

13001-23-33-000-2015-00792-00

Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13001-23-33-000-2015-00792-00
Demandante:	Esther Sánchez Gutiérrez
Demandado:	UGPP
Asunto	Reconocimiento de pensión gracia
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ a decidir en primera instancia el proceso de la referencia.

La presente providencia será adoptada por los Magistrados Edgar Alexi Vásquez Contreras, en su condición de titular del Despacho 04 y actualmente encargado por el Consejo de Estado del Despacho 03, y Moisés Rodríguez Pérez, titular del Despacho 06, quienes integran la Sala de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 45 a 55).

a) Pretensiones

La señora Esther Sánchez Gutiérrez presentó demanda mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la UGPP, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA. Que son nulas las Resoluciones números 31144 del 29 de julio de 2015 y No. 43941 del 23 de octubre de 2015, mediante las cuales se le negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia post - mortem a favor de mi representado (a).

SEGUNDA. Que como consecuencia de la nulidad, se condene a la ... UGPP - a reconocer y pagar al (a) señor (a) ESTHER SANCHEZ GUTIERREZ identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. 23.074.741 la Pensión Gracia post – mortem a partir del día siguiente al de haber cumplido el causante RAFAEL ALARCON

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

13001-23-33-000-2015-00792-00

CAMPO los 20 años de servicio a la educación y cincuenta (50) de edad, cuyas mesadas iniciales deben ser liquidadas en cuantía equivalente a setenta y cinco por ciento (75 %) del promedio de lo devengado por concepto de sueldos y demás factores salariales en el último año de servicios inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio, junto con los reajustes legales correspondientes.

TERCERA. *Que la pensión decretada sea ajustada en los términos del artículo 53 de la Constitución Política hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:*

$R = RH \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL} (\dots)$

CUARTA. *Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 numeral 4 inciso 1 del CPACA ibídem.*

QUINTA. *Se condene a la UGPP al pago de las costas de conformidad con el artículo 188 del CPACA"*

b) Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda, la accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

El señor Rafael Alarcón Campo (QEPD) nació el 3 de julio de 1955, por lo que cumplió 50 años de edad el 3 de julio de 2005.

Laboró por más de 20 años como docente territorial así:

- Del 22 de mayo de 1975 al 25 de noviembre de 1975 con el Municipio de San Fernando – Bolívar, nombrado mediante Resolución No. 066 del 22 de mayo de 1975 con tipo de vinculación Municipal.

- Del 21 de febrero de 1981 al 12 de septiembre de 2005 con el Departamento de Bolívar, nombrado mediante Decreto Departamental No. 135 del 21 de febrero de 1981, tipo de vinculación departamental - nacionalizado.

Por lo anterior, adquirió el status pensional cuando cumplió la edad; es decir, el 3 de julio de 2005.

El señor RAFAEL ALARCON CAMPO falleció el 5 de abril de 2009, sin habersele reconocido la pensión gracia, no obstante tener derecho a ello.

Mediante memorial de 6 de mayo de 2015 la demandante, en calidad de cónyuge supérstite, solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión

13001-23-33-000-2015-00792-00

gracia post - mortem y sustitución de ésta, para lo cual presentó la documentación completa exigida por la ley para tal fin.

La UGPP, mediante las resoluciones demandadas, negó el reconocimiento solicitado alegando que el tiempo laborado en el Municipio de San Fernando – Bolívar, había sido mediante contrato de trabajo.

c) Normas violadas y concepto de la violación

La accionante afirmó que con la expedición de los actos administrativos acusados la UGPP violó los artículos 2, 6, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 91 de 1989, 60 de 1993, 100 de 1993 y 115 de 1994, el Decreto 081 de 1976, la Ley 1437 de 2011 y el Código Sustantivo del Trabajo.

Manifestó que los actos demandados desnaturalizan los fines del Estado, pues no garantizan el respeto a los derechos adquiridos, ni la efectividad de principios como el de aplicación de la Ley; y violaron el artículo 6 de la Constitución Política, porque omitieron dar cabal cumplimiento a las normas que regulan el tema relacionado con la pensión vitalicia de jubilación gracia y su sustitución.

3.2. Trámite.

La demanda se admitió mediante auto de 2 de agosto de 2016 (f. 58).

Mediante auto de 2 de mayo de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 91); y mediante auto de 3 de octubre de 2017 se reprogramó dicha audiencia (f. 95), la cual se llevó a cabo el 26 de octubre de 2017 y se decretaron pruebas (fs. 98-100).

3.3. Contestación (fs. 65-75).

La UGPP contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, en resumen, con los siguientes argumentos:

Para ser beneficiario de la pensión gracia se debe acreditar la vinculación como docente municipal, departamental o nacionalizado con tiempo de servicio anterior al 31 de diciembre de 1980 y la demandante no lo hizo.

La pensión gracia es una prestación creada por la Ley 114 de 1913 como un reconocimiento a la labor desarrollada por los docentes del orden municipal y departamental, que permite la compatibilidad entre dos tipos de prestaciones sociales: las de carácter ordinario y la especial, esto es, entre la pensión gracia y

13001-23-33-000-2015-00792-00

las demás pensiones consideradas como ordinarias (vejez, jubilación e invalidez). Es por ello que no se admiten los tiempos por contrato de prestación de servicios ni las vinculaciones con colegios de orden nacional.

A su turno, la Ley 91 de 1989 limitó el reconocimiento de la pensión gracia a los docentes que se vinculen al servicio con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y que cumplan con los requisitos a la entrada en vigencia de dicha ley, circunstancia que no ocurre en el presente caso.

Si bien el causante acreditó los 50 años de edad y una buena conducta, no se encuentra probado el tiempo de servicio departamental, municipal, distrital o nacionalizado antes del 31 de diciembre de 1980.

Señaló que la Alcaldía Municipal de San Fernando certificó que el demandante estuvo vinculado con anterioridad al 31 de diciembre de 1980; no obstante, los certificados fueron aportados en copias simples, y no se especificó la labor, la naturaleza de la vinculación, las fechas exactas de la vinculación y de retiro.

Agregó que la demandante aportó la resolución de nombramiento y el acta de posesión, igualmente en copia simple.

Agregó que tampoco se cumple con el requisito de no recibir o haber recibido pensión o recompensa del carácter nacional, pues los recursos devengados por el docente se pagaron con el Sistema General de Participaciones, los cuales según la Ley 715 de 2001 están constituidos por los recursos que la Nación transfiere por mandatos de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política.

3.3. Audiencia inicial (fs. 98-100)

a). Fijación del litigio.

En la audiencia inicial se fijó el litigio así:

En el presente asunto el objeto del litigio es establecer de acuerdo con las pruebas que obren en el proceso, si el señor Rafael Alarcón Campo (fallecido) cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión gracia, establecida en las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928 y, en el evento de cumplir con tales requisitos, si le asiste a la demandante el derecho a la sustitución pensional en calidad de cónyuge del causante.

b) Pruebas

En audiencia inicial se tuvieron como pruebas los documentos aportados con la demanda y se dispuso, además:

13001-23-33-000-2015-00792-00

- Oficiar al Municipio de San Fernando y al Departamento de Bolívar para que remitan los antecedentes administrativos del docente Rafael Alarcón Campo.
- Declaración de parte de la demandante.
- Ratificación de las declaraciones extra juicio aportadas con la demanda.

c). Alegatos.

Mediante providencia de 13 de agosto de 2018 (f. 161), se corrió traslado para alegar de conclusión.

a). La parte demandante reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la demanda. (fs. 166-167).

b). La parte demandada reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda; agregó que la declaración extrajudicial de la señora Elba Mendoza presenta inconsistencias frente a su declaración dentro del proceso; y criticó el testimonio rendido en el proceso por el señor Walter Gómez Uribe por considerar que no arroja certeza sobre el tiempo de convivencia entre la demandante y el causante (fs. 103-111).

c) El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a fallar el proceso en primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el señor Rafael Alarcón Campo (QEPD) cumplió con los requisitos exigidos por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, y demás normas concordantes, para el reconocimiento y pago de la pensión gracia; y en caso afirmativo, si le asiste a la demandante el derecho a la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite.

5.2. Tesis de la Sala

- El causante cumplió con los requisitos exigidos por las Leyes 114 de 1913, Ley 116 de 1928, Ley 37 de 1933 y normas concordantes, para el reconocimiento y pago de la pensión gracia, por lo cual la Sala accederá a las pretensiones de nulidad de los actos acusados y de restablecimiento de derechos conculcados. Y la demandante cumplió igualmente los requisitos previstos en la Ley 71/88 y su Decreto Reglamentario 1160/89.

- Como la sentencia reconocerá el derecho pensional reclamado, declarará la prescripción extintiva de las mesadas causadas con anterioridad al 6 de mayo de 2012, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa de la pensión gracia se presentó el 6 de mayo de 2015.

5.3. Marco normativo y jurisprudencial

5.3.1 Régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión gracia.

La pensión gracia, es una pensión especial, reglada por la Ley 114 de 1913, la cual creó el derecho y fijó sus requisitos, a su turno las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, ampliaron los titulares y el tiempo de servicio computable para adquirir el derecho a su reconocimiento.

El artículo 1º Ley 114 de 1913 establece que los Maestros de Escuela Primaria oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, de conformidad con las prescripciones de dicha ley.

El artículo 4º de la Ley 114 de 1913 establece que para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.
2. (Derogado por la Ley 45 de 1913).
3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional.
4. Que observe buena conducta.
5. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.

13001-23-33-000-2015-00792-00

Por otra parte, la Ley 116 de 1928 en su artículo 6 consagra que los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan.

Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.

La definición de la pensión gracia ha sido decantada por el H. Consejo de Estado², afirmando que la misma fue creada en virtud de la flagrante desigualdad y la situación económica por las cuales pasaban los educadores cuyos salarios se encontraban a cargo de las entidades territoriales y los nombrados por el Ministerio de Educación Nacional, al respecto expuso:

Así mismo el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., en providencia del trece (13) de junio de dos mil trece (2013) Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00361-01 (1395-12) Actor: ISABEL GOMEZ GUZMAN, realizó un análisis de las normas que regula la pensión gracia, concluyendo:

"La ley 114 de 1913, otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4, una pensión nacional por servicios prestados a los Departamentos y a los Municipios, siempre que comprueben "que no reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional".

Con la expedición de las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 se hizo extensiva esta prerrogativa a otros empleos docentes, al consagrar la posibilidad de computar para tal efecto los años laborados en la enseñanza secundaria, normalista o como inspectores de instrucción pública, pero en colegios departamentales o municipales, interpretación que surge de la prohibición de recibir dos pensiones nacionales y que conserva su vigencia, pues la citada ley 116, en su artículo 6º señaló que tal beneficio se concretaría "... en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan ...", lo que supone el cumplimiento de los requisitos consagrados en el numeral cuarto de esta ley.

Sobre los alcances de la ley 37 de 1933, esta Corporación ha precisado, en forma reiterada, que la referida ley lo que hizo simplemente fue extender a los maestros de establecimientos de enseñanza secundaria la pensión aludida, sin cambio alguno de requisitos.

El artículo 15 No. 2, literal A, de la ley 91 de 1989 estableció:

"Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C. P: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., Dieciocho (18) De Junio De Dos Mil Nueve (2009).- Rad.: 25000-23-25-000-2006-08267-01(2178-08) Actor: Antonio Leal Gamboa.

13001-23-33-000-2015-00792-00

hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación."

Esta disposición, en últimas, precisó la conclusión del beneficio de la pensión gracia para los docentes vinculados a partir del 31 de diciembre de 1980, como también que la excepción que permite la compatibilidad en el pago de dos pensiones de carácter nacional (pensión gracia y pensión ordinaria de jubilación) en virtud de la ley 91 de 1989, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la ley 43 de 1975, que deberán reunir además los requisitos contemplados en la ley 114 de 1913."

Por su parte, la Ley 4ª de 1966, en su artículo 4º, dispuso:

"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios."

Dicho artículo fue reglamentado por el Decreto 1743 de 1966 que en su artículo 5º señaló que las pensiones serían liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios.

En sentencia del 24 de enero de 2013. Rad. No. 0500102331000200406407-01 el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, señaló:

"Es pertinente resaltar que reconocimiento de la pensión graciosa se sujeta a la normatividad especial, lo cual impide aplicar las disposiciones del régimen ordinario de pensiones para empleados del sector oficial, tales como las Leyes 33 y 62 de 1985, el artículo 9º de la Ley 71 de 1988 y el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, dado que se trata de una prestación especial que no se liquida con base en el valor de aportes durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, sino con base en el valor de los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha en adquirió su estatus".

Ahora bien, para establecer el tipo de vinculación que ostentaba la accionante se analizará la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el fondo de prestaciones sociales del magisterio, que en su artículo 1 estableció:

(...) Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

13001-23-33-000-2015-00792-00

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

De acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda de 21 de junio de 2018, manifestó que la importancia de la anterior clasificación radica en que se constituye en el punto de partida de la Administración y los jueces de esta jurisdicción para evaluar si el docente interesado tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión gracia, así:

“En cuanto al **personal nacional** la regla es clara. Tanto el marco jurídico que rige la aludida prestación como la doctrina legal en la materia son explícitos en advertir que los docentes nacionales no tienen derecho a su reconocimiento, y que el tiempo laborado en esa condición no se puede computar con el servido en calidad de educador nacionalizado o territorial.

Por su parte, se entiende por **personal nacionalizado** (i) aquel que siendo territorial antes del 1 de enero de 1976 fue objeto del proceso de nacionalización iniciado con la expedición de la Ley 43 de 1975; y (ii) los que a partir de esa fecha se hayan vinculado a una plaza de aquellas que fueron nacionalizadas en virtud, también, del aludido proceso adelantado por la norma en cuestión (Ley 43 de 1975).

Entre tanto, debe entenderse por **personal territorial** el vinculado por entidades de ese orden a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975; esto es, que la plaza a ocupar haya sido creada de forma exclusiva por el ente local y los gastos que esta genere se cubran con cargo a su propio presupuesto.

La Ley 43 de 1975 por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones establece:

Artículo 10°.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

El Consejo de Estado en reciente pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia de unificación por importancia jurídica del 21 de junio de 2018, dentro del proceso radicado N° 2013-004683, señaló:

2. Conclusiones preliminares: reglas de unificación.

i) Los recursos del **situado fiscal** que otrora transfería o cedía la Nación a las entidades territoriales, en vigencia de la Carta de 1886 y hasta cuando permanecieron en vigor en la Constitución de 1991, no obstante su origen o fuente nacional, una vez se incorporaban a los presupuestos locales pasaban a ser de propiedad exclusiva de los referidos entes en calidad de rentas exógenas.

ii) Los entes territoriales son los titulares directos o propietarios de los recursos que les gira la Nación, provenientes del **sistema general de participaciones**, por asignación directa del artículo 356 de la Carta Política de 1991.

iii) La financiación de los gastos que generaban los **fondos educativos regionales** no solo dependía de los recursos que giraba la Nación a las entidades territoriales por concepto del **situado fiscal**, sino que también correspondía a los entes locales destinar parte de su presupuesto para atender al sostenimiento de los referidos fondos educativos (artículos 29 del Decreto 3157 de 1968; y 60, inciso 2, de la Ley 24 de 1988).

iv) Así como los **fondos educativos regionales** atendían los gastos que generaban los servicios educativos de los docentes nacionales y nacionalizados,⁴⁹ resulta factible colegir de manera razonada que lo propio acontecía con algunas de las erogaciones salariales originadas por el servicio que prestaban los educadores territoriales, ya que los recursos destinados para tal fin provenían tanto de la Nación **-situado fiscal-** como de las entidades territoriales, y además, en uno y otro caso, el universo de esos recursos le pertenecía de forma exclusiva a los entes locales dado que ingresaban a sus presupuestos en calidad de rentas exógenas y endógenas.

v) Por tanto, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales (i) cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la **junta administradora** del respectivo **fondo educativo regional**, así, este último, certifique la vacancia del cargo junto con la disponibilidad presupuestal⁵⁰; y (ii) por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación.

vi) Prueba de calidad de docente territorial. Se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial.

vii) **Origen de los recursos de la entidad nominadora.** Lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues conforme a los lineamientos fijados por la Sala en esta providencia, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas **-situado fiscal-** cuando se sufragaban los gastos a través de los **fondos educativos regionales**; y en lo que tiene que ver con los educadores

13001-23-33-000-2015-00792-00

nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del **situado fiscal**, hoy **sistema general de participaciones**.

En los anteriores términos ha de entenderse rectificadas cualquier decisión que en sentido disímil haya adoptado alguna de las salas de subsección en el pretérito."

La Sala acoge el criterio expuesto en la sentencia transcrita y con base en el mismo decidirá el asunto bajo estudio.

5.4. Pensión gracia post mortem.

Aunque la pensión gracia es una pensión especial, la cual no requiere aportes o cotizaciones como requisito para su consolidación y las normas que la regulan no hayan contemplado expresamente la posibilidad de ser sustituida a favor de los beneficiarios del docente después de su muerte, lo cierto es que tampoco lo prohibió ni señaló causal alguna de extinción del derecho. En consecuencia, al ser un derecho adquirido con justo título y por tener la misma naturaleza de las pensiones de jubilación por voluntad del legislador, se concluye la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, aplicando las normas que regulan las materias vigentes al momento de la muerte del causante.

Así lo expresó el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2006-00004-01 (0824-09), en providencia del 4 de marzo de 2010, de la siguiente manera:

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

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

Ahora, si bien la normatividad especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una

13001-23-33-000-2015-00792-00

expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.

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

5.5. El caso concreto

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir

- Resolución RDP 031144 de 29 de julio de 2015, por medio de la cual la UGPP negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia post - mortem (fs. 2-3).
- Resolución RDP 043941 de 23 de octubre de 2015, por medio de la cual la UGPP resuelve un recurso de apelación contra la resolución anterior y la confirma en todas sus partes (fs. 5-7).
- Oficio 1800 de 9 de noviembre de 2015, mediante el cual el Director de Servicios Integrados de la UGPP, hace constar que las resoluciones anteriores fueron notificadas mediante correo electrónico (fs. 8-9).
- Memorial de 6 de mayo de 2015, mediante el cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión gracia post mortem (fs. 10-11).
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Rafael Alarcón Campo, en la cual consta que nació el 3 de julio de 1955 (f. 14).
- Copia del registro civil de defunción del señor Rafael Alarcón Campo, en el cual consta que falleció el 5 de abril de 2009 (f. 15).
- Formato único para la expedición de certificado de historia laboral del señor Rafael Alarcón Campo, suscrito por el Alcalde Municipal de San Fernando – Bolívar, en el cual consta el tipo, fecha de vinculación, el acto administrativo mediante el cual fue nombrado y el cargo para el cual fue nombrado (f. 16).
- Certificado suscrito por el Alcalde Municipal de San Fernando – Bolívar, mediante el cual hace constar que el señor Rafael Alarcón Campo, laboró como Maestro de la Escuela Rural Mixta del Corregimiento de Pueblo Nuevo, antiguamente

13001-23-33-000-2015-00792-00

corregimiento de San Fernando, hoy Corregimiento de Hatillo de Loba, cargo para el cual fue nombrado mediante Resolución N° 066 de 22 de mayo de 1975 y para el cual laboró de forma continua hasta el 25 de noviembre de 1975 (f. 17).

- Copia de la Resolución N° 066 de 22 de mayo de 1975, "Por medio de la cual se contrata al señor Rafael Alarcón Campo como Maestro de la Escuela Rural Mixta de Pueblo Nuevo, Localizada en el Corregimiento de Pueblo Nuevo" (fs. 18-19 y 117-118).

- Copia del acta de 22 de mayo de 1975, mediante el cual se posesionó al señor Rafael Alarcón Campo en el cargo de Maestro de la Escuela Rural Mixta de Pueblo Nuevo, para el cual fue nombrado mediante Resolución N° 066 de 22 de mayo de 1975 (fs. 20 y 116).

- Certificado de historia laboral de 20 de marzo de 2015, suscrito por el Profesional Especializado de Atención al Ciudadano de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, donde hace constar que el señor Rafael Alarcón Campo se vinculó como Docente de Básica Secundaria de la Institución Educativa Agropecuaria de San Fernando, mediante Decreto N° 135 de 18 de febrero de 1981, con carácter nacionalizado (fs. 21-22).

- Copia del Decreto 135 de 18 de febrero de 1981 "Por el cual se hacen unos nombramientos y traslados en los colegios que funcionan en el Departamento", y en el mismo consta el nombramiento del señor Rafael Alarcón Campo como Maestro de Matemáticas de Séptimo Grado (fs. 23-24).

- Acta de 21 de febrero de 1981, mediante el cual el causante se posesionó en el cargo de Maestro del Municipio de San Fernando, cargo para el cual fue nombrado mediante la Resolución anterior (f. 25).

- Transcripción del contenido del Acta de 21 de febrero de 1981, antes descrita (f. 26).

- Copia de la cédula de ciudadanía del causante, en la cual consta que nació el 3 de julio de 1955 (f.27).

- Certificado de antecedentes de la Procuraduría General de la Nación del causante, de 24 de diciembre de 2011, (f. 30).

- Registro Civil de Nacimiento de la demandante, en el cual consta que nació el 9 de noviembre de 1962 (f. 32).

13001-23-33-000-2015-00792-00

- Registro Civil de Matrimonio, en el cual consta que la señora Esther Sánchez Gutiérrez contrajo nupcias con el señor Rafael Alarcón Campo el 24 de diciembre de 2000 (f. 34).
- Declaración extrajuicio de la señora Esther Sánchez Gutiérrez (f. 35).
- Declaración extrajuicio de la señora Elba Luz Mendoza Martínez (f. 36).
- Declaración extrajuicio del señor Walter Gómez Uribe (f. 37).
- CD contentivo del expediente administrativo remitido por la parte demandada, donde figuran todos los documentos antes descritos (f. 77).
- Memorial de 30 de noviembre de 2017, mediante el cual el Secretario General y de Gobierno de la Alcaldía Municipal de San Fernando, remitió copia auténtica de la Resolución N° 066 del 22 de mayo de 1975, copia auténtica el acta de posesión en el cargo de Maestro en forma manuscrita y de su transcripción mecánica (fs. 115-119).
- Certificado de 5 de febrero de 2018, mediante el cual el Gerente Jurídico de la FIDUPREVISORA S.A., informa lo siguiente: “En atención a la solicitud allegada a este Fondo a través del radicado (...), mediante la cual requiere certificado en el que se indique quienes figuraban como beneficiarios en el sistema de seguridad social en salud, de la señora Esther Sánchez Gutiérrez (...) respetuosamente informamos lo siguiente: Una vez consultado el aplicativo del Fondo, no se encuentra registro alguno de beneficiarios a cargo, únicamente figura la señora Sánchez Gutiérrez en calidad de cotizante” (f. 120).
- Ratificación de las declaraciones extrajuicio de los señores Walter Gómez y Elba Luz Mendoza Martínez (Audiencia de pruebas)

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Con base en las pruebas descritas y descendiendo al caso concreto, procede la Sala a establecer el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para el reconocimiento de la pensión gracia al causante.

a). Edad: En el presente caso está acreditado que cuando el señor Rafael Alarcón Campo falleció el 5 de abril de 2009, tenía más de 50 años, los cuales cumplió el 3 de julio de 1955, toda vez que nació el 3 de julio de 1955.³

³ Ver fs. 14-15

13001-23-33-000-2015-00792-00

b). Buena conducta, honradez y consagración: Para probar este requisito la parte demandante aportó certificado de antecedentes ordinarios de la Procuraduría General de la Nación y una declaración extrajudicial; adicionalmente la demandada no realizó ningún señalamiento, ni aportó elementos de pruebas que lo desvirtúen; por el contrario, en su contestación manifestó que se encontraban acreditados dichos presupuestos. Adicionalmente, se trata de un hecho que debe presumirse en aplicación del principio de buena fe.

c) Tiempo de servicio: Los documentos incorporados como pruebas en el proceso de la referencia y las resoluciones demandadas, permiten establecer que la accionante laboró en los siguientes periodos:

Período.	Tipo de vinculación.	Tipo de Acto Administrativo	Tiempo
22 de mayo de 1975 a 25 de noviembre de 1975	<u>Municipal</u>	Resolución 066 de 22 de mayo de 1975 ⁴ .	180 días
21 de febrero de 1981 a 11 de junio de 2009 (fecha de expedición de la certificación)	<u>Nacionalizado</u>	Decreto 135 de 21 de febrero de 1981	28 años, 3 meses y 22 días

Sumados los tiempos de servicios prestados, el causante cumplió más de 20 años de servicios; y acreditó su vinculación antes del 31 de diciembre de 1980.

No obstante, alega la demandada que los requisitos examinados no se encuentran probados porque los certificados de tiempo de servicio allegados al proceso, así como los decretos de nombramiento y las actas de posesión se aportaron en copias simples.

Este argumento no es de recibo, porque de acuerdo con el artículo 246 del C.G.P., las copias tienen el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia; y ninguna disposición legal exige esto último para acreditar los nombramientos, posesiones y tiempos de servicio de los docentes.

Por otra parte, sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella; no obstante, la demandada con los antecedentes administrativos aportó los mismos documentos allegados por la demandante y, adicionalmente los mismos fueron remitidos por el Secretario General y de Gobierno de la Alcaldía Municipal de San Fernando – Bolívar.

⁴ Ver fs. 18-19 y 117-119

13001-23-33-000-2015-00792-00

- Ahora bien, respecto a la prestación del servicio docente a través de contratos de prestación de servicios, el Decreto 2277 de 1979 “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, define la profesión docente, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 2. PROFESION DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.»

ARTÍCULO 3. EDUCADORES OFICIALES. Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto” (Subrayado fuera de texto).»

No obstante, lo anterior las entidades territoriales contrataron los servicios de los denominados «docentes temporales», ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, por cuanto la legislación vigente, prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.⁵

Al respecto, la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inexecutable, entre otros, del artículo 6º de la Ley 60 de 1993⁶ señaló:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal”

⁵ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017) Rad. No.: 13001 23 33 0002 013 00378 01.

⁶ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

El Consejo de Estado ha reconocido el derecho a la pensión gracia de las personas vinculadas al servicio educativo estatal mediante contratos de prestación de servicios con base en los siguientes argumentos: ⁷

“...En el presente caso, se observa que en su sentencia el tribunal no valoró la prueba allegada al proceso, de la cual podía establecer que la demandante tenía una vinculación a través de órdenes de prestación de servicios mediante la cual ejerció la función de la docencia.

Sobre este punto, se tiene que decir que el a quo incurre en error cuando para negar las pretensiones se sustenta^[17] en que el tiempo prestado mediante órdenes de prestación de servicios por los años 1996 a 2001, no puede ser computado toda vez que se trata de una relación de carácter contractual con destinación exclusiva a la prestación de servicios cuya naturaleza de contrato estatal no ha sido desvirtuada, pues, en su sentir, en la presente acción la actora no demostró que hubiese solicitado a la entidad territorial el reconocimiento de la existencia de la relación laboral y sus derechos prestacionales, ni solicitó la nulidad de acto administrativo alguno que haya negado las súplicas. Así mismo dijo que si bien los contratos de prestación de servicios pueden ser desvirtuados y establecerse la relación laboral y solo a partir de ese momento los períodos laborados mediante esa vinculación pueden ser computados como tiempos de servicio para adquirir el derecho pensional y que, por tanto, se debe entender que se trató de una verdadera relación contractual de prestación de servicios que no se puede tener en cuenta, no son de aceptación por esta corporación.

Al respecto se precisa que la línea del Consejo de Estado, es que lo que se debe acreditar a través de los contratos es el objeto de los mismos, es decir, que efectivamente se haya vinculado para prestar el servicio docente y, por ende, no se hace necesario que exista un proceso previo en donde se haya declarado la figura de la realidad sobre las formas por cuanto la Ley 114 de 1913, lo que está permitiendo es la retribución a quien haya ejercido la labor docente, sin importar la naturaleza ni la clase de vinculación, y no puede confundir el tribunal que lo que se pretende en un proceso para obtener el denominado contrato realidad o la figura de la realidad sobre las formas tiene otro objetivo y es el reconocimiento de las diferencias salariales en igualdad de condiciones a quienes tienen una vinculación de planta desconociendo la actividad docente que ejerció independientemente de cómo se hubiese dado la vinculación.

Conforme a lo anterior los servicios prestados por los docentes vinculados a través de contratos u órdenes de prestación de servicios, para efectos de la pensión gracia, deben ser tenidos en cuenta para el cómputo de los 20 años de ejercicio de la docencia requeridos por la Ley 114 de 1913, puesto que ejercen las mismas funciones que los vinculados en propiedad mediante un acto legal y reglamentario. En este sentido lo relevante es que el docente al reclamar el derecho haya prestado esos servicios en un establecimiento del nivel territorial o nacionalizado.

De esta manera, se concluye que la demandante cumple los requisitos de

⁷ Sentencia proferida el 28 de julio de 2016, por la Sección Segunda, Subsección “B”, expediente No. 660012333000201300384 01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

13001-23-33-000-2015-00792-00

edad, tiempo de servicio, calidades personales y profesionales que exige la Ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia y, en consecuencia, el fallo apelado que negó las pretensiones de la demanda será revocado y, en consecuencia, se anulará el acto demandado y se reconocerá la pensión gracia..."

En la misma línea, mediante sentencia de 26 de octubre de 2017, la Sección Segunda-Subsección "B", dentro del radicado: 25000-23-42-000-2013-01049-01, M.P. César Palomino Cortés (Nº Interno: 1382-2017), expresó:

"...Sumado a lo anterior, de conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con los artículos 3º de la Ley 114 de 1994(17), la educación, no sólo es un derecho, sino un servicio público prestado por instituciones educativas del Estado o de carácter particular, bajo la suprema vigilancia y control de aquél. Igualmente, en razón a la Ley 43 de 1975, tanto la educación primaria como secundaria constituye un servicio al cargo del Estado. Además, al tenor del artículo 3º del Decreto-Ley 2277 de 1979(18) y Decreto-Ley 1278 de 2002, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, y municipal, son servidores públicos.

Adicionalmente, la jurisprudencia, ha sido del criterio que pertenece a la esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar, en consecuencia, ha reconocido la existencia de una relación laboral en aquellos casos en los cuales los docentes han sido vinculados por medio de contrato u órdenes de prestación de servicios, razón por la cual el tiempo servido a la docencia, independientemente de la forma de vinculación, interrumpido o no, con nombramiento en propiedad o no; tiene efectos prestacionales.

De acuerdo al marco normativo y jurisprudencial antes planteado, es evidente que el tiempo durante el cual el causante prestó sus servicios al amparo de contratos de trabajo o prestación de servicios, debe ser computado para efectos de reconocimiento del derecho a la pensión gracia.

d). No haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional.

La UGPP manifestó que adicionalmente, los pagos realizados al causante eran provenientes del Sistema General de Participaciones; es decir, con cargo a la Nación.

Para dilucidar el carácter nacional o territorial de la vinculación del causante al servicio educativo estatal, la Sala se apoyará en algunos criterios jurisprudenciales en cuanto al requisito enunciado.

13001-23-33-000-2015-00792-00

En sentencia de dieciséis (16) de abril de 2009, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" – C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, radicación número: 05001-23-31-000-2003-02945-01 (0798-08), actor: Fanny del Carmen Montoya Montoya contra Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, señaló:

*(...)El numeral 3º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913 prescribe que para hacerse acreedor a la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe "Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional...". **La pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la Nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por ende, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales.***

Destaca la Sala que de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 116 de 1928, al sujetarse lo allí dispuesto a las exigencias de la Ley 114 de 1913, para que pudiera tener derecho a la pensión gracia, dejó vigente lo que este ordenamiento prescribía en el sentido de que dicha prerrogativa no se concedía a docentes que recibieran pensión o recompensa nacional. El inciso 2 del artículo 3 de la Ley 37 de 1933 lo que hizo fue extender la pensión aludida, sin cambio alguno de requisitos, a los maestros de establecimientos de enseñanza secundaria. Conforme a lo anterior, no es viable admitir que con motivo de la expedición de esta norma, pueda reconocerse la pensión gracia a todos los que prestan sus servicios a la Nación, por ser los maestros a que ella se refiere docentes de carácter nacional, por las razones que se plantean en la aludida providencia del 26 de agosto de 1997.

***Por último, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización de la educación primaria como secundaria, iniciado con la Ley 43 de 1975. A ellos, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión,** siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad " . . . con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación"; hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto esta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera "...otra pensión o recompensa de carácter nacional". Así las cosas, en las condiciones anotadas, se podía recibir en un mismo tiempo pensión de jubilación departamental y nacional, pero en ningún caso dos pensiones de carácter nacional, hasta la entrada en vigencia la Ley 91 de 1989.(...)*

Del criterio jurisprudencial transcrito se tiene que el requisito de que compruebe que el docente "no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional..." hace referencia a que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente **nacional**, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro **no reciba retribución alguna de la Nación por servicios que le preste**, con ocasión al tipo de vinculación que ostente o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella.

13001-23-33-000-2015-00792-00

Ahora bien, para establecer el tipo de vinculación que ostentaba el causante se analizará la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo artículo 1 estableció:

*(...) **Artículo 1º.** Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Advierte la Sala, que de acuerdo con los certificados expedidos por la Secretaría Departamental que obran a folios 21-22 expresan que la vinculación del causante es de carácter nacionalizado.

Así mismo, el Decreto N° 135 del 18 de febrero de 1991 “Por el cual se hacen unos nombramientos y traslados en los Colegios Cooperativos que funcionan en el Departamento”, fue suscrito por el Gobernador del Departamento de Bolívar.

Finalmente, el hecho de que al causante le hubieren pagado salarios con recursos provenientes del presupuesto aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, no es óbice para reconocer la aludida pensión pues, se reitera, se logró probar en el proceso que el tipo de vinculación que tenía era de tipo territorial.

Los recursos con los que se financian los salarios de los docentes no es relevante para el reconocimiento de la pensión gracia, porque tanto los educadores con tipo de vinculación nacional como los nacionalizados en concordancia con el Decreto 196 de 1995 y los criterios jurisprudenciales expuestos, han sido pagados con recursos provenientes de la nación y se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993. Del mismo modo, los docentes vinculados por los alcaldes a las plantas de personal de las entidades territoriales.

No sobra agregar que los recursos del situado fiscal como fuente de financiación del servicio educativo estatal fueron reemplazados por los del Sistema General de Participaciones previstos en los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 05 de 2001 que dispone actualmente la transferencia de los recursos de la nación a las entidades territoriales para la financiación de los servicios sentados en la Ley 715 de 2001, entre ellos el servicio a la educación pública.

13001-23-33-000-2015-00792-00

De lo expuesto se tiene que el señor Rafael Alarcón Campo cumplió con la totalidad de los requisitos para el reconocimiento de la pensión gracia, por lo que tenía derecho al reconocimiento de dicha prestación.

- De la sustitución pensional.

En el presente caso se observa que el causante se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por ende se encuentra exceptuada de la aplicación de las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993 por disposición expresa del artículo 279 ibídem, que consagró como criterio de exclusión de dicho Sistema la existencia de afiliación al referido Fondo, razón por la que resulta aplicable el régimen de sustitución pensional contenido en la Ley 71 de 1988 “por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones” y su Decreto Reglamentario.

La Ley 71/88 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles y extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, “Por la cual se transforma en vitalicias las pensiones de las viudas.”; 12 de 1975, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación.”; 44 de 1980, “Por la cual se facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales.” y 113 de 1985, “Por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones”, en forma vitalicia al conyugue supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido.

El artículo 3º de la Ley 71/88 estableció lo siguiente:

Artículo 3º. 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, 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 una de las 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.

13001-23-33-000-2015-00792-00

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."

El Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó los casos en los que resulta procedente la sustitución del derecho pensional, los beneficiarios de la misma, la cuantía y porcentaje correspondiente de acuerdo al orden sucesoral, y la forma de probar la calidad bajo la cual se acude, de la siguiente manera:

"ARTICULO 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."

"ARTICULO 6o. Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional:

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

{Se entiende que falta el cónyuge:

a). Por muerte real o presunta;

b). Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;

c). Por divorcio del matrimonio civil.}

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

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

4o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos y padres con derecho a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante y hasta cuando cese la invalidez."⁸

⁸ Apartes entre corchetes, declarados vigentes por el Consejo de Estado, mediante Auto del 30 de marzo de 1995 y Sentencia del 10 de octubre de 1996, Expediente No. 11223, Magistrado Ponente, Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

13001-23-33-000-2015-00792-00

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

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

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

PARAGRAFO. 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.”

“ARTICULO 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.”

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C. P. Gabriel Valbuena Hernández, en providencia de 29 de agosto de 2016, radicado: 17001 23 33 000 2013 00093 01 (2153 2014), señaló:

“En relación con lo anterior y teniendo en cuenta que la pensión gracia constituye un derecho sustituible, para tal efecto la gobiernan y resultan aplicables las disposiciones generales que regulan la materia, que por exclusión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 frente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponden a las contenidas y habilitadas **en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989.**

Sobre lo expuesto, la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles. De igual manera, en su artículo 3° extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al cónyuge supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido

En conclusión, la pensión gracia es un derecho sustituible y sus beneficiarios están dispuestos en la Ley vigente y aplicable, que para este caso en particular es la Ley 71 de 1988, pues la docente beneficiaria se encontraba en el régimen de excepción del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De lo expuesto se concluye que hay lugar a la sustitución pensional cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o en este caso con derecho a la pensión de jubilación gracia, derecho que surge para sus beneficiarios en cada orden.

13001-23-33-000-2015-00792-00

- En el sub-lite acudió como único beneficiario del causante la señora Esther Sánchez Gutiérrez, quien afirmó haber sido su cónyuge hasta el momento de su muerte.

Como prueba de su calidad de cónyuge obra dentro del expediente copia del Registro Civil de Matrimonio, en el cual consta que la señora Esther Sánchez Gutiérrez contrajo nupcias con el señor Rafael Alarcón Campo el 24 de diciembre de 2000 (f. 34).

Dado que se demostró que el causante cumplió en vida con los requisitos para el reconocimiento y disfrute de la pensión gracia; que la demandante tuvo la condición de cónyuge de aquél; y que es la única beneficiaria que reclamó dicha prestación, se impone concluir que, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 71 de 1989 y 6° del Decreto Reglamentario 1160/89 tienen derecho al reconocimiento de la pensión post -mortem reclamada.

La parte accionada cuestionó el testimonio recibido en el proceso a la señora Elba Mendoza porque lo considera inconsistente frente a su propia declaración extrajudicial, pero no explica el motivo de la supuesta inconsistencia: y afirma que el testimonio del señor Walter Gómez Uribe no arroja certeza sobre el tiempo de convivencia de la demandante con el causante.

La Sala se abstendrá de describir y examinar las declaraciones extrajudiciales y los testimonios recibidos en el proceso, porque resultan absolutamente innecesarios, dado que se solicitaron para demostrar el tiempo de convivencia entre el causante y la demandante, y ese requisito no está previsto en el régimen legal aplicado en este caso, el cual permite el reconocimiento del derecho a la pensión post mortem a la cónyuge sobreviviente, en este caso única beneficiaria que reclama.

5.6.1. Del restablecimiento del derecho.

La Sala declarará la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la pensión gracia post mortem a la demandante y ordenará a la entidad demandada que le reconozca la pensión gracia al señor Rafael Alarcón Campo a partir de la fecha en que cumplió los 50 años de edad; es decir, desde el **3 de julio de 2005**, teniendo en cuenta que la cuantía de la prestación corresponde al 75% del salario promedio anterior al año en que adquirió el estatus, y con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante ese año.

Las mesadas causadas desde cuando el causante adquirió su status pensional, serán ajustados teniendo en cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de las mismas. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el H. Consejo de Estado, la que se expresa en los siguientes términos:

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 16-02-2017



SC5780-1-9

13001-23-33-000-2015-00792-00

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectuó el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Así mismo, se ordenará reconocer y pagar la sustitución pensional a la señora **ESTHER SÁNCHEZ GUTIÉRREZ**, en calidad de cónyuge supérstite del señor Rafael Alarcón Campo.

5.6.2. - Prescripción

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de tres (3) años y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción por una sola vez y sólo por un lapso igual.

En el caso de la pensión gracia, no prescribe el derecho a su reconocimiento y pago, pero sí el de las mesadas.

La suspensión del término de prescripción originada en una reclamación administrativa comprende las mesadas causadas dentro de los 3 años previos a dicha reclamación y se extiende durante los tres años siguientes.

En el sub-lite se estableció que el causante cumplió con los requisitos para acceder a la pensión gracia, cuando cumplió los 50 años de edad; es decir, el 3 de julio de 2005.

Como la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión gracia post mortem el 6 de mayo de 2015 (fs. 10-11), tendrían que ser declarados prescritos los derechos causados con anterioridad al **6 de mayo de 2012**.

5.6.4. Condena en costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la

13001-23-33-000-2015-00792-00

parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como la parte vencida es la demandada en el presente asunto, debe ser condenada en costas en primera instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría de la Corporación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante

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 la nulidad de las resoluciones Nos. 31144 del 29 de julio de 2015 y No. 43941 del 23 de octubre de 2015, mediante las cuales la UGPP negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia del demandante.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la UGPP reconocer y pagar la pensión gracia al señor Rafael Alarcón Campo, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la consolidación de su estatus pensional; esto es, el comprendido entre el 3 de julio de 2004 y el 3 de julio de 2005.

Así mismo, reconocer y pagar la sustitución pensional a la señora **ESTHER SÁNCHEZ GUTIÉRREZ**, en calidad de cónyuge supérstite del señor RAFAEL ALARCÓN CAMPO, con efectos fiscales a partir del **6 de mayo de 2012**.

TERCERO: Las sumas reconocidas serán canceladas por la entidad demandada y deberán ser actualizadas de acuerdo con la fórmula establecida por esta Jurisdicción.

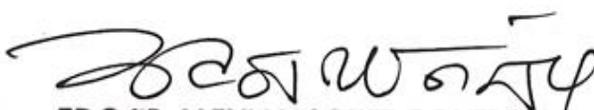
CUARTO: Se declaran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 6 de mayo de 2012.

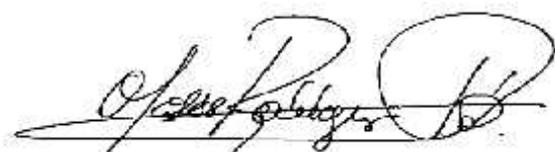
QUINTO: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Secretario de la Corporación, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

SEXTO: La UGPP deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo de conformidad con el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS
Magistrado


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado