

Cartagena de Indias D, T y C, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2014-00106-00
Demandante	ZULAY PINEDO OROZCO
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO BOLIVAR – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – RUBY NIEVES DIAZ
Tema	SUSTITUCIÓN PENSIONAL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro proceso promovido por la señora ZULAY PINEDO OROZCO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – RUBY NIEVES DIAZ; en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.¹

1.1. PRETENSIONES.

- Pretende la actora se declare la nulidad del acto ficto de la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional realizada el día 16 de marzo de 2012 bajo radicado No. 004926, así como también la Resolución No. 04-6504 del 5 de septiembre de 2012 expedida por el secretario de educación del departamento de Bolívar, por la cual se

¹ Folios 1-15 cdr 1

le reconoció la sustitución pensional a la señora RUBY NIEVES DE PUCHE.

- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se declare el derecho y causación de la cuota parte de la sustitución pensional proporcional al tiempo convivido a favor de la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO en su condición de compañera permanente del finado, desde el 14 de diciembre de 2011, fecha en la que se hace exigible la pensión de sobreviviente, hasta que se cancele el monto total de la obligación, con los reajustes legales anuales, y por consiguiente, se condene al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y AL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado y no pagados, equivalente al pago de las mesadas pensionales causadas y no pagadas producto del tiempo en el que se dejó de percibir la cuota parte de la sustitución pensional, con la debida indexación desde la fecha en que adquirió el status de pensionado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

1.2. HECHOS

En apoyo de sus pretensiones el accionante manifestó lo siguiente:

- Que el señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS falleció en la ciudad de Cartagena el día 14 de diciembre de 2011, quien previo a su fallecimiento había adquirido el estatus pensional por vejez por parte del Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio – FOMAG, mediante resolución No. 02481 del 9 de julio de 1993.
- Que la accionante de la presente demanda la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO convivió con el señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS por más de 33 años desde 1979 de manera continua, ininterrumpida, pública y notoria, sosteniendo una relación de afecto y apoyo mutuo, conformando una unión marital de hecho hasta el día de la muerte del finado.



- Que de dicha unión nacieron los hijos EMERSON RAFAEL PUCHE PINEDO, ZULMA LINETTE PUCHE PINEDO Y MAIRA ALEJANDRA PUCHE PINEDO, todos mayores de 25 años.
- Que la accionante, señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO, dependía económicamente del señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS, hoy fallecido.
- Que el finado tiene una sociedad conyugal vigente con la señora RUBY NIEVES DIAZ desde el día 26 de abril de 1965; sin embargo, no convivían bajo el mismo techo, ni tenían vida marital desde el año 1978.
- Que la accionante la señora ZULAY ROCIO PIDENO OROZCO, en su calidad de compañera permanente del finado, presentó solicitud de pensión de sobreviviente ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Bolívar, el día 17 de marzo de 2012, la cual fue radicada ante la entidad bajo radicado No. 004926; sin embargo, manifiesta la demandante, que a dicha solicitud no se le dio trámite, y al requerirle a FOMAG por su pronunciamiento, le informaron que la misma se encontraba en trámite en la FIDUPREVISORA en la ciudad de Bogotá; además se le informa que la pensión de sobreviviente le fue reconocida únicamente a la cónyuge del finado, señora RUBY NIEVES DIAZ.
- Que luego de varias peticiones formuladas al coordinador de dicha entidad, amparándose en el radicado asignado al momento de la presentación de la solicitud de pensión, obtuvo respuesta en la cual el coordinador le informa que la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por la demandante apareció, y que efectivamente la misma se encontraba radicada desde el 16 de marzo de 2012, pero que dicho expediente solo fue recibido el 13 de junio de 2013, por parte de la ventanilla de la Secretaria de Educación Departamental, razón por la cual, la pensión le fue reconocida a su cónyuge, señora RUBY NIEVE DIAZ mediante Resolución No. 04-6504 del 05 de septiembre de 2012.

- Que se envió la solicitud de la accionante nuevamente a la FIDUPREVISORIA de la ciudad de Bogotá, a fin que se tomara una nueva determinación; no obstante, a la fecha de presentación de la presente demanda, no ha habido respuesta a dicha solicitud presentada, se reitera, el 16 de marzo de 2012, dejando a la accionante inmersa en una grave situación económica, toda vez que su compañero permanente, señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS, era el único y total apoyo económico de la demandante.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD.

Considera la parte demandante que se violan las siguientes normas: Constitución Política de Colombia; preámbulo, artículos 13, 48 y 53; Ley 100 de 1993: 46, 47 y 48; Ley 797 de 2003 artículos 12 y 13.

Concepto de violación: Manifiesta la demandante que el acto acusado viola las normas en cita, por cuanto la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS, debido a la convivencia y la dependencia económica por más de 33 años y hasta el momento de su muerte.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

2.1. GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR.²

El apoderado del Departamento de Bolívar se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto no es el ente administrativo estatal obligado a pagar la pensión y los reajustes reclamados, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada por la Ley 91 de 1989, de hacer el reconocimiento y pago de las prestaciones a los educadores en todo el territorio nacional. Aunado a lo anterior, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, pago de lo no debido.

² Fólíos 193-197

2.2. Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³

La demandada se opone a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad; fundamenta su oposición señalando que la demandante es beneficiaria del régimen pensional docente administrado por Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no se encuentra afiliada al Sistema general de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, por lo que no puede solicitar la aplicación de este último. Por último, propuso las excepciones de buena fe y la genérica.

2.3. RUBY NIEVES DE PUCHE – DEMANDADA DENTRO DEL PROCESO

A través de apoderada judicial, la señora RUBY NIEVES DE PUCHE se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que carecen de fundamento tanto factico como legal, aunado a ello, manifestó que se encontraba casada con el señor RAFAEL PUCHE desde el 25 de abril de 1965, y que siempre ha dependido económicamente de él, y que la pensión de sobreviviente no puede ser reconocida a la señora ZULAY PINEDO OROZCO, debido a que esta fue reconocida a la señora RUBY NIEVES en calidad de cónyuge supérstite, siendo el acto acusado por la demandante el resultado de la aplicación normativa vigente para el caso en concreto. Excepcionando prescripción y la inexistencia de causa para demandar por cuanto las resoluciones dictadas están en observancia de las normas constitucionales y legales.

3. TRAMITE PROCESAL.

Admisión de la demanda mediante auto de fecha 26 de mayo de 2014 (Fls. 167) y notificación de auto admisorio (Fl. 172-178). La entidad demandada Gobernación de Bolívar presentó memorial de contestación de demanda (193-203); Ministerio De Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó memorial de contestación (Fls.

³ Fólíos 209-219

209-216); la demandada Ruby Nieves De Puche mediante apoderado judicial envió escrito de contestación de demanda (Fls. 244).

Se celebró audiencia inicial el día 5 de noviembre de 2015 agotándose las etapas de la audiencia previstas en el artículo 180 del CPACA, y fijó fechas de audiencia de pruebas para el día 10 de noviembre de 2016, fecha en mención se llevó a cabo dicha diligencia, en la que se practicaron las pruebas testimoniales e interrogatorios de partes, finalmente el día 11 de julio de 2019 se ordenó correr traslado para que las partes alegaran de conclusión (Fl.264)

4. ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes demandante y demandada alegaron de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación⁴.

5.- Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto, de

⁴ Fol. 643-645

conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 152 del CPACA, en armonía con el numeral 3 del artículo 156 ibidem.

2. PROBLEMA JURIDICO

Los problemas jurídicos a resolver, se concretan en determinar si:

¿Se configuran las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y pago de lo no debido, formuladas por el Departamento de Bolívar; igualmente las excepciones de inexistencia de causa para demandar y prescripción, formulada por la señora RUBY NIEVES DE PUCHE?

¿Le asiste derecho a la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO a que se le reconozca y pague la cuota parte de sustitución de la pensión de jubilación proporcional al tiempo convivido con su compañero permanente RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS con ocasión del fallecimiento del mismo?

3. TESIS.

En primer lugar, precisa la Sala que declararán probadas las excepciones de de falta de legitimación en la causa por pasiva y pago de lo no debido, formuladas por el Departamento de Bolívar; en consideración, a que las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no están a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente territorial; igualmente se declararán no probadas las excepciones de inexistencia de causa para demandar y prescripción, formulada por la señora RUBY NIEVES DE PUCHE; debido a que a la demandante si le asiste el derecho a la sustitución proporcional de la pensión en cuestión; así mismo, no ha operado la prescripción de los derechos reclamados.

Por otra parte, se concederán las pretensiones de la demanda, en razón a que la actora si tiene derecho a que se le reconozca y pague, la cuota parte de sustitución de la pensión de jubilación proporcional al tiempo convivido

con RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS, en calidad de compañera permanente; conforme a lo establecido en el artículo 3º de la Ley 71 de 1988.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL – LEY 1204 DE 2008

Lo fundamental para establecer quien tiene derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera permanente del causante, es determinar cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado.

Lo anterior fue regulado por la Ley 1204 de 2008, la cual dispuso que en caso de disputa entre la (el) compañera (o) permanente del causante, a efectos de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución de la pensión, la misma debía quedar suspendida hasta que la jurisdicción competente definiera a quien se le debía asignar y en qué proporción, como así lo dispone el artículo 6 de la mencionada ley:

“ARTÍCULO 6o. DEFINICIÓN DEL DERECHO A SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN CASO DE CONTROVERSIA. *En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:*

Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.

Si la controversia radica entre hijos y no existiere cónyuge o compañero(a) permanente que reclame la pensión, el 100% de la pensión se repartirá en iguales partes entre el total de hijos reclamantes, pero solo se ordenará pagar las cuotas que no estuvieran en conflicto, en espera a que la jurisdicción decida. Si existe cónyuge o compañero (a) permanente se asignará el 50% a este o estas(os) y sobre el 50% correspondiente a los hijos se procederá como se dispuso precedentemente."

4.2. DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN EL REGIMEN ESPECIAL CONSAGRADO PARA DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – LEY 71 DE 1988

En materia de sustitución pensional el artículo 3 de la Ley 71 de 1988 hizo extensiva las previsiones de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, al cónyuge supérstite, compañero(a) permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, así:

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

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

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

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

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

4.3. DECRETO REGLAMENTARIO 1160 DE 1989.

Para el caso de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la norma relativa a la sustitución pensional es la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989 que señaló:

"Artículo 5º.- Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

- a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;
- b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación."

De igual forma, estableció quiénes son los beneficiarios de la sustitución pensional así:

"Artículo 6º.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional:

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

Se entiende que falta el cónyuge:

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

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

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

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

A su vez, el artículo 8 del mismo Decreto, establece cómo debe ser distribuida la sustitución pensional entre los beneficiarios:

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

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

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

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá a los hijos con derecho, por partes iguales.

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

5. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos del causante.

Parágrafo- Cuando falte alguno de los beneficiarios del respectivo orden por extinción o pérdida del derecho, la parte de su pensión acrecerá a la de los demás en forma proporcional."

De otro lado, los artículos 12, 13 y 14 ejusdem en lo relativo al compañero(a) permanente disponen:

"Artículo 12. Compañero permanente. Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien

ostente el estado civil de soltero(a)⁵ y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales.

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

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

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

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶ al resolver la acción de nulidad por inconstitucional interpuesta contra el artículo 6° del Decreto 1160 de 1989 resolvió:

"2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada. No obstante, lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 (sic) de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279. A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, porque los exceptuados en el Artículo 279 ibidem, al no estar

⁵ El texto subrayado fue declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia del 8 de julio de 1993, Expediente No. 4583, Magistrada Ponente Dra. Clara Forero de Castro.

⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia de 10 de octubre de 1996, Consejera Ponente: DOLLY PEDRAZA ARENAS.

comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben registrarse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios."

4.4. DE LA LEY 100 DE 1993

El artículo 46 que establece los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, dispone:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> *Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*
 - a) <Literal INEXEQUIBLE>*
 - b) <Literal INEXEQUIBLE>*

PARÁGRAFO 1o. *Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>.

El artículo 47 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera

permanente" en letra itálica *CONDICIONALMENTE* *exequibles*> <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

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

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

c) *<Apartes tachados *INEXEQUIBLES*> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de*

su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes **y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno**; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, **esto es, que no tienen ingresos adicionales**, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente **de forma total y absoluta** de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

Respecto al monto de la pensión de sobreviviente el artículo 48 consagra:

ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto."

El artículo 279 consagra:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.”

Ahora, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado en casos similares al que se juzga en este proceso⁷, a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las provisiones contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas a los docentes bajo la misma contingencia.

En ese orden, se observa que en el sub judice, el deceso del señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS, se produjo el 14 de diciembre de 2011. Así mismo se advierte que el causante era pensionado de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bolívar.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO sentencia de diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012), Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00515-01(0667-10)

En efecto, para la fecha en que falleció el causante el régimen aplicable para la sustitución pensional se determina así: 1) la ley 71 de 1988 y el decreto 1160 de 1989, porque eran las normas vigentes a la fecha de la causación del derecho para aquellas personas que por exclusión no fueron cobijadas por la ley 100 de 1993, es decir los afiliados al fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio creado por la ley 91 de 1989 y 2) para los demás docentes en régimen aplicable es la ley 100 de 1993.

De acuerdo a lo anterior, se realizará el estudio de los requisitos para acceder a la pensión de sustitución en virtud de la ley 71 de 1988 y el decreto 1160 de 1989.

Conviene resaltar que, al estudiar la legalidad del artículo 6° del decreto 1160 de 1989 reglamentario de la ley 71 de 1988, la sección Segunda del Consejo de Estado definió la aplicación del régimen de sustitución pensional allí contenido a los trabajadores y empleados excluidos de la ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

“Ámbito de aplicación de la norma acusada

No obstante, lo anterior ha de precisar la sala que la ley 71 de 1988 y por ende su decreto reglamentario 1660 de 1989 continuarán vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la ley 100 de 1993 según lo dispuesto en el artículo 279. A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la sala primero, porque como ya se dijo la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la ley 100 con el régimen que ella contiene permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la ley 100 de 1993 y segundo, porque los exceptuados en el artículo 279 ibidem al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio el legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.⁸

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, sentencia de fecha 02 de marzo de 2017

En efecto, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la ley 71 de 1988, en lo pertinente, previó lo siguiente:

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

- a) *Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;*
- b) *Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.”*

En cuanto a los beneficiarios de la referida prestación, la normativa en cita prescribió:

“Artículo 6º.- *Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:*

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

Se entiende que falta el cónyuge:

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

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

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

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

(...)

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

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

2. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge Sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante.
3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá a los hijos con derecho, por partes iguales.
4. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión a los padres con derecho."

Respecto de la calidad de compañero permanente y su prueba, el citado decreto 1160 de 1989 en sus artículos 12 y 13 preceptuó:

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

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

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

No obstante, a lo anterior, es dable indicar que, la Corte Constitucional en sentencia C- 309-1996, señaló lo siguiente:

“La norma legal que asocie a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación del sujeto que vulnera el libre desarrollo de su personalidad, sin ninguna justificación como quiera que nada tiene que ver el interés general con tales decisiones personalísimas.

Toda persona, en ejercicio de su libertad, debe poder optar sin coacciones y de manera ajena a estímulos establecidos por el legislador, entre contraer matrimonio o permanecer en la soltería. No cabe duda de que en esta materia

el precepto impugnado sí discrimina, pues consagra un privilegio de la mujer soltera sobre la casada y de la unión de hecho sobre el matrimonio; más aún, se le reconocen los beneficios a condición de nunca haberlo contraído. Esto representa una flagrante violación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta e implica el desconocimiento que garantiza a todo individuo el libre desarrollo de su personalidad.⁹

Esta precisión se hace, teniendo en cuenta lo dispuesto por el parágrafo del artículo 12 del decreto 1160 de 1989, en cuanto señala que el derecho a recibir la pensión se pierde cuando el beneficiario contraiga nupcias o haga vida marital con otra persona.

Como quedó sentado por la Corte Constitucional, el enunciado contenido en esa norma contraría lo dispuesto en el artículo 13 superior toda vez que, implica un desconocimiento de la garantía constitucional que propende por el libre desarrollo de la personalidad del individuo sin justificación alguna.

Atendiendo a ese criterio emanado del máximo órgano constitucional, no se debe aplicar el parágrafo del artículo 12 del decreto 1160 de 1989, en razón a que, es discriminatorio y vulnera derechos fundamentales.

Por otra parte, se observa que el artículo 6 ibidem establece quiénes pueden ser considerados como beneficiarios de la sustitución pensional, señalando entre estos al cónyuge y sólo a falta de este al compañero o compañera permanente.

Siguiendo esta línea, el artículo 8 dispone que la distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional será el 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero permanente del causante y el otro 50% para los hijos de este distribuido en partes iguales.

A la luz de lo anteriormente expuesto se puede colegir que, las normas referidas no contemplan la situación de que cuando el causante se separe de cuerpo con el cónyuge, pero mantenga la sociedad conyugal vigente y al mismo tiempo tenga una sociedad marital de hecho, se deba compartir la pensión entre el cónyuge o compañero permanente y, mucho menos

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-588 de 1992



señaló el porcentaje en que podía dividirse la pensión; sin embargo esta situación si fue contemplada en la ley 100 de 1993, atendiendo los preceptos constitucionales que señaló la Constitución Política de 1991, la cual trajo una innovación en la inclusión de derechos para la familia de hecho. Por lo que resulta más favorable en el presente caso la aplicación de la ley 100 de 1993 en cuanto amplía el radio de derechos de los compañeros permanentes, respecto de quienes son los beneficiarios de la pensión y como debe ser distribuida la misma.

Así las cosas, siguiendo con la línea de interpretación de las normas que contemplan la manera en que debe sustituirse la pensión, se ha señalado que cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional debe valorarse el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, que son los factores que legitiman el derecho reclamado, así como la dependencia económica de la potencialmente beneficiaria.

Por su parte el artículo 13 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la ley 100 de 1993 preciso respecto de los beneficiarios de la pensión de sobreviviente lo siguiente:

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

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

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir



parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

El texto entre paréntesis y negrillas, fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 1035 de 2008, bajo el entendido de que además de la esposa o esposo serán beneficiarios también la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En análisis a dicha disposición normativa la Corte Constitucional en sentencia T - 090 del 24 de febrero del 2016 precisó:

“acerca de la correcta interpretación de la parte pertinente de la norma transcrita, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallo CSJ SL, 29 nov. 2008, rad. 32393, rad. 40055, precisó que la hipótesis de la L. 797/2003, art. 13, lit. b, inc, 3º, solo aplica para el evento en que, luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra un compañero o compañera permanente, caso en el cual la convivencia de los 5 años de que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en «cualquier tiempo». En esta oportunidad, así se pronunció la Sala:

“(....) la conclusión que se obtiene de la expresión <La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...>, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva

relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.

Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, considera la Corte que, desde luego, la referencia que en aquella se hace a la cónyuge, también debe entenderse efectuada respecto del cónyuge, pues, de no entenderse así la disposición, se establecería una discriminación por razón de género que, en la actualidad no tendría justificación, en tanto que, claramente, sería violatoria del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante»; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: "...la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante".

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien "mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho", se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues,

como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social" (Subraya fuera del texto original).

La anterior interpretación fue ampliada, en las decisiones CSJ SL 24 ene. 2012, rad. 41637 y CSJ SL, 13 de mar. 2012, rad. 45038, en el sentido de que lo dispuesto en la L. 797/2003, art. 13, lit. b, inc, 3º el inciso 3º y la postura de otorgarle una cuota parte o la pensión a «quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época», también debe aplicarse en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, toda vez que «si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva»."

De conformidad con lo anterior, la comunidad de vida bien sea entre cónyuges o compañeros permanentes, es un elemento fundamental para el reconocimiento de la sustitución pensional, para tal efecto se exige legalmente un término mínimo convivido de 5 años, ahora bien en lo que respecta a los compañeros permanentes dicho término debe cumplirse con anterioridad a la muerte del causante, no sucediendo lo mismo con el cónyuge, en dónde por vía jurisprudencial se ha determinado que los 5 años de la comunidad de vida pueden cumplirse en cualquier tiempo siempre y cuando no haya sido liquidada la sociedad conyugal.

Conforme lo expuesto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

- ✓ Certificado de Registro Civil de nacimiento del señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS (FL.19-20)
- ✓ Registro y Certificado Civil de Defunción del señor RAFAEL ANOTNIO PUCHE TOUS (FL. 21-22)
- ✓ Original de desprendible entregado por el radicador de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar MELVIN PADILLA donde consta el recibido de la solicitud de la sustitución de pensión el día 16 de marzo de 2012. (Fl. 17)
- ✓ Declaración extrajudicial de convivencia de la señora ZULAY PINEDO OROZCO donde declara la convivencia con el señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS. (Fl.28, 32-33)
- ✓ Copia de los Registros Civiles de Nacimiento de los hijos procreados por el señor RAFAEL PUCHE y la señora ZULAY PINEDO.(Fls. 29-31)
- ✓ Copia de la resolución que pensionó al finado RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS. (Fl.34-35)
- ✓ Copia de la Resolución 04-6504 del 5 de septiembre de 2012, por la cual se le reconoce en un 100% la sustitución de pensión a la señora RUBY NIEVES DIAZ en calidad de cónyuge del finado. (Fls.36-39)
- ✓ Carta interna de la empleada de la ventanilla ANA PATRICIA RAMIREZ QUINTERO del 13 de junio de 2013, donde le hace envío al coordinador del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el expediente radicado por la señora ZULAY PINEDO OROZCO después de un año y tres meses. (Fl.40)
- ✓ Respuesta del coordinador del fondo de prestaciones sociales del magisterio del 31 de julio de 2013 a un derecho de petición instaurado



por la demandante en cual le manifiesta que el expediente está para estudio y una nueva determinación ya que se le encuentra pagando a otro beneficiario, debido a que solo hasta en junio de 2013 se recibió la carpeta radicada por usted en el año 2012. (Fl.41)

- ✓ Oficio del 17 de junio de 2013 del coordinador del fondo de prestaciones sociales del magisterio ALBEIRO CARREÑO OSPINA después de haber recibido el expediente encontrado lo remite a FIDUPREVISORA en Bogotá en la cual manifiesta que este apenas le fue entregado el 13 de junio de 2013 Y afirma que si corresponde al radicado de la solicitud post mortem de fecha de 21 de marzo de 2012 004926 del 2012 realizada por mi mandante ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO, le manifiesta el coordinado a la doctora INES MALAVERA que por no haber recibido en físico el expediente en la fecha en que fue radicado marzo de 2012, no fue posible enviarlo para estudio y por ende se le está pagando a otra beneficiaria que hizo la solicitud posterior y cuya carpeta si use envió en su debido momento a la FIDUPREVISORA, lo cual muestra la clara negligencia por parte de la secretaria departamental de bolívar y el fondo de prestaciones sociales del magisterio lo cual trajo perjuicios a la demandante. (Fl.42)
- ✓ Declaración extra juicio de fecha del 3 de octubre del 2002 ante el notario único del círculo de Arjona - bolívar en la cual el finado RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS manifiesta la convivencia con la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO y que esta dependía económicamente de él, además de la convivencia entre ellos por 24 años, a la fecha de la declaración (Fl.43)
- ✓ Declaración extrajudio ante la notaría del círculo de Arjona del 7 de julio de 2006 en la cual el finado RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS manifiesta la convivencia con la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO y que esta dependía económicamente de él. (Fl.44)
- ✓ Extractos bancarios, soportes de pago y recibos de pago originales con fechas desde el 17 de noviembre de 2005 hasta el 17 de noviembre de 2011, mes antes de la muerte del señor RAFAEL

ANTONIO PUCHE TOUS, en los que se prueba que la dirección de notificación es la calle Girardot con córdoba N35 05 en Arjona – Bolívar, residencia en la cual convivieron los señores RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS y ZULAY ROCÍO PINEDO OROZCO (Fls. 55-100, 103-124)

- ✓ Copias auténticas de 30 documentos personales del finado RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS que se encuentran en poder de la demandante y que constan la convivencia hasta justo antes de su muerte (Fls.125-162)
- ✓ Copia de la conciliación suscrita entre el señor RAFAEL ANTONIO PUCHE y la señora RUBY NIEVES DE PUCHE de fecha 12 de octubre de 1999 junto con los recibos de las consignaciones bancarias de la cuota alimentaria conciliada (Fl.256-300)
- ✓ Expediente administrativo del Secretario Departamental de Bolívar, en el que consta todos los trámites administrativos adelantados por las señoras ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO y RUBY NIEVES DE PUCHE para el reconocimiento de la sustitución de la pensión del finado RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS.
- ✓ Copia del proceso ordinario de pertenencia con radicado No. 13001-31-03-004-2013-00007-00 en la que la señora RUBY NIEVES DE PUCHE demandaba al señor RAFAEL PUCHE TOUS, por la pertenencia del inmueble que era propiedad del último en mención pero que había sido ocupado en calidad de poseedor desde el año 1975.

5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub judice, pretende la demandante se declare la nulidad del acto ficto de la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional realizada el día 16 de marzo de 2012 bajo radicado No. 004926, así como también la Resolución No. 04-6504 del 5 de septiembre de 2012 expedida por el

secretario de educación del departamento de Bolívar, por la cual se le reconoció la sustitución pensional a la señora RUBY NIEVES DE PUCHE.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se declare el derecho y causación de la cuota parte de la sustitución pensional proporcional al tiempo convivido a favor de la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO en su condición de compañero permanente del finado, desde el 14 de diciembre de 2011, fecha en la que se hace exigible la pensión de sobreviviente.

El demandado Departamento de Bolívar, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva; señalando que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada por la Ley 91 de 1989, de hacer el reconocimiento y pago de las prestaciones a los educadores en todo el territorio nacional.

Por su parte, el demandado, Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señala que la demandante es beneficiaria del régimen pensional docente administrado por Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no se encuentra afiliada al Sistema general de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, por lo que no puede solicitar la aplicación de este último.

Así mismo, la demandada señora RUBY NIEVES DE PUCHE manifiesta que las pretensiones formuladas por la parte demandante carecen de fundamento tanto factico como legal, aunado a ello, manifestó que se encontraba casada con el señor RAFAEL PUCHE desde el 25 de abril de 1965, y que siempre ha dependido económicamente de él, y que la pensión de sobreviviente no puede ser reconocida a la señora ZULAY PINEDO OROZCO, debido a que esta fue reconocida a la señora RUBY NIEVES en calidad de cónyuge supérstite, siendo el acto acusado por la demandante el resultado de la aplicación normativa vigente para el caso en concreto.

En este contexto procede la Sala a resolver los problema jurídicos planteados, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Conforme al marco normativo expuesto, y a la valoración en conjunto, de las pruebas documentales y testimoniales obrantes en el plenario; concluye la Sala que el causante convivió de manera singular, pacífica e ininterrumpida con la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO desde el año 1978 hasta el día 14 de diciembre de 2011, fecha en la que fallece el señor RAFAEL ANTONIO PUCHE.

Igualmente se encuentra acreditado en el plenario, que el finado se encontraba casado con la señora RUBY NIEVES DE PEUCHE como consta en registro civil de matrimonio No. 17718 celebrado el 25 de abril de 1965, pero se encontraban separados de hecho desde el año 1976.

Así mismo, se encuentra acreditado que el señor RAFAEL ANTONIO PUCHE cumplía con sus obligaciones económicas con su cónyuge y con los hijos procreados en el matrimonio tal y como consta en acuerdo conciliatorio fecha 12 de octubre de 1999, y que da fe de la obligación económica mas no de la convivencia.

Así mismo, se advierte que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 modificatorio de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993; estableció que frente al concepto de beneficiario de la pensión de sobreviviente existen tres grupos que se excluyen entre sí, que respecto al caso que corresponde a la litis, se hace mención solo del primer grupo, en el que están: cónyuge o compañero permanente e hijos con derechos, estableciendo que si existe una cónyuge con separación de hecho y una compañera permanente la pensión se dividirá de conformidad por el tiempo de convivencia que hayan tenido con el causante, tal como lo precisó la Corte Constitucional en Sentencia T-076 de 2018, siempre y cuando haya una inexistencia de convivencia simultánea, en la que la compañera o compañero permanente **debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los 5 años anteriores a la muerte.**

En este orden, en el sub judice, en cuanto a los tiempos de convivencia del causante con su cónyuge; en primer lugar está acreditado que el finado RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS estuvo casado con la señora RUBY NIEVES DE PUCHE desde el 25 de abril de 1965; tal como consta en el Registro civil de

matrimonio que obra en las pruebas arrojadas en el plenario, compartiendo lecho, techo y mesa hasta el año 1975; y sobre el tiempo de convivencia, lo tiene por acreditado la Sala, con las pruebas que obran en el proceso de pertenencia, radicado No. 13001-31-03-004-2013-00007-00, cursante en el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cartagena, cuyo expediente fue aportado como prueba en el sub examine; precisando la Sala que dentro de dicho proceso, la señora RUBY NIEVES, en el acápite de hechos de la demanda, narra ser poseedora del inmueble objeto de prescripción desde el año de 1975, manifestando que ha sido la poseedora del inmueble de manera pública e ininterrumpida, y dirige la demanda contra el finado RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS, lo que permite inferir que dicho señor a partir de esa fecha, no residía en dicho inmueble y por tanto no convivía con la señora RUBY NIEVES.

Así las cosas, se advierte que el tiempo entre la unión matrimonial y la separación de hecho entre RUBY NIEVES y el señor PUCHE TOUS, trascurrieron 10 años de convivencia.

Por otro lado, mediante las pruebas documentales y testimoniales arrojadas a la litis, se pudo determinar que el finado RAFAEL PUCHE y la señora ZULAY PINEDO convivieron como compañeros permanentes desde el año 1978, de manera ininterrumpida y singular, compartiendo techo, lecho y mesa hasta el día de su muerte el 14 de diciembre de 2011, convivencia en la que mediaba además, dependencia económica, tal como quedó probado por los documentos aportados, las declaraciones extrajudiciales realizadas por el finado RAFAEL PUCHE y las declaraciones de los testigos y de la demandante; elementos relacionados en el acápite de hechos probados de la presente providencia. Así las cosas, el tiempo transcurrido de convivencia entre el finado, RAFAEL PUCHE y la señora ZULAY PINEDO es equivalente a 33 años.

En este orden, se observa, que el señor RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS tuvo convivencia marital de 43 años el cual se dividió de la siguiente manera:

- Con la señora RUBY NIEVES DIAZ convivió 10 años que, frente al total del tiempo de convivencia, es equivalente al 23.26%

- Con la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO convivió 33 años que, frente al total del tiempo de convivencia, es equivalente al 76.74%

Conforme a lo expuesto, esta Corporación accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, se declarará la nulidad del acto ficto por el cual se negó solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional realizada el día 16 de marzo de 2012 bajo radicado No. 004926. Además, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 04-6504 del 5 de septiembre de 2012 expedida por el secretario de educación del departamento de Bolívar, por la cual se le reconoció el 100% de la sustitución pensional a la señora RUBY NIEVES DE PUCHE para que sea incluida en ella a la señora ZULAY PINEDO OROZCO y por consiguiente reliquidada la pensión sustitutiva.

Precisa la Sala, que como quiera que la presente sentencia tiene efectos ex tunc, entonces es procedente reconocerle a la actora su cuota parte de la sustitución pensional, desde la muerte del pensionado, que es el momento a partir del cual nace su derecho; y no obstante de que la señora RUBY NIEVES DE PUCHE, ha venido recibiendo el 100% de la discutida prestación; la accionada podrá repetir contra dicha señora para obtener la devolución de lo indebidamente pagado; es decir del 76.74% de la sustitución pensional.

En este orden, como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se declare el derecho y causación de la cuota parte de la sustitución pensional proporcional al tiempo convivido a favor de la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO equivalente a un 76.74% y a la señora RUBY NIEVES DE PUCHE equivalente a un 23.26%.

igualmente, se condenará al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado y no pagados, equivalente al pago de las mesadas pensionales causadas y no pagadas producto del tiempo en el que se dejó de percibir la cuota parte de la sustitución pensional, con la debida indexación desde la fecha del status de pensión hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso, en favor de la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO en el porcentaje mencionado ut supra

desde el 14 de diciembre de 2011, fecha en la que se hace exigible la pensión de sobreviviente.

Excepciones de la falta de legitimación en la causa por pasiva y pago de lo no debido, formuladas por el Departamento de Bolívar.

El Departamento de Bolívar, formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva; soportada en que dicha entidad no está llamada a responder por las pretensiones de la demanda, ya que es una entidad de derecho completamente independiente del Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio y del Ministerio de Educación Nacional y que si a la demandante le asiste el derecho, es FOMAG la entidad llamada a responder, por lo que a no asistirle la obligación de resolver y satisfacer de fondo las pretensiones de la demandante, entonces a esta última no le asiste el derecho de condenar al Departamento de Bolívar al pago o sanción alguna, porque se configuraría un pago de lo no debido por parte de la entidad territorial.

Advierte la Sala que El artículo 3º de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9º de la citada ley indica que **las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional**, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

En armonía con las anteriores disposiciones, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 ordena que las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado sean reconocidas por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el educador, e igualmente que el acto administrativo de reconocimiento de las mismas debe constar en una resolución que lleve, además, la firma del coordinador regional de prestaciones sociales del mismo Ministerio, en la respectiva regional.

En ese mismo orden, se tiene que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, señala:

“RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”.

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamenta el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispone:

“Artículo 2º Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)

En igual sentido, el artículo 3º del decreto en cita expresa:

*“Artículo 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada **a través** de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

- 1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,*



4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (...)

Ahora bien, en decisión de la Subsección “B” de la sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis que se comparte en su integridad por esta Sala, respecto a la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados, en el que señaló¹⁰:

“Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente¹¹.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, **cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.**

¹⁰ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección “B” Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 14 de febrero de 2013, radicación No. 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12), Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS, Demandado: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-AUTORIDADES NACIONALES

¹¹ En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.



*La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar¹² una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello **en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”** (Negritas fuera de texto).*

Así las cosas, es claro para esta Corporación, que en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados intervienen, tres entidades: la Secretaría de Educación de la entidad territorial, donde presta sus servicios el docente, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.

Sin embargo, para efectos fiscales y patrimoniales, los recursos que se afectan con cualquier decisión relativa a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son los de este Fondo, que es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, **está representada por el Ministerio de Educación Nacional** y tiene como finalidad de acuerdo al artículo 5° de la Ley 91 de 1989, el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, es decir de los docentes.

Las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que incurran

¹² Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”.

los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a ello hubiere lugar.

Por las anteriores consideraciones, se declararán probadas las excepciones en estudio.

Excepciones Formuladas por la demandada RUBY NIEVES DE PUCHE.

La accionada RUBY NIEVES DE PUCHE, formuló las excepciones de prescripción e inexistencia de la causa para demandar; las cuales se estudiarán a continuación.

En primer lugar, manifiesta la Sala, que se declarará no probada la excepción de inexistencia de la causa para demandar, formulada por la señora RUBY NIEVES DE PUCHE; con fundamento en las mismas razones expuestas a lo largo de la presente providencia; es decir la demostración de la convivencia de la accionante con el causante PUCHE TOUS, por el tiempo señalado en párrafos precedentes; lo que desvirtúa la legalidad de los actos enjuiciados, dando lugar por consiguiente al restablecimiento del derecho deprecado.

De la prescripción del derecho.

La prescripción de los derechos laborales, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que estableció un término de prescripción de 3 años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación sea exigible, sin embargo, el simple reclamo escrito del empleado ante la entidad sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe dicha prescripción, pero por un lapso igual al anteriormente mencionado. Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

En el sub examine, la sustitución pensional se hizo exigible el 14 de diciembre de 2011; la accionante presentó la petición de reconocimiento el 16 de mayo de 2012, interrumpiendo el término de prescripción de las mesadas causadas por un lapso igual de tres años, hasta el 16 de mayo de 2015; la accionante presentó la demanda dentro de los tres años siguientes a la interrupción del término de prescripción, el 28 de diciembre de 2014; conforme a lo anterior, la Sala considera que no se encuentra probada la excepción de prescripción presentadas por los demandados, de alguna de las mesadas pensionales, por haber sido reclamadas dentro del término de ley.

Por otro lado, advierte la Sala, que la suma que resulte a favor de la demandante, deberá ser actualizada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, aplicando la siguiente fórmula, mes a mes:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (mesadas insolutas) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

6. Condena en Costas.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la secretaria de esta Corporación.

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

VI. FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción de alguna de las mesadas pensionales e inexistencia de las causas para demandar presentadas por los demandados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva y Pago de lo no Debido presentada por el Departamento de Bolívar; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto por el cual se negó solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional realizada por la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO el día 16 de marzo de 2012 bajo radicado No. 004926.

CUARTO: DECLARA la nulidad parcial de la Resolución No. 04-6504 del 5 de septiembre de 2012 expedida por el secretario de educación del departamento de Bolívar, por la cual se le reconoció la sustitución pensional a la señora RUBY NIEVES DE PUCHE para que sea incluida en ella a la señora ZULAY PINEDO OROZCO

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer y pagar a favor de la señora RUBY NIEVES DE PUCHE un 23.26% y a la señora ZULAY PINEDO OROZCO un 76.74% de la sustitución de la pensión de jubilación causada por el finado RAFAEL ANTONIO PUCHE TOUS.

SEXTO: CONDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado y no pagados, equivalente al pago de las mesadas pensionales causadas y no pagadas producto del tiempo en el que se dejó de percibir la cuota parte de la sustitución pensional, con la debida indexación desde la fecha del status de pensión hasta la fecha de la ejecutoria de esta providencia, en favor de la señora ZULAY ROCIO PINEDO OROZCO en el porcentaje establecido en la parte motiva de esta providencia.

Lo anterior, sin perjuicio, de que la accionada, persiga de parte de la señora RUBY NIEVES DE PUCHE, el reembolso de lo pagado de más, durante el tiempo, en que se le cancelé el 100% de la sustitución pensional; como se explicó en la parte motiva de la presente providencia.

Parágrafo: En relación con los reajustes de ley, cancelar las sumas que resulten de la liquidación de la prestación, con sus respectivos reajustes conforme la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente providencia.

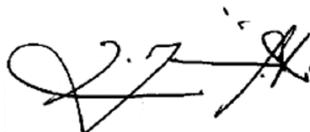
SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada; liquídense por la Secretaría General de esta Corporación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: CUMPLIR la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

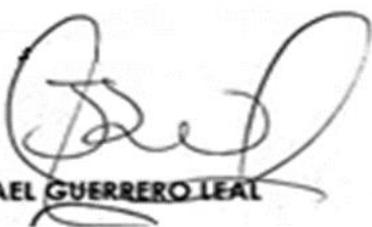
NOVENO: Ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

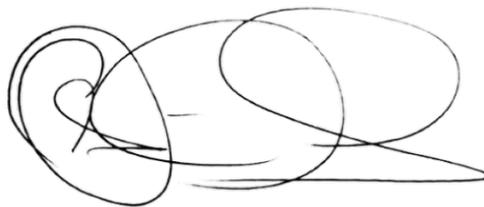


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Salvamento de voto parcial



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

13001-23-33-000-2014-00106-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2014-00106-00
Demandante	ZULAY PINEDO OROZCO
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO BOLIVAR – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – RUBY NIEVES DIAZ
Tema	SUSTITUCIÓN PENSIONAL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Con el debido respeto ante el resto de los integrantes de la Sala Plena, discrepo parcialmente de la decisión tomada en el proceso de la referencia, en lo concerniente a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado y no pagados a la demandante, desde la fecha del status de pensión hasta la fecha de la ejecutoria de esta providencia y a su vez mantener los pagos pensionales que ya habían sido reconocidos y pagados a la señora RUBY NIEVES DE PUCHE durante ese mismo espacio de tiempo.

Lo anterior teniendo en cuenta que el valor de la pensión resulta de los aportes del trabajador y solo puede corresponder a un único valor, es decir, con los mismos aportes no podrán existir dos pensiones, sin embargo, con la decisión tomada coexistirán dos pensiones derivadas de unos mismos aportes pensionales al menos por el espacio de tiempo que transcurre entre la fecha que fallece el causante hasta el momento que cobra ejecutoria la sentencia, lo cual logra un desequilibrio financiero del sistema en tanto existiría el pago de unas mesadas que carecen de sustento económico.

Considero que la solución a la presente situación, era que la Sala mayoritaria abordara el tema de si la señora RUBY NIEVES DE PUCHE había actuado o no de mala fe en su reclamación pensional y si fuere lo primero haber ordenado enseguida la devolución de esos recursos así como el reconocimiento pensional a favor de la actora desde el momento en que se causó el derecho, si fuere lo segundo, es decir, si actuó de buena fe no



13001-23-33-000-2014-00106-00

sería posible obligarle a reembolsar lo percibido y la pensión a favor de la demandante se reconocería a partir de la ejecutoria de la sentencia. Esta última solución, no obsta para que se le hubiese reconocido los perjuicios por el acto ilícito a la aquí demandante, sin embargo, la demandante no pidió reparación.

Bajo estas razones, me aparto de la decisión de la sala mayoritaria y salvo mi voto.



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Magistrado