



Fols 72-33
C(2)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

Cartagena de Indias D.T y C., dos (2) junio de Dos Mil Diecisiete (2017)

Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-31-001-2013-00011-01
Demandante	PEDRO EMIRO GUEVARA GARCÍA en calidad de Guardador de la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA.
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Debido agotamiento de la vía gubernativa- Reconocimiento de sustitución pensional - indexación primera mesada - suspensión de la prescripción en atención a la incapacidad de la actora.

I. ASUNTO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, resolver la apelación interpuesta, por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de Septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, en consecuencia se inhibió con relación al fondo del asunto.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por PEDRO EMIRO GUEVARA GARCÍA, en calidad de Guardador de la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

2.3. La demanda¹.

La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue instaurada por el señor PEDRO EMIRO GUEVARA GARCÍA, en calidad de guardador de CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, por conducto de apoderado judicial, con

¹ Folios 1-6 del C.Ppal No. 01



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

el objeto que se declare la nulidad de los Actos Administrativos contenidos en las Resoluciones No. 283 de 9 de abril de 2010, *"Por medio del cual se niega una solicitud de sustitución pensional de la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA"* y la Resolución No. 982 de 9 de Agosto de 2011, *"Por la cual se decide un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 283 de 9 de abril de 2010."*

Como consecuencia de la anterior, solicita las siguientes declaraciones,

2.4. Pretensiones

"1.- Que se declare la nulidad de los Actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 283 de 9 de abril de 2010, "Por medio del cual se niega una solicitud de sustitución pensional a la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA" y la Resolución No. 982 de agosto 9 de 2011 emanada de la gobernación de Bolívar, "Por la cual se decide un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 283 del 9 de abril de 2010, resolvió solicitud de sustitución de pensión de la Sra. CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA"

2.- Que a título de restablecimiento del derecho se condene al Departamento de Bolívar – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES a reconocer y pagar la pensión de Invalidez causada (sic) favor de SOFÍA JUDITH GARCÍA DE GUEVARA desde la fecha en que fue declarada inválida.

3.- Que en restablecimiento del derecho, se condene al Departamento de Bolívar – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES a reconocer a CARMEN ESTER GUEVARA GARCÍA como sustituta de la Pensión de Invalidez causadas desde la fecha en que fue declarada la Invalidez hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados.

4.- Que a título de restablecimiento del derecho se condene al Departamento de Bolívar – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, incluir A CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA como pensionada al sistema de seguridad social integral y pagar los aportes al mismo."

2.5. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Relata la parte demandante que el 31 de diciembre de 1980, falleció la señora SOFÍA JUDITH GARCÍA DE GUEVARA, la cual fue incapacitada para trabajar a partir del 20 de abril de 1979.

Expresa que por Decreto No. 376 de 4 de mayo 1979, la señora SOFÍA JUDITH GARCÍA DE GUEVARA, fue puesta a disposición de la entidad de previsión social – Caja Departamental de Previsión Social de Bolívar, donde estuvo afiliada, con



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

el objeto que se reconociera la pensión por invalidez, pero nunca fue reconocido su derecho.

Que la señora CARMEN ESTER GUEVARA GARCÍA, es hija sobreviviente de la señora SOFÍA JUDITH GARCÍA DE GUEVARA.

Manifiesta el actor que CARMEN ESTER GUEVARA GARCÍA, fue declarada interdicta por demencia y su hermano el señor PEDRO GUEVARA GARCÍA es su guardador.

Atendiendo lo anterior, el guardador solicitó al FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, siendo negado por medio de la Resolución No. 0283 de 9 de abril de 2010 *"Por medio de la cual se niega una solicitud de sustitución pensional a la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA"*

Por último expresa que la señora SOFÍA JUDITH GARCÍA DE GUEVARA devengó en el año 1979 como básico \$6.090.00, más una prima de navidad de \$1.861.00 para un valor total de \$7.951.00., desempeñándose durante toda su vida laboral como docente del orden nacional.

2.6. Normas Violadas y Concepto De Violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política. Artículos 2,4,6,13,25,29,48,49,53,87,90,93
- Ley 100 de 1993. Artículos 3,43,48,77,137
- Código Contencioso Administrativo. Artículos 82,84 y 85 del C.C.A
- Ley 6 de 1945
- Decreto 2127 de 1946
- Decreto 3135 de 1968
- Ordenanza No. 35 de 3 de diciembre de 1975
- Decreto 1848 de 1968. Artículos 60, 61 y 64

Del concepto de la violación expuesto por la parte demandante, se puede destacar lo siguiente:

Considera que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad por desconocimiento de las normas superiores a que debe sujetarse dicho acto, en la modalidad de error de derecho.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Que conforme a las normas que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, tanto en el orden nacional como en el departamental, Decreto 1848 de 1968 artículo 60, establece que todo empleado oficial que se halle en estadio de invalidez tiene derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez, considerándose invalido al empleado oficial que ha perdido un porcentaje no inferior al 75% de su capacidad laboral, esta pensión se debe desde el momento que cese el subsidio monetario y su pago se comenzará inmediatamente después del señalamiento de la incapacidad.

Señala que conforme al Decreto No. 376 de 1979 la señora SOFÍA JUDITH GARCÍA DE GUEVARA, fue incapacitada en forma absoluta y definitiva a partir del 20 de abril de 1979, conforme prescripción del Dr. ÁLVARO RAMOS OLIER, médico adscrito a la Caja de Previsión Social de Bolívar, dejando a disposición de la mencionada caja para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, pero esta no fue reconocida y la señora SOFÍA JUDITH GARCÍA DE GUEVARA fallece el 31 de diciembre de 1980.

Manifiesta que la exigencia consagrada en los actos impugnados que los reclamantes debían acreditar los comprobantes de pago de mesadas pensionales, es absurda y contraria a todas las normas jurídicas que regulan la estructura del derecho pensional, pues acreditados los requisitos para el reconocimiento pensional, la administración debió reconocerla y no exigir pruebas de hechos y actos cuya producción y guarda reposa en los archivo de su dependencia.

Concluye que las Resoluciones acusadas violan la Constitución, en cuanto establece el principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, principio de favorabilidad que implica la observación del principio de inescindibilidad de las normas jurídicas, que se manifiestan en que el operador judicial al optar por la norma más favorable tiene que aplicar también lo odioso de dicha norma sin escindirla.

2.7. Contestación de la Demanda

2.7.1 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Con relación a los hechos de la demanda, solo acepta como cierto que la señora García de Guevara falleciera el 31 de diciembre de 1980, igualmente



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

acepta que la misma estaba incapacitada en forma absoluta el 20 de abril de 1979, con relación a los otros hechos se atiene a lo resulte probado.

Razones de la defensa

Explica que en el caso de los hijos inválidos, para poder obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, es necesario acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos 1) parentesco, 2) el estado de invalidez del solicitante y 3) la dependencia económica respecto del causante.

Arguye que el estado de invalidez de la señora Carmen Ester Guevara García, no aparecía acreditada dentro de su expediente por la Junta de Calificación de Invalidez, tampoco la dependencia económica, en consecuencia, si la función básica de las Juntas de Calificación de Invalidez es evaluar técnica y científicamente el grado de pérdida de la capacidad laboral y sus decisiones constituyen el fundamento jurídico para lograr el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, es necesario que estas en el caso de la pensión de sobrevivientes califiquen la pérdida de la capacidad laboral, cuando quien la solicita en un *"hijo inválido del causante"*, para lo cual las juntas de calificación deben realizar una valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina por medio de un examen físico y teniendo en cuenta todos los fundamentos de hecho que deben contener los dictámenes, es decir, la historia clínica (antecedentes y diagnóstico definitivo), reportes, valoraciones, exámenes médicos, evaluaciones técnicas y en general todo el material probatorio que se relacione con las deficiencias diagnosticadas.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primera instancia declara de oficio probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, en consecuencia, se inhibió para resolver de fondo la controversia.

Consideró que la demanda impetrada adolece de un defecto sustancial del tal envergadura que impide un pronunciamiento sobre el mérito del asunto, toda vez que la parte demandante elevó petición ante el Departamento de Bolívar- Fondo Territorial de Pensiones el 9 de febrero de 2010, a fin que la entidad accionada accediera a reconocer la sustitución pensional a favor de la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA, pero los actos demandados en el evento de una declaratoria de nulidad, no traería como consecuencia lógica



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

y obligada el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de SOFÍA JUDITH GUEVARA DE GARCÍA, ya que ninguno de los actos definieron dicha situación jurídica, porque la actuación impulsada estuvo originalmente enfocada a conseguir únicamente la sustitución pensional.

Corolario de lo anterior, la parte demandante cuando presentó el recurso de apelación el 18 de mayo de 2011, incorpora una nueva petición, esta si tendiente a solicitar a la administración el reconocimiento de la pensión post mortem a favor de SOFÍA JUDITH GUEVARA DE GARCÍA, ya que se admitió que la finada nunca obtuvo el status pensional, por lo que la A quo, no le cabe duda que el silencio administrativo frente a la petición elevada el 18 de mayo de 2011 derivó un acto administrativo ficto de efectos negativos que debía cuestionarse en sede jurisdiccional.

Indica la juez en la providencia recurrida que solo se pide la nulidad de las Resoluciones No. 283 de 2010 y No. 982 de 2011, olvidándose de reclamar la nulidad del acto administrativo ficto que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez post mortem, presupuesto necesario para poder entrar a determinar el restablecimiento del derecho que se señaló en las pretensiones de la demanda.

Concluye que al no existir en la demanda pretensión anulatoria contra el acto administrativo presunto de la petición formulada el 18 de mayo de 2011, no es posible entrar al fondo de la controversia, pues para poder restablecer el derecho es imperioso decretar la nulidad de la totalidad de los actos administrativos lesivos de los derechos reclamados.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se disponga la nulidad de los actos administrativos acusados y el respectivo restablecimiento del derecho.

Que disiente de la decisión del juzgado porque la pensión de vejez o de invalidez, solo es posible reconocerlas a personas vivas, pues a los muertos no se les reconoce pensión y muchos menos *post mortem*, lo cual no existe en el derecho positivo colombiano. Cuando fallece una persona pensionada por vejez o invalidez, aunque no se hubiere reconocido, se transmite a las personas de su grupo familiar, determinados por la ley, siendo este derecho el que se

denomina sustitución pensional o pensión de sobreviviente, la cual se reconoce al conyugue supérstite o a la compañera permanente, a los hijos menores que estuvieren estudiando hasta la edad de 25 años y a los hijos inválidos o incapaces.

Que el otorgamiento de la sustitución pensional, lleva consigo el reconocimiento del derecho que en vida hubiere correspondido al causante; en este sentido el derecho pensional "*post mortem*" que existe en nuestro ordenamiento jurídico es la sustitución pensión o pensión de sobrevivientes.

Resalta, que en el derecho de petición de 9 de febrero de 2010, se solicitó a la demandada, el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA, derecho que coincide con el derecho reclamado, pues el reconocimiento de la sustitución pensional implica el reconocimiento del derecho, por lo tanto, en la Resolución No. 283 de 9 de abril de 2010, es clara en negar el derecho reclamado (sustitución pensional), pues su finalidad inequívoca es la resolución de la petición formulada.

Por último, la Juez de primera instancia, con un profundo desconocimiento de las normas que regulan el derecho a la sustitución pensional, no comprende que el reconocimiento de la sustitución pensional de quien falleció sin disfrute del derecho lleva implícito el reconocimiento de ese derecho; no es jurídicamente factible que se reconozca la sustitución pensional sin que previamente se constate si el causante fallecido era pensionado o sin serlo cumplía con los requisitos pero que se le hubiere reconocido el derecho pensional.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por auto del 21 de Abril de 2016², mediante auto de 24 de mayo de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.³

²Folio 5 C. Segunda Instancia

³Folio 7 C. Segunda Instancia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

VI. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6.1. Parte Demandante: No alegó en segunda instancia.

6.2. Parte Demandada⁴: Alegó en segunda instancia, reiterando lo planteado en la contestación de la demanda, especialmente lo relativo que no se acreditó previamente el estado de invalidez de la señora Carmen Ester Guevara García dentro del expediente de la Junta de Calificación de Invalidez, así mismo, no se acreditó la dependencia económica

6.3. Ministerio Público⁵: La agente del Ministerio Público rindió concepto solicitando que se revoque la sentencia y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Control de Legalidad

Tramitada la segunda instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 133 numeral 1° del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con sentencia de primera instancia la cual fue apelada.

7.3. Actos administrativos demandados.

Con la demanda se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. 0283 de 9 de Abril de 2010, por medio de la

⁴Folio 8 C. Segunda Instancia

⁵Folios 14-19 C. Segunda Instancia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

cual se niega una solicitud de sustitución pensional a la señora CARMEN GUEVARA y (ii) la Resolución No. 0982 de 10 de agosto de 2011, por medio del cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 283 de 2010.

7.4. Problema jurídico.

Los problemas jurídicos dentro del sub lite, se centran en determinar si,

¿Tiene derecho la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, a la sustitución de la pensión de invalidez de su madre SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, por encontrarse en estado de discapacidad?

Previo a resolver el problema jurídico principal, la Sala deberá resolver un problema jurídico asociado, que tiene que ver con el recurso de apelación y consecuentemente con el fondo del asunto. El cual es:

¿Se agotó la vía gubernativa con la reclamación presentada el 9 de febrero de 2010?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala señala que se revocará la sentencia recurrida, toda vez que la respuesta al problema jurídico asociado es que con la petición del 9 de febrero de 2010, se agotó la vía gubernativa, porque se solicitó la sustitución de la pensión de invalidez de la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, a quien se le había sido reconocida esta prestación mediante el Decreto No. 376 de 1979, la cual fue negada mediante Resolución No. 0283 de 9 de Abril de 2010, acto administrativo proferido por el Gobernador del Departamento de Bolívar, por lo cual, no era necesario, interponer otro recurso, puesto que era improcedente.

Al determinarse, que si existió un verdadero agotamiento de la vía gubernativa, se estableció que la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, esta discapacitada de forma permanente y tiene derecho según la ley a que se le sustituya la pensión de invalidez reconocida a su madre SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA; además, que se le indexe la primera mesada desde el 1 de enero de 1981, fecha en la que adquirió el derecho por haber fallecido su madre el 31 de diciembre de 1980.

Por otra parte no se declarara prescritas las mesadas pensionales, toda vez que operó la suspensión de la prescripción, establecida en los 2530 y 2541 del Código Civil, en atención que la actora es una persona incapaz desde su nacimiento.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) antecedente normativo sobre la pensión por invalidez, (ii) antecedente normativo sobre la sustitución pensional, (iii) caso concreto; (iv) conclusión.

7.6. Antecedente Normativo sobre pensión de invalidez de los empleados públicos antes de la Ley 100 de 1993.

"PENSIÓN DE INVALIDEZ

La pensión de invalidez antes del Sistema General de Pensiones, ya fuera por origen común o profesional era administrada por las Cajas de Previsión Social. A continuación se presenta un breve resumen de los antecedentes de esta pensión.

LEY 2 de 1932 (Art.13) Requisitos:

- *Mínimo 10 años de servicio.*
- *Invalidez de carácter profesional Forma de liquidar:*
- *La mitad del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el año de servicio anterior a la presentación de la solicitud; pero esta pensión no podrá en lo futuro exceder de sesenta (\$60) pesos mensuales.*

LEY 22 DE 1945 (Art. 2) Requisito:

- *Pérdida de capacidad laboral para toda ocupación.*
- *Forma de liquidar: 100% del último salario o Pensión máxima \$200 mensuales Invalidez*

Ley 6 de 1945 (Artículo 17, literal c) Requisitos:

- *Ser empleado u obrero*
- *Perdida capacidad de trabajo para toda ocupación oficio.*

Liquidación:

- *100% del último sueldo o salario devengado*
- *Mínimo cincuenta (\$50) pesos, máximo doscientos (\$200) pesos. Era incompatible (excluía) la cesantía y pensión de jubilación.*

DECRETO 1237 DE 1946: (Art. 25) Requisitos:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

- Haber perdido la capacidad común de trabajo para toda ocupación u oficio.
- Forma de Liquidar: o Mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado o Mínimo \$ 50 pesos y máximo \$ 200 o La pensión de invalidez excluye la cesantía y la pensión de jubilación.

LEY 4 DE 1966: (Art. 4) Forma de liquidar:

- 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios Pensión mínima \$500 pesos
- Las pensiones con anterioridad a la vigencia de esta ley, serán aumentadas, por una sola vez hasta llegar 75% de la asignación que sirvió de base para liquidación, o su equivalente

DECRETO 1743 DE 1966 (Art.5) (Modificado por el artículo 1 del Decreto 2025 de 1966) Forma de liquidar:

- 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios Previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.
- A partir del 23 de octubre de 1966 las pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de ley 4 de 1966, serán aumentadas, por una sola vez hasta llegar 75% de la asignación que sirvió de base para liquidación, o su equivalente. Invalidez –

El Decreto 2025 de 1966, artículo 1, determina que para la liquidación debe existir previa demostración del retiro definitivo del servicio oficial.

Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 (Artículos 23 a 26 y 60 a 67, respectivamente)

Requisitos: Empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente. Liquidación:

- Se liquida con en el último salario devengado y equivalente al grado de incapacidad y porcentaje determinado frente al mismo.
- Si la incapacidad era superior al 95%, la pensión era igual al último salario devengado o al último promedio mensual, si fuere variable.
- Si la incapacidad excediere al 75% sin pasar del 95%, la pensión sería equivalente al 50% del último salario devengado o al último promedio mensual.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

- Si la incapacidad era del 75%, la pensión era igual al 75% del último salario devengado o al último promedio mensual.”⁶

7.7. Antecedente Normativo sobre la sustitución pensional antes de Ley 100 de 1993

“SUSTITUCIÓN PENSIONAL

La sustitución pensional es la figura por medio de la cual algunos de los miembros del grupo familiar de un servidor público o pensionado, lo sustituye en la pensión por efectos de su fallecimiento. La sustitución en su inicio era por término definido, con el transcurrir de los años la legislación ha determinado que la misma puede ser de carácter vitalicio o temporal, según la calidad del miembro familiar o de sus condiciones. La sustitución es una prestación de la seguridad social, encaminada a proteger el núcleo familiar, y como de manera reiterativa lo viene señalando la Corte Constitucional busca beneficiar a los miembros de ese núcleo que al perder a quien los sostenía, puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia en las mismas condiciones, como si estuviera viviendo el causante, por lo que no se puede enmarcar como un derecho herencial.

En este aparte se presentará de manera sucinta las normas más representativas del sector público que regularon la figura de la sustitución pensional antes de la Ley 100 de 1993.

LEY 22 DE 1945: (Artículo 10) Beneficiarios: o Los padres, el cónyuge y los hijos menores que carecen de lo necesario para su congrua subsistencia y que vivían a costa del pensionista al tiempo de la muerte de éste. Requisito:

- Empleado retirado con pensión de jubilación por haber completado el tiempo de servicio previsto por la ley, que fallezca. Término:
- 1 año.

DECRETO 1237 DE 1946 (Artículo 22)

- Beneficiarios: Los padres, el cónyuge y los hijos menores que carecen de lo necesario para su congrua subsistencia y que vivían a costa del pensionista al tiempo de la muerte de éste.
- Requisito: o Empleado retirado con pensión de jubilación por haber completado el tiempo de servicio previsto por la ley, que fallezca.
- Término: o 1 año.

DECRETO 2661 DE 1960 (Art. 13)

⁶Tomado de la guía de la normatividad pensional aplicable de la UGPP, que se encuentra en el siguiente link: https://www.ugpp.gov.co/doc_view/2529-normatividad-pensional



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

- Beneficiarios: o El cónyuge y los hijos menores que carecen de lo necesario para su congrua subsistencia o los padres. Requisito:
- Empleado retirado con pensión de jubilación por haber completado el tiempo de servicio previsto por la ley, que fallezca.
- Término: 1 año. Sustituciones a término definido Mediante la Ley 171 de 1961 (Art. 1) y su reglamentario

DECRETO 1611 DE 1962 (Art. 32) se reguló la sustitución pensional de carácter temporal por dos (2) años.

- Esta temporalidad igualmente fue regulada en los Decretos 3135 de 1968 (Artículos 34, 36 y 39) y 1848 de 1969 (artículo 92). Los requisitos en dichas normas, en términos generales eran:

Requisito:

- Empleado jubilado o con derecho a pensión Beneficiarios:
- Cónyuge
- Hijos menores de 18 años
- Hijos incapacitados por razón de sus estudios o por invalidez.
- A falta de cónyuge e hijos, tendrán derecho los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado. Si había hijos naturales, cada uno de estos llevaba la mitad de la cuota de uno legítimo. Término:
- Por dos (2) años. El Decreto 434 de 1971, artículo 19, que modificó el 36 del Decreto 3135 de 1968, determinó que el término del goce a la sustitución pensional sería durante los cinco (5) años subsiguientes.

DECRETO 1611 DE 1962 (Art.32) Requisitos:

- Jubilado.

Beneficiarios:

- Ser cónyuge.
- Ser hijo menor 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él.
- A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido siempre que hayan dependido exclusivamente del jubilado. No disponer de medios suficientes para su congrua subsistencia.

DECRETO 3135 DE 1968: (Art. 34) Requisitos:

- Pensionado.

Beneficiarios:

- Ser cónyuge.
- **Ser hijo menor 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él.**
- A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido siempre que hayan dependido exclusivamente del jubilado.
- No disponer de medios suficientes para su congrua subsistencia. Las prestaciones a que haya lugar se pagarán a los beneficiarios que a continuación se determinan, así:
- La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos legítimos y naturales del empleado o trabajador, en concurrencia estos últimos en las proporciones establecidas por la Ley civil. (Subrogado parcialmente Arts. 1º y 10º Ley 29/82)
- Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, la prestación corresponderá íntegramente a los hijos legítimos.
- Si no hubiere hijos legítimos la porción de éstos corresponde a los hijos naturales en concurrencia con el cónyuge sobreviviente.
- Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos legítimos, el monto de la prestación se dividirá así: la mitad para los padres legítimos o naturales y la otra mitad para los hijos naturales.
- A falta de padres legítimos o naturales, llevarán toda la prestación los hijos naturales. (Art. 36) Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos (2) años sin perjuicio de las prestaciones anteriores.

Este decreto se extiende para las pensiones de jubilación, invalidez, vejez.

Según lo establecido en el artículo 39. DECRETO 1848 DE 1969: (Art. 92) Requisitos:

- Muerte del pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez.

Beneficiarios:

- Ser su cónyuge o Ser hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, o Dependieren económicamente del causante. **Duración: o 2 años contados desde la fecha del fallecimiento.**

DECRETO 434 DE 1971: (Art.19) Requisitos:

- Jubilado

Beneficiarios:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

- Ser cónyuge.
- **Ser hijo menor 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él.**
- A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido siempre que hayan dependido exclusivamente del jubilado.
- No disponer de medios suficientes para su congrua subsistencia.
Duración: o 5 años contados desde la fecha del fallecimiento.

SUSTITUCIÓN - LEY 33 DE 1973 (sustitución vitalicia) (Artículo 1) Esta ley consagra que la pensión del cónyuge es de carácter vitalicia y ordena que las viudas que se encontraban o tuvieran el derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, sería vitalicia. Igualmente determinó que el derecho a favor de la viuda se pierde si por su culpa, los cónyuges no viven unidos al momento del fallecimiento o cuando contrajera nuevas nupcias o hiciera vida marital.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 690 de 1974, el cual establece frente a la viuda e hijos estudiantes las siguientes condiciones:

- Viuda: Debía acreditar sumariamente que en el momento del deceso hacía vida común, o que se encontraba en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado aquel el hogar sin justa causa o por haberle impedido su acercamiento o compañía. Hijos estudiantes:
- No recibir auxilio, beca de recompensa o cualquier otra entrada que les permita su congrua subsistencia.
- Demostrar formalidad escolar: cumplimiento de pensum, aprobación de periodos y acreditación de asistencia.
- Pierde el derecho si dentro de los dos (2) primeros años cambia de carrera o profesión en más de dos (2) ocasiones, por razones distintas de salud. Esta condición fue declarada nula en Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 14 de julio de 2005, Proceso 3337-01)
- Los hijos mayores de 14 años con autorización para trabajar, no tenían derecho a la sustitución durante la vigencia del contrato. La pensión cesaba automáticamente cuando los hijos contrajeran matrimonio o hicieran vida marital en forma pública. Dicha norma igualmente dispone que la participación de los hijos legítimos y naturales sea igualitaria.

DECRETO 690 DE 1974: (Art. 1 y sig.) Beneficiarios:

- Ser cónyuge o la viuda deberá acreditar sumariamente que en el momento del deceso del pensionado hacía vida en común con este, o que se encontraba en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado aquel el hogar sin justa causa. La pensión vitalicia se pierde por haber contraído la viuda nuevas nupcias o hacer vida marital o Ser hijo menor 18 años o

13-001-33-31-001-2013-00011-01

incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él.

- No recibir auxilio, beca de recompensa o cualquier otra entrada que les permita su congrua subsistencia, o Demostrar educación formalidad.
- No cambiar dentro de los dos primeros años de estudios universitarios, de carrera o profesión en más de dos ocasiones.

Duración:

- Para la cónyuge vitalicia
- Para los hijos hasta cumplir la mayoría de edad o hasta que cesen las incapacidades
- Los mayores de catorce años que hayan obtenido autorización escrita para trabajar, no tendrán derecho a la sustitución pensional durante el tiempo en que se encuentren vigente el respectivo contrato.
- La pensión cesa automáticamente cuando los menores de edad y los incapacitados para trabajar por razón de sus estudios contrajeran matrimonio o hicieren vida marital en forma pública

Forma de liquidar:

- Las viudas que hayan venido disfrutando o tengan derecho causado a disfrutar de los cinco años de sustitución de la pensión, continuarán gozando de dicho derecho en forma vitalicia.
- La pensión que reciban las viudas o los hijos de que trata el artículo 1o. de la ley 33 de 1973, será reajustada en la misma forma en que lo sería si la estuviese recibiendo el causante.

Sustitución - LEY 12 DE 1975 (Artículo 1)

"Artículo 1º El cónyuge supérstite, 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 éste 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."

LEY 4 DE 1976 (ART. 8) A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto- ley 3135 de 1968 y del Decreto - ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y de la Ley 12 de 1975. Rige a partir del primero de enero de 1976 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

LEY 44 DE 1977 (Art.1) A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961.

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Decreto-ley 3135 de 1968 y del Decreto-ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y a la Ley 12 de 1975.

DECRETO 1045 DE 1978: (Art. 43) Beneficiarios:

- Los hijos adoptivos por adopción plena concurrirán como hijos legítimos del fallecido.

LEY 44 DE 1980: (Art.1) Para simplificar el trámite de sustituciones pensionales, ante cualquier operador, sea público, privado o de un empleador que tenga a su cargo el reconocimiento de pensiones, sean estas legales o convencionales y asegurar el pago oportuno de la mesada pensional y prestación del servicio de salud a quienes tienen derecho a ello, el pensionado al momento de notificarse del acto jurídico que le reconoce su pensión, podrá solicitar por escrito, que en caso de su fallecimiento, la pensión le sea sustituida, de manera provisional, a quienes él señale como sus beneficiarios, adjuntando los respectivos documentos que acreditan la calidad de tales."⁷

A partir del Decreto 3135 de 1968 **"por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"** en su artículo 36 y 39 reguló la sustitución pensional, pero dichas normas fueron derogadas por la Ley 434 de 1971 **"Por el cual se dictan normas sobre reorganización administrativa y financiera de las entidades de previsión social de carácter nacional, y se dictan otras disposiciones"**, donde se estableció que la sustitución pensional de jubilación e invalidez y retiro por vejez, respectivamente, para que se pagara durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante.

Las disposiciones en cita señalan:

"ARTÍCULO 19. El artículo 36 del Decreto 3135 de 1968 quedará así:

Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco (5) años subsiguientes.

⁷Ver nota al pie No. 6

Cuando faltaren el cónyuge o los hijos, la sustitución pensional corresponderá a los padres o hermanos inválidos y a las hermanas solteras del empleado fallecido que dependieren económicamente del causante."

"ARTÍCULO 20. El artículo 39 del Decreto número 3135 de 1968 quedará así:

Fallecido un empleado público o trabajador oficial con derecho o en goce de pensión de invalidez o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por causa de sus estudios o por invalidez que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la pensión respectiva durante los cinco (5) años subsiguientes.

Cuando faltaren el cónyuge o los hijos, la sustitución pensional corresponderá a los padres o hermanos inválidos y a las hermanas solteras del causante que dependieran económicamente del extinto."

Dicho término de los 5 años, fue derogado tácitamente por la Corte Constitucional en sentencia C-480 de 1998, donde se pronunció sobre las limitaciones que la misma disposición le impone al derecho a la pensión, señalando nuestro máximo tribunal Constitucional

"como quiera que las expresiones 'aquel no contraiga nuevas nupcias' y 'y por un tiempo máximo de cinco años' allí contenidas, fueron suprimidas implícitamente en virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 33 de 1973, tal como se infiere de la parte motiva de la providencia en comentario"

Dicha ley 33 de 1973 transforma en vitalicia las pensiones de las viudas, extendido lo anterior, también a los hijos menores y a los hijos con incapacidad para trabajar o por invalidez.

7.8. Caso concreto.

Haciendo una sintaxis de los hechos y de los actos demandados, se destaca (i) que la petición elevada fue para solicitar la sustitución pensional a favor de la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA, conforme lo establece la Ley 171 de 1961, (ii) que la demandada en el acto acusado Resolución 0283 de 9 de



abril de 2010, niega la solicitud, con el argumento que no se demostró el reconocimiento de la pensión por invalidez, al igual que no se probó el estado de invalidez de acuerdo como lo establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y la publicación del edicto emplazatorio conforme lo establece la Ley 44 de 1980, (iii) que mediante recurso la parte actora aporta dictamen de pérdida de capacidad laboral, por retraso mental severo y solicita la pensión post mortem, (iv) finalmente la demandada resuelve el recurso impetrado mediante Resolución No. 982 de 10 de agosto de 2011, confirmando la Resolución 0283, por que no se cumple con el mínimo de requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación.

7.8.1 Agotamiento de la vía gubernativa

La Sala abordara en primer lugar, el problema jurídico asociado por efectos prácticos, para así determinar si existe un verdadero agotamiento de la vía gubernativa, que permita fallar de fondo, sobre el derecho reclamado o pretendido o si no se demandó el acto ficto, lo que llevaría a confirmar la sentencia inhibitoria de primera instancia.

La Juez de primera instancia se inhibió en el fondo del asunto argumentando que en la Resolución 0283 de 9 de abril de 2010 y en el recurso de apelación presentado el 18 de mayo de 2011 contra la resolución anterior, el cual fue desatado mediante Resolución 0982 de 10 de agosto de 2011, su nulidad no traería como consecuencia el restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento de la pensión de invalidez de la señora SOFÍA JUDITH GARCÍA DE GUEVARA, porque la actuación de la demandante estuvo encaminada a obtener la sustitución de la pensión y en el recurso presentado se incorporó una nueva petición denominada *post mortem*; en consecuencia, sobre esta última pretensión existe un acto ficto no demandado y como el juez no puede modificar las pretensiones so pretexto de interpretar la demanda, profirió la decisión antes mencionada.

El apelante cuestiona tal consideración, afirmando que la petición del demandante, que origina la Resolución No. 283 de 9 de abril de 2010, es inequívoca cuando solicita la sustitución pensional, la cual es negada y lo que existe es una falta de motivación adecuada en el acto administrativo mencionado, ya que desconoce que para la fecha del 31 de diciembre de 1980, no existía junta de calificación de invalidez. Agrega que con el recurso lo que se pretende es la revocatoria de este acto, pero nunca presentar nueva peticiones y obtener la sustitución pensional deprecada, pero en todo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

caso, se confirma la decisión. Por último agrega que la pensión *post mortem* o sustitución pensional es lo mismo o pensión de sobreviviente.

Para resolver este interrogante, la Sala estudiara el acto acusado que negó la sustitución pensional, así:

- Resolución No. 0283 de 9 de abril de 2010

Nos defendremos en la petición presentada el 9 de febrero de 2010⁸ y la Resolución No. 0283 de 9 de abril de 2010, donde la demandada niega la solicitud de sustitución de la pensión de invalidez a favor de la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA.

Petición 9 de febrero de 2010	Res. No. 0283 de 9 de abril de 2010
"PETICIONES: 1.- Se sirvan reconocer la sustitución pensional a favor de las señora CARMEN GUEVARA GARCÍA, como beneficiaria de la señora SOFÍA GARCÍA MESTRA de acuerdo con lo estipulado en la ley 171 de 1961. 2. Se reconozcan las mesadas vencidas a favor de la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA a partir del momento en el cual se estructuró su derecho."	"(...) Que como se ha dicho el dictamen de las juntas es pieza fundamental para proceder a la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión que se solicita; por lo que es indispensable que el mismo aparezca anexo a la solicitud, lo que no sucede en este caso. Que es igualmente un requisito básico para liquidar y reconocer el pago de las mesadas dejadas de cancelar a la beneficiaria se aporte certificado de mesada devengada por el pensionado indicando la fecha en que fue retirado de nómina, el que tampoco fue anexado a esta solicitud. Que la documentación aportada no cumple con los requisitos legales, por lo tanto no constituyen plena prueba para el reconocimiento del derecho pedido."

⁸Folio 220 y 225



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

"Lo anterior está basado en los siguientes hechos: 1.- La señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA era titular de la pensión de invalidez reconocida por medio del decreto No. 376 de 1979. 2.- Esta pensión fue reconocida por parte de la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR ya que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, era maestra escalafonada en la 1ª categoría del Escalafón nacional de enseñanza primaria. (....)"	"Que mediante Decreto No. 376 de 1979 se determina la incapacidad para trabajar de manera absoluta e indefinida, por prescripción médica y quedando a disposición de la Caja de Previsión Social de Bolívar para proceder a reconocer la pensión correspondiente. Que no reposa dentro del expediente copia del acto administrativo (sic) reconoce y ordena de pago de una pensión mensual por Invalidez a la señora SOFÍA GARCÍA MESTRA, así como tampoco aparece dentro de la solicitud mención alguna del mismo que nos permita su identificación. (...)"
--	---

Esta Sala destaca que en el derecho de petición se afirma que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA era titular de la pensión de invalidez, reconocida por medio del Decreto No. 376 de 1979 y en el acto administrativo demandado Resolución No. 283 de 9 de abril de 2010, se indica que no existe el acto que reconoce y ordena el pago de una pensión mensual por invalidez.

Para lograr establecer si existe o no el acto administrativo que reconoce la pensión de invalidez, esta Corporación se detendrá en el Decreto No. 376 de 1979, que reposa a folio 31 y ss del expediente, donde en los considerandos del mismo se señala lo siguiente:

"Que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, maestra escalafonada en la 1ª categoría del Escalafón Nacional de enseñanza primaria, a virtud de la Resolución No. 504 de 20 de Diciembre de 1 (sic) proferida por la Junta Nacional dependiente del Ministerio de Educación Nacional, fue nombrada subdirectora del Jardín Infantil Nacional (Kindergarten de Cartagena), mediante Decreto No. 0272 de 22 de Marzo de 1966, designación que conserva en la fecha.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Que estando en el servicio activo como queda expresado en el considerando anterior, la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, por motivos de enfermedad fue incapacitada de manera absoluta definitiva para trabajar por el señor doctor ÁLVARO RAMOS OLIER, Médico cirujano vinculado a la Caja Departamental de Previsión Social de Bolívar y a ésta institución debe estar dispuesta por los motivos de tal incapacidad según los establecen los Decretos números 3135 de 1968 y 1848 de 1969 en armonía con la ordenanza No. 11 de 1964.

Que la ordenanza No. 35 de 1975 en su artículo cuarto dispone "cuantía de pensión: El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme con los porcentajes que se establecen a continuación así: a) Cuando la incapacidad sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%), el valor de la pensión será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable"

DECRETA

Artículo Primero: Incapacítase a la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, Subdirectora del (sic) nacional de Cartagena, para trabajar de manera absoluta e indefinida, según prescripción del señor Doctor ÁLVARO RAMOS OLIER, médico adscrito a la Caja de Previsión Social de Bolívar, a partir del día 20 de abril de 1979, fecha en la que dejó de concurrir a sus labores oficiales docentes y desde la cual queda a la disposición de la entidad de Previsión Correspondiente.

(...)

Artículo Tercero: La señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, mientras dura su incapacidad disfrutara de todos los beneficios establecidos en la Ordenanza No. 35 de 1975, artículos 5º, 6º y 7º y deberá someterse a los dispuesto en el Artículo 8º de dicha ordenanza."(Negrillas de la Sala)

Confrontado los hechos narrados en la petición de 9 de febrero de 2010, donde se afirma que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA tiene reconocida una pensión por invalidez con el Decreto No. 376 de 1979, se destaca que es cierto, pues dicha pensión se encuentre reconocida por el mencionado Decreto, pues existe prueba de la incapacidad absoluta de la madre de la demandante, la cuantía de la pensión y la fecha de su reconocimiento, pero a pesar de ello, en el acto acusado Resolución 0283 de 2010, se indica que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

no reposa copia del acto administrativo donde se reconoce y ordena el pago de la pensión por invalidez.

Ahora bien, como lo que se depreca es la sustitución pensional, toda vez que la peticionaria correctamente afirma que la pensión por invalidez se encuentra reconocida, el ente territorial demandado niega lo solicitado, porque no aporta el estado de invalidez por la Junta de Calificación de Invalidez, explicando con fundamento en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias T-941 de 2005 y T- 595 de 2006, que los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez constituyen el soporte técnico a partir del cual se generan prestaciones como la pensión de sobrevivientes a la que tienen derecho los *"los hijos inválidos del causante"*.

Sea lo primero decir, que en este caso concreto, no puede servir de fundamento la Ley 100 de 1993, puesto que para el momento del fallecimiento de la señora GARCÍA DE GUEVARA esta disposición no estaba vigente, sino los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 (Artículos 23 a 26 y 60 a 67, respectivamente), el primero de ellos en su artículo 14 asignó a las Cajas de Previsión Social, el reconocimiento de la Pensión de Invalidez, por esa razón el Decreto 376 de 1979, proferido por el Gobernador del Departamento reconoce la pensión de invalidez y ordena que se le liquide conforme a la ordenanza No. 035 de 1975 en su artículo cuarto, pero además ordena que se le reconozca lo dispuesto en ese mismo acto administrativo los artículos 5,6 y 7; el primero de ellos, establece que la Caja de Previsional Social Departamental reconocerá y pagara la pensión de invalidez, el segundo ordena la prestación asistencial y el tercero lo relacionado con la rehabilitación respectiva.

El hecho que el director de la Caja de Previsión Social del Departamento de Bolívar, no haya emitido el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez, no significa que el Decreto No. 376 de 1979 emitido por el Gobernador como jefe supremo del departamento no tenga validez, debido a que ese acto administrativo es de carácter mixto, reconoce la pensión de invalidez, solo que le ordena a la caja que la liquide y pague, y como se presenta una vacante definitiva en el empleo que se desempeñaba la señora Sofía García decide nombrar su reemplazo en el artículo segundo; luego, no había necesidad por esta última de reconocer nuevamente la pensión de invalidez, lo que tenía que hacer la Caja de Previsión Social, era ejecutar dicho acto administrativo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Definido como esta para la Sala, que la petición que origina el primer acto administrativo fue acorde con la realidad jurídica que existe en el proceso, el departamento de Bolívar, debió pronunciarse no con fundamento en la Ley 100 de 1993, sino conforme los Decretos antes mencionados, pero de todas maneras, si la motivación es acorde o no con la normatividad jurídica es un estudio o juicio de legalidad que aun la Sala no ha entrado en este estado procesal, lo único que ha hecho, es determinar si hubo un agotamiento verdadero de la vía gubernativa, lo cual, hasta este instante si existe, puesto que la petición del 9 de febrero de 2010 solicitó la sustitución pensional.

Contra la Resolución No. 0283 de 2010, se interpuso recurso de apelación⁹, siendo resuelto el mismo mediante Resolución No. 982 de 10 de agosto de 2011, donde no se repone la misma, con el argumento que no se cumple con el mínimo de requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación, aduciendo que la fallecida SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, al momento de su muerte no era pensionada del departamento, por lo que debió pedirse la pensión de jubilación post mortem.

Realizado el recuento anterior, para poder contextualizar la decisión proferida por la juez de primera instancia, donde considera que en un eventual restablecimiento del derecho de los actos enjuiciados, no traería como consecuencia lógica el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de la señora SOFÍA JUDITH GUEVARA DE GARCÍA, ya que ninguno de esos actos definió dicha situación, porque la actuación impulsada por la parte demandante estuvo originalmente enfocada a conseguir únicamente la sustitución pensional a favor de CARMEN GUEVARA GARCÍA, tal como se anotó en el derecho de petición de 9 de febrero de 2010.

Teniendo en cuenta los argumentos de la sentencia recurrida, se entrará a analizar los fundamentos del recurso de apelación, nos detendremos en el primero de ellos, relativo a que cuando fallece una persona pensionada por vejez, por invalidez o jubilación o con derecho a cualquiera de las pensiones anteriores, aunque no se le hubiere reconocido, se trasmite a las personas de su grupo familiar determinado por la ley, el derecho a percibir la mencionada pensión en sustitución de la persona fallecida; es decir, a juicio de la parte demandante la sustitución pensional lleva consigo el reconocimiento del derecho que en vida hubiere correspondido al causante.

⁹Folios 54-55



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Para poder absolver la afirmación anterior; esta Sala considera conveniente explicar la diferencia entre sustitución pensional y pensión de sobreviviente, atendiendo que en el derecho de petición de 9 de febrero de 2010, se solicita la sustitución pensional.

Con relación a la pensión de sobreviviente o sustitución pensional, que el legislador previó, que una vez el asalariado o pensionado falleciere, los aportes efectuados al Sistema General de Pensiones permitieran que una vez tuviera lugar la muerte, se configurará en cabeza de quienes dependían económicamente del causante dos derechos subjetivos diversos dependiendo de la calidad en la que éste se encontrara en el sistema, es decir, si era un trabajador o pensionado, por lo tanto, si quien muere era **trabajador o asalariado** el derecho a la **pensión de sobreviviente**, está destinado a suplir la prestación económica del salario que devengaba el causante y así permitir el sostenimiento de su familia; pero si quien perece era **pensionado** por vejez o invalidez, sus familiares serán destinatarios de la **sustitución pensional**.

En resumen si quien fallece era asalariado sus familiares tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes y si quien muere era pensionado por vejez o invalidez su grupo familiar tendrá derecho a la sustitución pensional, así lo ha manifestado la Corte Constitucional¹⁰, indicando lo siguiente:

"De esta forma, como mecanismo para procurar la protección de quienes resulten afectados en tal contingencia, el legislador previó que los aportes efectuados al Sistema General de Pensiones permitieran que una vez tuviera lugar un evento de este tipo, se configurará en cabeza de quienes dependían económicamente del causante dos derechos subjetivos diversos dependiendo de la calidad en la que éste se encontrara en el sistema, a saber¹¹:

i) El derecho a la pensión de sobrevivientes, destinado a conceder al núcleo familiar de un trabajador afiliado al Sistema de Seguridad Social una prestación económica que supla, al menos parcialmente, el salario que devengaba y que permitía el sostenimiento de sus familiares.

ii) Cuando los ingresos aportados por el causante provenían no de un salario sino de la pensión de vejez o invalidez que devengada, sus

¹⁰Sentencia T-586 de 2010

¹¹ T-730 de 2008, ya citada.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

familiares serán destinatarios de la sustitución pensional, esto es, pasarán a ocupar el lugar del causante como titular de dicha prestación."

Con fundamento en la jurisprudencia transcrita, esta Judicatura considera que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que la pretensión de sustitución pensional, lleva consigo el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, porque solo se sustituye el derecho que ya se tiene, es decir, que en la petición de 9 de febrero de 2010¹² se pide la sustitución pensional, porque de manera acertada se indica que la señora SOFÍA GARCÍA MESTRA era titular de la pensión de invalidez, siendo claro, que la sustitución pensional, es procedente cuando quien fallece es pensionado y nace entonces el derecho de sus familiares (conyugue, hijos menores, mayores incapacitados dependientes económicamente) para reclamar dicha sustitución y ocupar el lugar de quien en vida gozaba de la pensión por vejez o invalidez, para poder solventar las necesidades familiares.

Ahora, si bien es cierto que una cosa es la sustitución pensional y otra el reconocimiento de la pensión post mortem, nada impide que en una solicitud se pidan las dos, es decir, que haya reconocimiento de la condición de pensionado después de fallecido y consecuentemente se le sustituya a los beneficiarios del *decujus*. En ese contexto, el apelante en esta instancia tiene razón en su recurso cuando manifiesta que en el escrito del 18 de mayo de 2011, mal llamado recurso de apelación presentado ante el Gobernador del Departamento de Bolívar, hacemos esta claridad porque el único recurso procedente era el de reposición, así expresamente lo dice Resolución No. 283 de 9 de abril de 2010, en su artículo 3º; en tal virtud, el recurrente lo que hace es adaptarse a lo dispuesto en el acto administrativo antes mencionado, ya que este le había negado la sustitución pensional, con el argumento que no existía el reconocimiento de la pensión de invalidez, entonces, se solicita el plurimencionado reconocimiento de la señora Sofía García de Guevara, para luego sustituírsela a su hija Carmen Guevara García, luego, si existe congruencia y no hay acto administrativo ficto que demandar puesto que siempre solicitó la sustitución pensional, tal como se observa en el último párrafo del escrito presentado el 18 de mayo de 2011 (ver folio 55).

Por las razones anteriores, la respuesta al problema jurídico asociado es que si hubo un verdadero agotamiento de la vía gubernativa, figura vigente al momento de los hechos, además el acto administrativo No. 0283 de 2010, solo admite el recurso de reposición, porque lo expidió el Gobernador, por lo

¹²Folio 220



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

tanto, no tenía por qué presentar otro recurso, conforme lo establece el artículo 51 del C.C.A; es decir, que el escrito mal llamado recurso de apelación presentado el 18 de mayo de 2011, es una nueva petición, que dio origen a un acto administrativo independiente y autónomo que puede ser enjuiciado por la jurisdicción contenciosa, lo que permite a esta Sala acceder a los planteamientos del impugnante en esta instancia y en consecuencia, **Revocar** la decisión inhibitoria proferida por la Juez de primera instancia, y pasar a estudiar el fondo del asunto.

Decantando por la Sala, que existió un debido agotamiento de la vía gubernativa, se procede a analizar el problema jurídico principal.

7.8.2 ¿Tiene derecho la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, a la sustitución de la pensión de invalidez de su madre SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, por encontrarse en estado de discapacidad?

Para poder absolver el anterior interrogante, nos detendremos a estudiar una sentencia del Consejo de Estado¹³, donde explica el desarrollo normativo de la sustitución pensional hasta la Ley 100 de 1993, porque la señora García de Guevara falleció el 31 de diciembre de 1980; luego la normatividad aplicable es la vigente al momento de su deceso:

"Posteriormente, en materia de sustitución pensional se expidió la Ley 33 de 1973¹⁴, la cual señaló que para que se diera la sustitución pensional, el trabajador particular o el empleado o trabajador del Sector Público, debía estar pensionado o al momento de su fallecimiento tener el derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez.

*"(...) Artículo 1º. Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda **podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.***

(...)

*Parágrafo 2º. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, **les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley.**" (Se resalta)*

¹³Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección B C.P Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 10 de noviembre de 2016. Radicación No. 05001233300020140175401 (50732015)

¹⁴"Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas."

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Luego, la Ley 12 de 1975¹⁵ solo exigió que el trabajador o empleado haya completado el tiempo de servicio, de manera que si fallecía antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión de jubilación, había lugar a la sustitución pensional, así:

*"(...) Artículo 1º El cónyuge supérstite, 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. (...)" (Se resalta)*

De lo anterior se infiere, que si bien en principio el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio, con posterioridad el Legislador lo extendió para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, con el fin de amparar con tal medida el derecho de la familia del mismo, que por la contingencia de muerte no logró consolidar plenamente su derecho pensional. (...)" (Negritas del texto)

Vemos en la sentencia transcrita, el legislador en principio solo consideró la sustitución pensional, cuando quien fallece ya gozaba de la pensión por vejez o invalidez, después la extendió para los trabajadores que fallecieran cumpliendo con el tiempo de servicio, pero sin tener la edad para pensionarse y finalmente con la Ley 100 de 1993, donde se refiere a la pensión de sobreviviente para aquellos que se encuentran dentro del sistema de seguridad social integral. Aterrizando al caso en concreto, se destaca que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, se desempeñaba como docente, con un régimen especial y falleció antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, la cual solo puede ser aplicada como garantía del principio de favorabilidad, siendo las normas vigentes de la sustitución pensional para la época de los hechos de la demanda las siguientes Decretos: 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 434 de 1971.

En el caso sub examine, la demandante el 9 de febrero de 2010¹⁶, solicita la sustitución pensional; se destaca que el legislador con la Ley 33 de 1973 y con el Decreto 3135 de 1968¹⁷, consideró que la sustitución pensional era un

¹⁵ "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación."

¹⁶ Folios 220 y 225

¹⁷ Derogado Ley 434 de 1971



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

beneficio de los familiares del pensionado, es decir, que necesariamente se debía estar pensionado antes de fallecer, para que los familiares del causante estén legitimados para reclamar dicha prestación, dicho de otra manera, si quien falleciere no gozada del status pensional, no es procedente pedir la sustitución pensional.

Determinado entonces las normas aplicables, entraremos a analizar las pruebas que pretenden demostrar si le asiste el derecho a la demandante para reclamar la sustitución pensional, teniéndose como **HECHO PROBADOS**, los siguientes:

1.- Decreto No. 0376 de 1979, donde el Gobernador del Departamento de Bolívar, en el cual:

- Reconoce que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA se encuentra incapacitada de manera absoluta e indefinida para trabajar, tal como lo prescribió el doctor ÁLVARO RAMOS OLIER, médico adscrito a la Caja de Previsión Social de Bolívar. (Folio 31-32)
- En el mismo texto, se establece que, de acuerdo con la ordenanza No. 35 de 1975, la cuantía de la pensión, será el último salario devengado y el porcentaje será determinado por la pérdida de capacidad para laborar, citando que el ingreso base de liquidación es el último salario, porque el porcentaje de incapacidad supera el 75%, conforme lo establece el literal a) del artículo 4º de la ordenanza 35 (folio 31-32)
- En su contenido también, se manifiesta que el status pensional se adquirió desde el 20 de abril de 1979 (folio 31-32)

2.- Certificado de salarios donde consta los factores salariales devengados durante el último año de servicio (folio 60-63)

3.- Registro de defunción de la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, la causa de la muerte cáncer interino invasivo (folio 35)

4.- Partida de Bautismo de la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA (folio 36)

5.- Sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia de 14 de mayo de 2007, donde se declara interdicta por demencia definitiva a CARMEN ESTER GUEVARA GARCÍA (folios 39-46)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

6.- Acta de posesión de señor PEDRO EMIRO GUEVARA GARCÍA, como guardador de la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA, de fecha 22 de agosto de 2008 (folio 47)

7.- Perdida de la capacidad laboral de la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA proferida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, teniendo como fecha de estructuración el 02/08/1959, con un porcentaje del 69.35% de invalidez (folios 48-51)

Vemos que cuando se presenta la petición, de manera correcta se anota que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA era titular de la pensión de invalidez, reconocida mediante Decreto No. 376 de 1979, pues si se analiza de manera integral el mencionado decreto, vemos que se reconoce la incapacidad absoluta, estableciendo la cuantía de la pensión, la fecha del status pensional (20 de abril de 1979) y a cargo de quien se encontraba esta, por lo tanto, el primer acto acusado donde se niega la solicitud sustitución pensional, bajo el argumento que no reposa soporte probatorio del acto que reconociera la mencionada pensión; carece de fundamento jurídico y no se encuentra ajustado a derecho, toda vez que el mencionado decreto tiene incorporado el derecho que se reclama.

Además, los fundamentos de su motivación se apoyan en la ley 100 de 1993, disposición que como se ha dicho en párrafos anteriores, no era aplicable, toda vez que la madre de la demandante falleció antes de entrar en vigencia la mencionada norma (31/dic/80), luego entonces, mal haría en negarse la sustitución pensional con fundamento en la Ley 100 de 1993, cuando esta no había comenzado a regir para la fecha de la muerte de la señora GARCÍA DE GUEVARA.

Así las cosas, no se comparte la decisión proferida por la demandada, en el acto acusado, en el entendido que no existe reconocimiento de la pensión de invalidez de la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, puesto que con las pruebas debidamente aportadas se desvirtúa la presunción de legalidad de la Resolución No. 283 de 2010, por apoyarse en situaciones fácticas inexistentes y por disposiciones que no se encontraban vigentes, lo que conllevaría necesariamente a su declaratoria de nulidad y consecuentemente a título de restablecimiento del derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión por invalidez a la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Determinado por la Sala, que se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad con relación al primer acto administrativo, ahora ahondamos en el segundo acto administrativo, que es la Resolución No. 982 de 10 de Agosto de 2011.

- Resolución No. 982 de 10 de Agosto de 2011

Para una mejor ilustración sobre el escrito de fecha 18 de mayo de 2011 y su decisión, esta Corporación se permite anotar lo pedido en dicho recurso, al igual que los argumentos de la Resolución 0982 de 2011, pero solo refiriéndonos a la petición y no a lo relativo a la improcedencia del recurso de apelación, que fue también abordado en el mencionado acto administrativo; puesto que como se anotó en párrafos anteriores, se trata de un acto administrativo independiente y autónomo.

Escrito 18 de mayo de 2011 "Recurso de apelación"	Res. No. 0982 de 10 de agosto de 2011
"El requerimiento del fondo de exigir el certificado de las mesadas devengadas por el pensionado, no está llamado a cumplir en cuenta que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA no gozo del status de pensionado, por lo que es el fondo quien debe determinar la cuantía de la pensión. Como consecuencia de la manifestación anterior, solicito al fondo que en aras de la economía procesal, y al tener en cuenta que la causante nunca gozo del estatus de pensionada, me permito respetuosamente solicitar a ustedes el reconocimiento de la pensión pos (sic) morten (sic) en cumplimiento de lo ordenado por la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR en su decreto No. 376 de 1979"	"Que revisada la documentación anexa al expediente, se tiene que la solicitud presentada por la abogada mediante escrito de fecha 2 de diciembre de 2010, está erróneamente dirigida, toda vez, que la fallecida SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, al momento de su fallecimiento, no era pensionada del departamento, por lo que la solicitud debía ser presentada con el fin de que su hija beneficiaria obtuviera la respectiva pensión de jubilación post Morten (sic). Que vistas las normas que le resultan aplicables: Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 y demás disposiciones reglamentarias, se tiene que no se cumple con el mínimo de requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

	(...)"
--	--------

De lo antes transcrito, se evidencia que en el recurso de apelación, la parte demandante inducida por la demandada, presenta un nuevo hecho donde se afirma que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA no goza del status pensional, por lo que presenta una solicitud de pensión poste mortem; se destaca que al momento de presentar el derecho de petición de 9 de febrero de 2010, la parte demandante pide la **sustitución pensional**, por considerar que el derecho a la pensión de invalidez de la señora SOFÍA GARCÍA MESTRA estaba reconocido, pero al advertirse en el acto atacado (Resolución 283 de abril de 2010), que dicho reconocimiento no estaba demostrado, la parte demandante presenta recurso de apelación, pero la petición cambia a **pensión post mortem**, es decir, que el mal llamado recurso de apelación no es el realidad un recurso, es una nueva petición, donde se pretende el reconocimiento de la pensión de invalidez de la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA y como consecuencia de ello, la sustitución pensional a favor de su hija interdicta, luego entonces, la Resolución No. 982 de 2011, a pesar que se le dio trámite de recurso de reposición, atendiendo que el recurso de alzada es improcedente contra actos expedidos por el Gobernador, en su condición de representante legal del ente territorial, conforme lo establece el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, en realidad es un acto administrativo independiente y autónomo que puede ser enjuiciado por la jurisdicción contenciosa.

Si confrontamos la petición inmersa en el escrito denominado "recurso de apelación contra la Resolución No. 283 de 9 de abril de 2010" presentado el 18 de mayo de 2011¹⁸, se denota que el ente territorial resuelve negativamente lo pedido, atendiendo que lo que se deprecia es: "....solicito al FONDO TERRITORIAL reconocer PENSIÓN POSMORTEN (sic) a la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, quien fallece el 31 de diciembre de 1980, como consecuencia de este reconocimiento y considerando que existe sobrevivientes que tienen derecho a la prestación económica pensional, reconocer a favor de la señora CARMEN GUEVARA GARCÍA pensión de sobreviviente desde la fecha en la cual reunió los requisitos de hecho y de derecho"

¹⁸Folios 54-55



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Teniendo en cuenta que lo pedido es la pensión *post mortem*, la demandada en la Resolución No. 982 de 10 de agosto de 2011¹⁹, manifiesta:

"Que revisada la documentación anexa al expediente, se tiene que la solicitud presentada por la abogada mediante escrito de fecha 02 de Diciembre (sic) de 2010, está erróneamente dirigida, toda vez, que la fallecida SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, al momento de su fallecimiento, no era pensionada del departamento, por lo que la solicitud debía ser presentada con el fin de que su hija beneficiaria obtuviera la respectiva pensión de jubilación post Mortem (sic)"(Subrayas fuera de texto)

Denota esta Corporación, a diferencia de lo considerado por la Juez de primera instancia, que si existió pronunciamiento sobre lo pedido, pues la demandada reitera el argumento relativo a que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA no era pensionada, reafirma que debió pedirse la pensión *post mortem*, es decir, que niega el derecho de la peticionaria, es decir, que si existe un acto expreso, no se configura el silencio administrativo negativo frente a la petición del 18 de mayo de 2011, como lo explica el A quo, en consecuencia, debía la parte demandante pretender la nulidad de las Resoluciones No. 283/10 y No. 982/11, pues no existe ningún acto administrativo ficto que negó la petición de reconocimiento de la pensión *post mortem*, como se explicó en la sentencia recurrida, por lo tanto, para la Sala, este segundo acto, también se encuentra viciado de nulidad, toda vez que se encuentra demostrado que la señora GARCÍA DE GUEVARA tenía reconocida la pensión por invalidez, tal como consta en el Decreto No. 376 de 1979.

Por lo expuesto, esta Sala no comparte las consideraciones de la Juez de primera instancia, cuando señala que al no existir en la demanda pretensión anulatoria contra el acto administrativo presunto de la petición formulada el 18 de mayo de 2011, no es posible estudiar de fondo la controversia, por el contrario, para esta Magistratura, se encuentra claro, que la causante tenía reconocida la pensión por invalidez por incapacidad absoluta desde el 20 de abril de 1979, luego entonces, le asiste razón al actora en pretender la sustitución pensional y deprecar la nulidad de los actos demandados. Por otra parte, en el acto acusado Resolución No. 982 de 10 de agosto de 2011, se señalan disposiciones legales que no se ajustan a la solicitud planteada, en el mal denominado recurso de apelación, puesto que, se

¹⁹Folios 56-57



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

refiere a la Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988, las cuales son utilizadas para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos; debemos recordar que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, si bien al momento de fallecer tenía 54 años de edad, no tenía el tiempo requerido para dicho reconocimiento, toda vez que comenzó a trabajar en el año 1966, alcanzando 13 años de servicios para la fecha en que se estructura la invalidez (1979), a ella tenía que aplicársele los Decretos No. 3135 de 1968, No. 1848 de 1969 y No. 434 de 1971, y con fundamento en los mismos, establecer si reunía las condiciones para el reconocimiento de la pensión de invalidez y su posterior sustitución pensional en cabeza de su hija CARMEN GUEVARA DE GARCÍA.

Ahora bien, descendiendo en el análisis de las prueba documental allegada, se demuestra con el registro de defunción que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA falleció el 31 de diciembre de 1980, es decir, que a partir del 1 de enero de 1981, surge el derecho a la sustitución pensional, para su hija incapaz CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, quien presenta una incapacidad (disminución cognitiva) desde su nacimiento, tal como lo prueba el dictamen proferido por la Junta de Calificación de Invalidez, es decir, que se cumplen los presupuestos que establece la ley para dar aplicación a la sustitución pensional, pues la demandante es beneficiaria de la causante por ser su hija con incapacidad para trabajar y esta última al momento de su muerte se encontraba pensionada por invalidez, conforme lo establece el Decreto No. 376 de 1979.

Establecido que le asiste el derecho a la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, a la sustitución pensional, se procederá a su liquidación, teniendo en cuenta, el último salario devengado por su madre SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, toda vez que el Decreto No. 376 de 1979, establece de acuerdo con la ordenanza No. 35 de 1975, que la cuantía de la pensión, asciende al último salario devengado conforme lo establece el literal a) del artículo 4º de la mencionada ordenanza; en el plenario quedó demostrado con el registro de defunción que la señora GARCÍA DE GUEVARA murió de un cáncer invasivo uterino, siendo un tipo de cáncer de los más agresivos que existen e incapacita totalmente, lo que lleva a la persona a padecer fuertes dolores que impiden llevar una vida sin sufrimientos, luego entonces, su incapacidad supera el 75% por lo tanto, el ingreso base de liquidación, será el último salario devengado.



A folios 63 reposa el certificado de salarios del último año de servicios de la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, el cual ascendía a la suma de SEIS MIL NOVENTA PESOS (\$6.090.00), que corresponde al suelo básico y de acuerdo al Decreto No. 376 de 1979 en concordancia con la ordenanza No. 35 de 1975, el ingreso base de liquidación de acuerdo a su incapacidad es la suma antes señalada.

7.8.3. La indexación de la primera mesada pensional

Es importante recalcar que la indexación, desde el punto de vista económico y en términos generales, es una forma de actualización de las obligaciones dinerarias cuando estas se ven afectadas en su valor real por efecto de los fenómenos macroeconómicos como la inflación. Conforme a lo anterior, es desarrollado el tema por la doctrina especializada.

Por lo dicho, no se trata solo del pago de obligaciones solucionadas en mora, sino que se trata de que el derecho y la jurisprudencia acepten los fenómenos económicos que afectan el ingreso real del trabajador o ex trabajador, máxime que en el presente caso estamos hablando de servidores pasivos o pensionados que derivan su sustento de manera directa del fruto de su trabajo de años anteriores.

Sobre el tema, acentúa la Sala que las posiciones jurisprudenciales no son pacíficas al interior de la Corte Suprema de Justicia²⁰⁻²¹. Sin embargo, tanto

²¹El máximo organismo de la jurisdicción ordinaria, especialidad jurisdiccional laboral, ha dicho sobre el tema: "En torno a lo que se ha denominado por la jurisprudencia la indexación de la primera mesada pensional, esta Sala de la Corte ha aceptado la revaluación del ingreso base de liquidación de pensiones, y fincada siempre en lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, que ha considerado, son los que dan la base normativa para proceder a dicha actualización, para aquellas pensiones que se causen a partir de su vigencia, inclusive aquellas que, aunque reguladas por la legislación anterior, se encuentran cobijadas por el régimen de transición, previsto en el mencionado artículo 36 ibídem.

Así lo ha sostenido en múltiples sentencias, como las del 16 de febrero de 2001 (rad. 13092), 26 de septiembre de 2006 (Rads. 27120 y 28384) 14 de noviembre de 2006 (Rad. 28807), y 12 de junio de 2008 (Rad. 32271).

Además, se ha dicho que la Corte Constitucional, en las sentencias C-862 y C-891 A de 2006, refrendó el criterio de esta Corporación respecto al vacío normativo existente en torno a lo que se ha designado la indexación de la primera mesada, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, que, estimó, contraría los mandatos 48 y 53 de la Constitución que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico, por lo que declaró la exequibilidad de los apartes concernientes al monto del derecho pensional consagrado en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 171 de 1961, "en el entendido de que el salario base para la liquidación de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, se han inclinado hacia la existencia de un derecho derivado de la misma Constitución Política, de los artículos 13, 53 y 230, a la indexación, independientemente si se trata de pensiones legales concedidas antes o después de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o de la Constitución de 1991.

Se recalca que la primera sentencia que se encargó de abordar el tema de forma integral fue la de unificación SU-120 del 13 de febrero de 2003, de donde se resalta como punto de gran relevancia el hecho de concluir no existir una norma general que ordene la indexación de todas las pensiones, estas lo deben ser en virtud del artículo 53 de la C.P., no obstante estos pronunciamientos la jurisprudencia sobre el tema han ido evolucionando a fin de dar claridad y fijar una serie de sustentos que sirvan para desarrollar este asunto. Es así como el máximo intérprete de la Constitución en decisión contendía en la sentencia de unificación SU-131 de 2013 se ocupó nuevamente del tema, manifestando:

"La indexación de la primera mesada pensional, es un instrumento que busca hacer frente a la inflación, en la medida en que ésta produce pérdida de la capacidad adquisitiva. Se trata entonces, de una suerte de actualización de

primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor - IP- certificado por el DANE".

Se aludió concretamente en tales sentencias a que las referidas normas omitían consagrar la indexación del salario base, para liquidar las pensiones de los trabajadores que se desvinculan de su empleador sin tener la edad para pensionarse, por lo que su salario necesariamente sufre la afectación derivada de la inflación.

Con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 171 de 1961, ciertamente se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993). Es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C-862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida corrección.

En esas condiciones, esta Sala de la Corte modificó su posición frente al tema, para, tomando como fuente suprallegal la Constitución de 1991, reconocer la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones causadas bajo la vigencia de la Carta, esto es, a partir del 7 de julio de 1991, en que entró en vigor, pues este es el fundamento jurídico que le sirvió a la Corte Constitucional sentencia de exequibilidad, bajo el entendido "...de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor - IP- certificado por el DANE."

Lo anterior, porque, al armonizar el nuevo pronunciamiento constitucional con la jurisprudencia de esta Sala en torno al tema, cabe reafirmar que, antes de la fecha indicada en que entró a regir la nueva constitución, no existía el mencionado sustento suprallegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, con la Ley 100 de 1993." CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia del 22 de julio de 2009. Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ. Radicación No. 33819. De la CORTE CONSTITUCIONAL, pueden consultarse múltiples fallos, entre otras la Sentencia T-628 de 2009, en donde se analiza y reitera el tema en mención.

13-001-33-31-001-2013-00011-01

las obligaciones pensionales debidas, que busca que quienes han trabajado durante su vida productiva, gocen de una prestación que les permita vivir dignamente.

La figura de la indexación de la primera mesada pensional, ha evolucionado en la historia jurídica del país, como se sigue del recuento normativo realizado en la sentencia SU-1073 de 2012. Así, en un primer momento, el Código Sustantivo del Trabajo establecía, en su artículo 261, una congelación del salario base para el cómputo de la pensión de jubilación, de modo que, una vez adquiridos los requisitos para acceder a la prestación, no se tenían en cuenta las modificaciones de salario posteriores. Luego, las Leyes 10 de 1972, 4ª de 1976 y 71 de 1988, dispusieron el reajuste anual de las pensiones, de conformidad con el aumento del salario mínimo.

Posteriormente, la Constitución Política de 1991 estableció en su artículo 53 que el Estado debe garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales, disposición que orienta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que consagró expresamente el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de este tipo de prestaciones.

De este modo, de acuerdo con el constituyente y el legislador, se ha previsto la obligación de actualizar la primera mesada de quien ha adquirido el derecho a la pensión cuando se encontraba trabajando. Sin embargo, no existe una norma que establezca de manera clara "la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida, pero cuyo reconocimiento es hecho de forma posterior"

La Sección Primera de la Corte Suprema de Justicia desde 1982 hasta el 18 de abril de 1999, acogió la fórmula de indexación de la primera mesada pensional, como mecanismo para garantizar el poder adquisitivo ante el fenómeno de la inflación. Sin embargo, la Sección Segunda de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostenía la tesis contraria, pues consideraba que no procedía la indexación de las deudas laborales a menos que estuviese expresamente establecido por el legislador. Por ello, en sentencia del 8 de abril de 1991, anterior a la Constitución vigente, se unificó la postura de la Sala Laboral y se indicó que la indexación era un factor o modalidad del daño emergente y debía incluirse para que la obligación fuera completa. De acuerdo con la sentencia SU-1073 de 2012 "esta orientación fue extendida por parte de la Corte Suprema de Justicia no sólo respecto de la pensión sanción prevista en el artículo 267 del C.S.T, sino en pensiones convencionales y la pensión prevista en el numeral 2 del artículo 260 del C.S.T." y fue reiterada en diversos pronunciamientos posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

Sin embargo, en sentencia del 18 de agosto de 1999, la Sala Laboral de la Corte Suprema cambió su jurisprudencia y señaló que la indexación de la primera mesada pensional, procede sólo en los casos en los que el legislador lo ha previsto, lo que sólo ocurre para las pensiones reconocidas después de la expedición de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994. Esta postura fue controvertida por vía de tutela y declarada contraria a preceptos constitucionales en la sentencia SU-120 de 2003, que estableció que el cambio de jurisprudencia constituía una vía de hecho por desconocimiento de los principios constitucionales que rigen las relaciones laborales. Además de la sentencia de unificación, mediante control abstracto de constitucionalidad,

13-001-33-31-001-2013-00011-01

esta Corporación ha reconocido el derecho a la indexación de la primera mesa pensional.

En consideración a la jurisprudencia de esta Corporación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia aceptó nuevamente la tesis de la indexación de la primera mesada pensional, pero sólo para pensiones reconocidas después de la expedición de la Constitución de 1991.

...

La jurisprudencia ha predicado el carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional. Lo anterior porque no existe ninguna razón constitucionalmente válida para predicar el derecho a la actualización de la primera mesada solo de algunos pensionados, cuando todos están en la misma situación. Hacerlo, por el contrario, constituye un trato discriminatorio."

Sobre el particular, se ha pronunció el Consejo de Estado en las siguientes providencias que por su importancia la Sala transcribe:

"Así mismo en la demanda se solicita el reconocimiento de la pensión, "...efectuando técnicamente la actualización (indexación) conforme al IPC tal y como lo establecen los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto se observa:

ARNULFO GÓMEZ, por ser beneficiario del régimen de transición, no se le aplica la Ley 100 de 1993, sino la normatividad que regía con anterioridad, que en su caso es la Ley 33 de 1985, la cual no consagra la posibilidad de aplicar el IPC a las pensiones en circunstancias como la presente en donde se paga la pensión de jubilación con el promedio de lo devengado entre el mes de agosto de 1994 y el 30 de marzo de 1995, con efectividad a partir del 24 de octubre de 1995, fecha en la cual el actor cumplió los 55 años de edad.

Sin embargo, es innegable y así lo viene sosteniendo la Sala en reiterados pronunciamientos que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias, se convierte en un factor de equidad y justicia que permite el pago del valor real de las acreencias.²²

En consideración a que la entidad demandada no accedió a ordenar la revalorización de la primera mesada pensional al actor, igualmente, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se condenará al ente demandado a liquidar la pensión, actualizando su valor, en los términos y fórmula que a continuación se indica:

..."²³

En providencia anterior, había indicado:

²² En este sentido puede consultarse lo expuesto en la sentencia de 23 de mayo de 2002, dictada en el proceso 4798-01

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Sentencia de 16 de febrero de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01 (1579-04). Actor: ARNULFO GÓMEZ. Demandado: GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

"No hay duda que, si bien, la pensión debe liquidarse sobre el promedio de lo devengado en el último año de servicios, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en los artículos 48 inciso último al tenor del cual "La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante" o el previsto en el artículo 53 inciso 3º conforme al cual "El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales".

Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, en casos como el presente, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta. Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es la única forma de impedir que el demandante se vea obligado a percibir una pensión de jubilación devaluada, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento del reconocimiento de la pensión."

Teniendo en cuenta que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA nunca le pagaron según lo manifestado en la demanda y nadie controvertió tal afirmación, y su muerte ocurrió el 31 de diciembre de 1980 sin disfrutar de ella, así como el derecho de su hija CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, le nació el 1 de enero de 1981, sin que hasta la fecha se haya hecho efectivo materialmente el mismo, lo que genera evidentemente una pérdida del poder adquisitivo, pues si se reconoce el valor a la fecha que se generó, serían \$ 6.090.00, suma que no cubriría el mínimo vital, lo cual sería inequitativo para quien tiene una discapacidad, por esa razón, la Sala ordenara la indexación de la primera mesada pensional.

La liquidación de la indexación de la primera mesada pensional o del salario base de liquidación de la primera mesada se hará mes a mes desde la consolidación del derecho a la sustitución pensional, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1981, así: una vez liquidado el valor de la pensión, cada mesada causada se indexará utilizando la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

IPC INICIAL

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente mesada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de las diferentes mesadas). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula

se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional, comenzando por la correspondiente al mes de enero de 1981 y para los demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de ellos, sin perjuicio de la prescripción de los derechos que se declara.

7.8.4. Prescripción

Como quiera que el derecho de la demandante nace en 1981 y la solicitud de reconocimiento se realizó el 9 de febrero de 2010, podría pensarse que la mesadas pensionales anteriores a los tres años previos a la reclamación se encuentran prescritas, debido a que la prescripción, entendida esta en este contexto como una forma de extinción de los derechos por su no ejercicio o reclamo en cierto tiempo, tiene su regulación legal en el ámbito administrativo laboral en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 101 del Decreto 1848 de 1969²⁴, en el sentido que los derechos de contenido laboral prescriben por el paso del tiempo de tres (3) años, contado dicho término desde que el derecho se hizo exigible, sin reclamo directo o judicial sobre el punto.

Se aclara que sus mesadas pensionales no se encuentran prescritas, en atención a la suspensión de la prescripción a favor de los menores de edad y los incapaces, contenida en los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, tal como lo han interpretado tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado, tribunal este último del que la Sala se permite citar el siguiente aparte:

“Siguiendo los anteriores criterios jurisprudenciales que esta Sala acoge, el término de prescripción extintiva se suspende en beneficio de los menores de edad, por lo que sólo empieza a correr cuando ellos alcanzan la mayoría de edad.

La suspensión de la prescripción a favor de los menores se justifica en la medida en que sus derechos hacen parte de su haber patrimonial y no del de su representante legal, de modo que sólo puede afectárseles con el fenómeno prescriptivo cuando tengan capacidad legal de ejercicio; máxime porque el hecho de que cuenten con una persona que los puede representar legalmente, no significa una garantía de la reclamación efectiva y oportuna de sus derechos, por lo que es inadmisibles sujetarlos a la suerte que dispongan quienes los representan.

²⁴ El artículo 42 del Decreto 3135 de 1968, consagra: “Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. “Igual disposición es reiterada por el artículo 101 del Decreto 1848 de 1969.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

Sumado a lo anterior, resulta acorde con los postulados del Sistema Constitucional Colombiano que pregonan la prevalencia de los derechos de los niños (artículo 44 de la Constitución), la suspensión del término de prescripción extintivo mientras ellos adquieren capacidad, pues sólo así se garantiza que puedan participar de manera efectiva en la obtención de los derechos que adquirieron siendo menores de edad y que, por lo mismo, no pudieron reclamar."²⁵

Así las cosas, para esta Corporación con fundamento en la jurisprudencia transcrita y las normas del código civil, los términos para contabilizar la prescripción se encontraban suspendidos, atendiendo que la señora CARMEN ESTHER GARCÍA GUEVARA, es incapaz desde su nacimiento (agosto 1959), por lo que la suspensión se contabiliza desde que adquirió el derecho la demandante (1 de enero de 1981) hasta el 22 de agosto de 2008, fecha en la cual se posesionó el señor PEDRO EMIRO GUEVARA GARCÍA como su guardador, se tiene que a partir de este momento se empieza a contar la misma, porque es cuando se obtiene la capacidad desde el punto de vista legal a través de interpuesta persona de la señora CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA.

Como quedó demostrado, el 9 de febrero de 2010, el guardador presentó la reclamación, es decir, dentro de los 3 años siguientes a su posesión como tal, interrumpiendo la misma; presentando la demanda dentro de los 3 años siguientes a esta (17 de mayo de 2012), ante la Jurisdicción Ordinaria, luego entonces, según voces del artículo 91 del CPC y de conformidad con las sentencias C- 662 de 2004 y C -227 de 2009, la presentación de la demanda en otra jurisdicción tiene los efectos de interrumpir la prescripción, por lo tanto, el fenómeno prescriptivo no ha operado. Significando lo anterior, que se deben las mesadas pensionales desde el 1 de enero de 1981 hasta la fecha, por lo que se accederá a la solicitud del pago de todas las mesadas debidas, contenidas en la demanda y en el recurso.

7.9 Conclusión

En este orden de ideas, se revocará la decisión proferida por la juez de primera instancia, atendiendo que existió un debido agotamiento de la vía gubernativa; además, las Resoluciones 283/10 y 982/11 se encuentran desvirtuadas su presunción de legalidad, puesto que la petición del 9 de febrero de 2010, pide la sustitución pensional, con la premisa de hecho

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "B" CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 22 de septiembre de 2011. Radicación No. 05001233100020040496901 Expediente No. 2412-2010 Actor: ROSA EUGENIA RONDÁL PÉREZ Y OTROS AUTORIDADES NACIONALES.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

acertada que la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA tenía reconocido su derecho a la pensión por invalidez, y en el escrito de 18 de mayo de 2011, se insiste en dicho reconocimiento y en los actos demandados se niega la sustitución pensional, con el argumento que no existió prueba del reconocimiento de la pensión de invalidez, lo que a juicio de esta Corporación, no resulta valedero, toda vez que en el Decreto No. 0376 de 1979, reconoce la pensión de invalidez de la madre de la demandante, es decir, que la motivación de los actos administrativos, se basa en hechos inexistentes y en normas que no se encontraban vigente para la fecha de la muerte de la señora SOFÍA GARCÍA DE GUEVARA, por lo tanto, no se comparte la declaratoria de oficio de la excepción de inepta demanda y consecuentemente la inhibición para decidir de fondo, en consecuencia, se declarará la nulidad de los actos acusados

Que la señora CARMEN GUEVARA DE GARCÍA, tiene derecho a la sustitución pensional desde el 1º de enero de 1981, además que la primera mesada debe ser indexada mes a mes, teniendo en cuenta la formula sacramental que establece el Consejo de Estado; aclarando que las mesadas no se encuentran prescritas, por haber operado el fenómeno de la suspensión, conforme a lo anotado en acápite anterior.

VIII. COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 30 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por no existir ineptitud de la demanda que impida un pronunciamiento de fondo, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, esta Sala se pronuncia de fondo, **Declarando** la nulidad de los actos administrativos Resolución 283 de 9 de abril de 2010 y Resolución No. 982 de 10 de Agosto de 2011, expedidos por el Gobernador del Departamento de Bolívar, por las consideraciones expuestas.

TERCERO: Condenar al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer y pagar en forma actualizada a favor de la demandante CARMEN ESTHER GUEVARA GARCÍA, representada por guardador PEDRO EMIRO GUEVARA GARCÍA, la sustitución pensional, actualizando el ingreso base de liquidación desde el año de 1981 a efecto de que se mantenga la proporcionalidad del poder adquisitivo, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

La liquidación de la indexación de la primera mesada pensional o del salario base de liquidación de la primera mesada; indexación que se hará mes a mes desde la consolidación del derecho a la sustitución pensional, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1981, así: una vez liquidado el valor de la pensión, cada mesada causada se indexará utilizando la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC\ FINAL}{IPC\ INICIAL}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente mesada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de las diferentes mesadas). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional, comenzando por la correspondiente al mes de enero de 1981 y para los demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de ellos, sin perjuicio de la prescripción de los derechos que se declara.

CUARTO: No declarar probada la excepción de prescripción de manera oficiosa, por lo expresado en los considerandos de este proveído.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 046/2017

SIGCMA

13-001-33-31-001-2013-00011-01

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 176 y ss del C.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 177 ibídem.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No.37


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado

Con salvamento por el de nro