



Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-012-2014-00233-01
Accionante	FANNY DEL CARMEN POLO CAMACHO
Accionada	NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN
Magistrada Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- Las señora FANNY DEL CARMEN POLO CAMACHO y el señor JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN contrajeron matrimonio el día 06 de abril de 1974, y fruto de esa unión procrearon a CALUDIA MARIA, JHON JAIR, JORGE LUIS y JAVIER ALFONSO GULLOSO POLO.
- Las señora FANNY DEL CARMEN POLO CAMACHO y el señor JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN convivieron de manera continua e ininterrumpida desde el matrimonio hasta la fecha del fallecimiento del señor Jorge Eliecer ocurrida el 11 de marzo de 2013.
- El señor JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN laboró para el Departamento de Bolívar como docente y fue pensionado a partir del 29 de julio de 2003 mediante Resolución 002086 del 29 de julio de 2003.



13001-33-33-012-2014-00233-01

- La señora FANNY DEL CARMEN POLO CAMACHO solicitó a la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su esposo, la cual fue negada mediante Resolución 8066 del 04 de diciembre de 2013, bajo el argumento que la Señora LUZMILA GONZALEZ LOMINET también solicitó la misma prestación alegando ser compañera permanente del causante.

1.2 Las pretensiones de la demanda

Con la demanda se pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución 8066 del 04 de diciembre de 2013, mediante la cual se niega a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobreviviente solicitada.

Como consecuencia de la anterior declaración se reconozca la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, junto con las mesadas dejadas de pagar desde el fallecimiento del causante. Solicita que las mesadas reconocidas seas indexadas.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala que tiene derecho a que se reconozca la sustitución pensional toda vez que convivio con el causante desde el año 1974 en calidad de cónyuges de manera ininterrumpida hasta el fallecimiento de este, lo que la hace acreedora al beneficio pensional. Argumenta que la señora LUZMILA GONZALEZ LOMINET no tiene derecho a la sustitución pues no cumple los requisitos, no fue compañera ni convivio con el causante.

2. Contestación de la demanda¹.

El Ministerio de Educación Nacional no contestó la demanda dentro del término otorgado.

La vinculada LUZMILA GONZALEZ LOMINET, contestó la demanda por intermedio de curador ad litem, quien manifestó que se presentaba caducidad de la acción y falta de requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.

¹ Fls. 86-92



3. Sentencia de Primera Instancia²

Mediante sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, consideró que la demandante tiene derecho a recibir la pensión de sustitución por ser la cónyuge sobreviviente del causante Y haber acreditado una convivencia interrumpida por más de 20 años hasta la fecha del fallecimiento de este, de acuerdo con el registro civil de matrimonio y teniendo en cuenta los testimonios rendidos en el proceso, que dieron fe de la convivencia.

No declaró la prescripción de mesadas toda vez que la reclamación administrativa y la demanda se presentaron dentro de los tres años siguientes al fallecimiento del causante.

4. Los Recursos de Apelación.

La parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional, presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia³, solicitando su revocatoria, para lo cual señala que la pensión post mortem se encuentra prevista en el Decreto 224 de 1972, normativa que establece que el docente fallecido debe acreditar más de 18 años de servicio para que pueda otorgarse la sustitución pensional.

Señala que en el presente asunto no puede darse aplicación a la pensión de sobreviviente contemplada en la ley 100 de 1993, toda vez que los docentes están excluidos del régimen general, en virtud del artículo 279 de esta preceptiva.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil diecisiete (2017), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Fls. 5 Cdr. 2). Mediante auto del diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 12 Cdr. 2)

² Fls. 198-204

³ Fls. 208-214.



6. Alegaciones

La entidad demandada –Ministerio de Educación Nacional- presentó alegatos finales, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. (Fls. 15-20 Cdr. 2)

La Parte Demandante Presentó alegatos de conclusión, solicitando la confirmación del fallo de primera instancia, toda vez que fueron debidamente probados los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución pensional. (fls. 21-23).

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

II. 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 ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que en el presente asunto se deben resolver el siguiente problema jurídico:



13001-33-33-012-2014-00233-01

¿Tiene derecho la demandante a recibir la sustitución pensional por parte del Ministerio de Educación Nacional por acreditar ser la cónyuge del causante y haber convivido con este desde el año 1974 hasta su fallecimiento?

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que la demandante tiene derecho a recibir la sustitución de la pensión que venía recibiendo el señor Jorge Eliecer Guloso, por haber acreditado ser la cónyuge sobreviviente y haber convivido con el causante desde el año 1974 hasta su fallecimiento, en los términos de la Ley 71 de 1988 que resulta aplicable al presente asunto.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la Pensión de Sobrevivientes y la Sustitución Pensional

A fin de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

Sobre este punto, el Consejo de Estado⁴, ha aclarado que si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad de evitar que los beneficiarios de un trabajador fallecido carezcan del apoyo económico que éste les brindaba; la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en cambio la **pensión de sobreviviente** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

4.2 Beneficiarios de la Sustitución Pensional

La Sección Segunda⁵ del Consejo de Estado al resolver la acción de nulidad por inconstitucional interpuesta contra el artículo 6° del Decreto 1160 de 1989, resolvió:

⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 9 de noviembre de 2017. Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia de 10 de octubre de 1996. Consejera ponente: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.



"2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.

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

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

Reza el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993:

Excepciones: El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de 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 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 los educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.**

Se exceptúan también los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos—Ecopetrol—, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación,



13001-33-33-012-2014-00233-01

podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en términos de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

Parágrafo 2º .La pensión de gracia para los educadores de que trata las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuarán a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas a nivel nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

Parágrafo 3º Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados" (Subrayado y negrillas fuera del texto)

En efecto, para el caso de los 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 que la sustitución pensional tiene lugar (i) cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez; y (ii) 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 este orden de ideas, consagra el artículo 6º del Decreto 1160 de 1989, lo siguiente:

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

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente, al compañero o a la compañera permanente del causante.

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



13001-33-33-012-2014-00233-01

causante hasta cuando cese la invalidez.

Parágrafo- Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4 de la Ley 71 de 1988." (Negrilla fuera del texto)

De la norma en cita se advierte que existen tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo sucederá el otro, así: (i) cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; (ii) padres con derecho; y (iii) hermanos con derecho. En atención a lo que es objeto de debate en el caso sub examine, se procederá al estudio de los requisitos que deben cumplirse para el primer grupo de beneficiarios, esto es, el cónyuge o compañero permanente del causante.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- A través de la Resolución 002086 del 29 de julio de 2003, el Ministerio de Educación Nacional le reconoció pensión de jubilación al señor JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN.
- Mediante Resolución 8066 del 04 de diciembre de 2013, se resolvió suspender el 100% de la sustitución del causante JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN hasta tanto la justicia dirima el conflicto que se presenta. (fl. 123-124).
- Los señores FANNY DEL CARMEN POLO CAMACHO y JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN contrajeron matrimonio el día 06 de abril de 1974, según registro civil de matrimonio visible a folio 9 de expediente.
- El señor JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN falleció el día 11 de marzo de 2013, según registro civil de defunción visible a folio 11.

En la audiencia de pruebas se recibieron los siguientes testimonios:

El señor EUGENIO JOSE YANEZ RUIZ manifestó que conocía a la demandante y al causante porque eran vecinos en el barrio la Campiña de Cartagena,



13001-33-33-012-2014-00233-01

domicilio en el que manifestó que convivían como esposos, y que tenían cuatro hijos, situación que se mantuvo hasta el fallecimiento del señor JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN. Señala que en todo momento los observó brindándose ayuda mutua, al punto de considerar que el causante era la mano derecha de la demandante en todos sus oficios.

La señora **VERA JUDITH MACIA** sostuvo que conocía al señor JORGE ELIECER GULLOSO LIÑAN porque era su padrino de confirmación, por lo que tenía una relación cercana con su familia; manifestó que desde que tiene conocimiento el causante y la demandante eran esposos y convivían en el barrio la campiña junto con sus cuatro hijos, manteniendo una relación interrumpida de pareja. Añade que en las ocasiones que visitó la casa de los esposos los veía como pareja sin que notara ningún distanciamiento.

El señor **BLADIMIRO GAMARRA CABARCAS**, manifestó ser vecino del causante y de la demandante, a quienes siempre conoció como esposos, manteniendo una relación de convivencia permanente junto con sus hijos. Señaló que en su calidad de músico amenizó algunas celebraciones de ellos y en todas siempre los observó como una pareja que convivía sin ninguna ruptura del núcleo familiar.

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

En este orden, del análisis del material probatorio y de los testimonios rendidos, encuentra esta Sala que la decisión de primera instancia fue acertada al considerar cumplidos los requisitos necesarios para otorgar la sustitución pensional a la señora FANNY DEL CARMEN POLO, en su calidad de cónyuge sobreviviente del causante, pues todo el material probatorio es claro sobre la relación que sostuvieron y que el vínculo de convivencia se mantuvo hasta el fallecimiento del señor JORGE ELIECER GULLOSO.

Ahora bien, el material probatorio no indica la existencia de otra persona con igual derecho que la accionante, cuestión que tampoco discutió el apelante en el recurso.

Adicionalmente se observa que la normatividad que tuvo en cuenta el juez de primera instancia fue la correcta, como se estableció en el acápite normativo de esta providencia, sin que le asista razón a la entidad apelante sobre la aplicación de otras normas al caso concreto. Así, la señora FANNY DEL CARMEN POLO tiene derecho al 100% de la asignación en virtud de lo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 101
SALA DE DECISIÓN No. 01

SIGCMA

13001-33-33-012-2014-00233-01

consagrado en la ley 71 de 1988 y en lo señalado en el artículo 6 del Decreto 1160 de 1989.

En este orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos aquí expuestos.

6. Condena en Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandada a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Doce Administrativo de Bolívar, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada de conformidad con los artículos 365 y 366 del CGP, las cuales serán liquidadas por el a-quo.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS