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.*
2. *El salario mínimo no es determinante de la independencia económica.*
3. *No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.*
4. *La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional.*
5. *Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes.*
6. *Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica.*

3.5. De la prescripción:

Al respecto debe decir el Despacho que las mesadas pensionales, por tratarse de una prestación de carácter periódico pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, de conformidad con el artículo 164, numeral 1º, literal C del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo si hay lugar a decretar la prescripción del derecho a percibir las. En lo pertinente, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 dispone:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

En consecuencia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no sean reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento de su exigibilidad.

En este orden en el presente caso se tiene:

- Que la accionante mediante peticiones del 21 de febrero de 1991, 15 de abril de 2004, 30 de marzo de 2009, 09 de marzo de 2012 y 28 de octubre de 2013 solicitó el reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia. (Documentos 67, 125, 139, 176, 177 del CD obrante a folio 87 y Fls. 31-21 del expediente)
- Que acudió en demanda ante la jurisdicción el 13 de mayo de 2016 (fl. 1)

De conformidad con lo anterior, para el Despacho hay lugar a decretar la prescripción trienal de las mesadas reconocidas, toda vez que se cumplen los presupuestos que para tal fin prevé el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 dado que el fallecimiento del causante ocurrió el 06 de marzo de 1990 y presentó varios derechos de petición los días 21 de febrero de 1991, 15 de abril de 2004, 30 de marzo de 2009, 09 de marzo de 2012 y

28 de octubre de 2013, interrumpiendo dicho fenómeno de la prescripción por un lapso igual las dos últimas peticiones presentadas –como lo establece la norma en cita-, en las demás pasaron más de tres años desde que la obligación se hizo exigible. Igualmente se tiene que entre la última petición del 28 de octubre de 2013 y la fecha en que acudió a la jurisdicción, esto es 13 de mayo de 2016 tampoco había transcurrido más de tres años. En este orden de ideas se declararan prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 09 de marzo de 2009.

3.4. El ajuste al valor:

Al efectuarse la liquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de sustitución de la pensión gracia, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

2.7. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del CPACA.

2.8. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

Primero.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 23152 de fecha de 27 de abril de 1993, y la nulidad total de las Resoluciones N° 47154 del 30 de diciembre del 2004, N° 1962 del 08 de marzo del 2006 y del Auto N° ADP-015258 del 22 de noviembre del 2013, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento, se ordena a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -U.G.P.P-** **sustituir** a la señora **MARIA EVA BALAGUERA DE OVALLE**, en calidad de cónyuge supérstite, la totalidad del monto de pensión gracia que en vida disfrutaba el señor **JOSÉ DE**

JESÚS OVALLE (Q.E.P.D), en los términos de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 1160 de 1989.

Tercero.- Declarar **probada la excepción de prescripción de mesadas** propuesta por el apoderado de la entidad accionada, en consecuencia se declara la prescripción de las mesadas pensionales causados a favor de la demandante con anterioridad al día nueve (09) de marzo de 2009, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Al efectuarse la liquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada a los demandante por concepto de sustitución de la pensión gracia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mesada, y así sucesivamente.

Quinto.- Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Séptimo.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Juzgado Sexto Administrativo de Oradidad del Circuito Judicial de Tarja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2016-0061

Demandante: Eva Balsegara de Ovalle

Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social U.G.P.P

Octavo.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Notifíquese y cúmplase



OSCAR GIOVANNY PULIDO CAÑON

Juez