



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 20 MAR. 2018

DEMANDANTE:	JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
REFERENCIA:	150012333000-2015-00198-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	SUSTITUCIÓN PENSIÓN POST-MORTEM 20 AÑOS
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotadas las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de la referencia, de conformidad con el inciso último del artículo 181 y el artículo 187 y siguientes del C.P.A.C.A.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (fls. 54 y 4)

El señor JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ, a través de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. 1718 de 7 de abril de 2011**, por medio de la cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación en su calidad de cónyuge de la causante, señora Lucía Rita Vergara Díaz (q.e.p.d.).
- **Resolución No. 2652 de 23 de mayo de 2011**, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición contra el acto anterior, confirmándolo en todas sus partes.

- **Resolución No. 004626 de 12 de agosto de 2013**, por medio de la cual la accionada le negó al actor por segunda vez el reconocimiento y pago de la sustitución pensional.
- **Resolución No. 000317 de 3 de febrero de 2013**, a través de la cual se resolvió un recurso de reposición contra el acto administrativo anterior, confirmándolo en su totalidad.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor del demandante la sustitución pensional de jubilación, con ocasión del fallecimiento de la señora LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ (q.e.p.d.), a partir del 16 de noviembre de 1998 y efectiva desde la fecha en que se dejó de pagar a sus hijos.

Que se condene a la demandada a que las sumas adeudadas se reajusten conforme al índice de precios al consumidor, en virtud de lo establecido en el artículo 187 del CPACA; y que se condene al pago de los intereses moratorios de que tratan los artículos 141 de la Ley 100 de 1993 y 192 del CPACA.

1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 2-3 y 54)

El apoderado del demandante, indicó que el señor JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ contrajo matrimonio con la señora LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ (q.e.p.d.) el 13 de junio de 1978, unión de la cual nacieron tres hijos (Diego Ricardo, Diana Ivonne y José Luis Maldonado Vergara) quienes en la actualidad son mayores de edad.

Manifestó que de común acuerdo, el demandante y su cónyuge liquidaron la sociedad conyugal mediante Escritura Pública No. 2553 del 2 de septiembre de 1988 y que se separaron de cuerpos en el año de 1993, sin que el accionante dejara de atender sus responsabilidades como padre y esposo.

Refirió que la señora LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ, falleció el 16 de noviembre de 1998, momento en el cual contaba con más de veinte (20) años al servicio de la docencia pública y que con ocasión de ello, el 15 de diciembre de 1999 bajo radicado No. 7859, uno de sus hijos, Diego Ricardo Maldonado Vergara, solicitó el reconocimiento y pago de la Pensión Post – Mortem y la Sustitución de la misma a su favor y en el de sus hermanos, en calidad de hijos de la causante.

Aseveró que el demandante, de común acuerdo con sus hijos, no elevó ninguna solicitud, buscando con ello, entre otras cosas que éstos recibieran el valor de la pensión así como la atención médica.

Señaló que mediante Resolución No. 00593 de 11 de mayo de 2000, la accionada reconoció Pensión Post – Mortem a la causante y la sustitución de dicha prestación a los hijos de ésta, en cuantía de \$830.334 dividido en porcentajes iguales para los tres.

Relató que al cumplimiento de la mayoría de edad de los hijos y la proximidad de la terminación de sus estudios, el demandante, a través de escrito presentado el 26 de noviembre de 2010 con número de requerimiento 168295, solicitó ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, el ajuste a la sustitución de la pensión de jubilación en calidad de cónyuge de la causante Lucía Rita Vergara Díaz (q.e.p.d.); petición que fue atendida de manera negativa por medio de Resolución No. 001718 de 7 de abril de 2011.

Indicó que contra el acto anterior, interpuso recurso de reposición el 26 de abril de 2011, el cual fue desatado por medio de Resolución No. 002652 de 23 de mayo de 2011, confirmando en todas sus partes la Resolución no. 001718 de 2011.

Mencionó que posteriormente el actor solicitó ante la Secretaría de Educación de Boyacá el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación, petición que fue negada por la accionada mediante Resolución No. 4626 de 12 de agosto de 2013, acto contra el que interpuso recurso de reposición el 31 de octubre de 2013, bajo el Rad. No. 2013-PQR-43315, siendo resuelto por medio de la Resolución No. 000317 de 3 de febrero de 2014, confirmando en su totalidad la Resolución No. 4626 de 2013.

1.3. Normas Violadas y Conceptos de Violación (fls. 4-17)

Señaló como normas violadas los artículos 1º, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 90, 228 y 336 de la Constitución Política; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; artículo 1 de la Ley 12 de 1975, artículo 2 numeral 5º de la Ley 91 de 1989; Decreto 2563 de 1990; artículos 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; y artículo 46, numeral 2º de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

Manifestó que al negar el reconocimiento de la sustitución pensional, también le ha generado al demandante no poder acceder al servicio de

salud, con lo cual se ponen en riesgo los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física, a la vida, entre otros.

Consideró que en el presente caso es aplicable el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto en sede administrativa el actor acreditó la calidad de cónyuge de la causante y prueba de la convivencia que no fue tomada en cuenta en ningún momento por la entidad accionada, pues no reconoce los más de 10 años que convivió con la causante, ni la edad de la misma.

Señaló que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, niega el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación en favor del actor, sosteniendo que desde un principio debió elevar la solicitud, por lo cual advierte que el hecho de no haber reclamado dicha prestación pensional en conjunto con sus hijos no le impide reclamar pasado el tiempo, pues se trata de un derecho imprescriptible y en consecuencia, los actos acusados incurren en falsa motivación.

Refirió que el señor MALDONADO ÁLVAREZ al momento del fallecimiento de la señora LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ, tenía 45 años de edad y que conformó con ella un hogar, conviviendo durante 15 años de manera continua e ininterrumpida, manteniendo un vínculo de auxilio mutuo (acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común) y que pese a que liquidaron la sociedad conyugal y en el año de 1993 se separaron de cuerpos, el actor continuó cumpliendo sus obligaciones, pues estuvo pendiente de la enfermedad de la causante hasta el momento de su fallecimiento.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 77-79)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, la apoderada judicial de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, pues consideró que de conformidad con los artículos 1º y 2 de la Ley 12 de 1975, el artículo 47 del Decreto 1045 de 1978 y el artículo 1820 del Código Civil el actor no puede ser beneficiario de la sustitución pensional reclamada.

Por lo anterior, y ante una eventual condena contra su representada, propuso la *Prescripción* como medio exceptivo de cualquier derecho reclamado frente al cual haya operado dicho fenómeno, de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3435 de 1968.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 6 de febrero de 2015 (fl. 18vto.), correspondiéndole por reparto al Tribunal Administrativo de Boyacá. Mediante auto de 23 de abril de 2015, previo a decidir sobre la admisión de la demanda, se requirió a la parte actora con el fin de que allegara un folio faltante del escrito inicial (fl. 50), solicitud que fue atendida por el accionante mediante memorial radicado el 4 de mayo de 2015 (fl. 53).

A través de proveído de 11 de mayo de 2015 y en virtud del Acuerdo No. PSAA15-10335 de 29 de abril de 2015, el proceso de la referencia fue remitido a los Despachos de Descongestión de esta Corporación (fl. 57), correspondiéndole por reparto al Despacho No. 704, quien a través de auto de 4 de junio de 2015 avocó conocimiento del proceso (fl. 61) y el 28 de septiembre de 2015 admitió la demanda, ordenando notificar a la entidad demandada (fls. 65-66).

La parte accionada contestó dentro del término legal (fls. 77-79), y por Secretaría se corrió traslado de las excepciones propuestas por tres días (fl. 90), oportunidad dentro de la cual el demandante no hizo pronunciamiento alguno.

Finalmente, mediante auto de 13 de julio de 2016 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial (fl. 92).

3.1. AUDIENCIA INICIAL (fls. 97-101 y CD fl. 106)

La audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, tuvo lugar el día **20 de septiembre 2015**, en la cual se realizaron las etapas procesales pertinentes, resolviendo la *excepción de prescripción* propuesta por la entidad demandada, aclarando que solo procede hacer un análisis sobre la misma en el evento en que prosperen las pretensiones de la demanda, por lo que se señaló que se emitiría un pronunciamiento sobre su procedencia si analizado el fondo del asunto se llega a una sentencia estimatoria.

Así mismo, se concretó como objeto del proceso, determinar si: *¿el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación, con ocasión del fallecimiento de la señora LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ, en su condición de cónyuge sobreviviente?*

Posteriormente, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y en consecuencia, se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia pertinente.

3.2. AUDIENCIA DE PRUEBAS (fls. 111-116 y CD fl. 117; fls. 142-146 y CD fl. 147)

Se procedió en audiencia pública a realizar la audiencia de pruebas el **6 de octubre de 2016**, en la que se incorporaron y practicaron las pruebas testimoniales decretadas a solicitud de la parte actora, pues la entidad accionada no solicitó pruebas.

Así mismo, teniendo en cuenta que como prueba de oficio se ordenó requerir a la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el fin de que aportara copia de la totalidad del expediente administrativo contentivo de los antecedentes del reconocimiento de la sustitución de la pensión objeto del proceso, pues dicha documental no fue aportada con la contestación de la demanda, y ante el silencio de la accionada al respecto, se suspendió la diligencia con el fin de que el FOMAG nombrara un nuevo mandatario judicial (pues antes de la audiencia inicial la apoderada había renunciado) y allegara copia del expediente administrativo solicitado.

La diligencia de pruebas fue reanudada el **28 de noviembre de 2016**, en la cual se ordenó compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, en contra del Representante Legal o quien haga sus veces de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tal como lo establece el parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA, toda vez que pese a haber decretado el Tribunal el expediente administrativo como una prueba de oficio, en razón a que dicha entidad no lo aportó durante el término de la contestación de la demanda, hizo caso omiso a los diferentes requerimientos efectuados para tal fin.

Adicionalmente, se incorporaron de oficio los documentos aportados por la parte demandante con antelación a dicha diligencia, de conformidad con la facultad concedida al Magistrado en el artículo 213 del CPACA, advirtiéndose que con las manifestaciones del actor surgía la duda frente a quién se le ha reconocido la sustitución pensional reclamada en este proceso.

Finalmente, se ordenó que una vez se allegara la prueba documental faltante (expediente administrativo) o en todo caso, al vencimiento del término de 15 días para el recaudo probatorio, se tendría por cerrada la etapa de pruebas, por lo que por Secretaría se corrió traslado a las partes por 10 días para que rindieran alegatos de conclusión (fl. 148).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante (fls. 149-153)

El apoderado del actor, luego de reiterar los fundamentos fácticos expuestos en la demanda, indicó que la accionada niega la sustitución pensional con el argumento de que el demandante debió desde un principio efectuar la solicitud de reconocimiento y pago de dicha prestación; no obstante, indicó que de la documental aportada al plenario, se puede evidenciar que desde el momento del fallecimiento de la causante, el señor MALDONADO ÁLVAREZ presentó solicitud en los términos referidos.

Insiste en que la negación del reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación por parte de la entidad demandada, vulnera el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal (a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que consagra derecho que tiene el cónyuge para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Manifestó que los testimonios recaudados en el proceso, ratifican la convivencia del accionante con la señora LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ (q.e.p.d.) por más de 15 años de manera ininterrumpida, y sostuvo que pese a la disolución de la sociedad conyugal, estuvo pendiente de la causante durante su enfermedad.

4.2. La **parte demandada**, guardó silencio.

5. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad el Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite del proceso ordinario, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme fue planteado en la fijación del litigio, corresponde a esta Sala establecer si: *¿El demandante JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión post*

mortem, con ocasión del fallecimiento de la señora LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ, en su condición de cónyuge sobreviviente?

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.1. *El Magisterio y la pensión de jubilación post mortem*¹

A partir del 1º de abril de 1994, empezó a regir la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, conformado por el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y subsidio familiar².

Como objetivos de este sistema naciente de seguridad social integral, la ley en mención, señala entre otros, el de garantizar las prestaciones económicas y de salud a las personas que tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al mismo; la prestación de los servicios sociales complementarios; el cubrimiento de todas las contingencias que afectan la salud y en general las condiciones de vida de la población; la garantía de financiación del sistema con el incremento en el monto de las cotizaciones.

Su campo de aplicación, como lo informa el artículo 279, **no se extiende** a los miembros de las Fuerzas Militares, ni al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas; tampoco **a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y a los pensionados de la misma.

Sobre esta exclusión, se advierte que la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, la declaró exequible **“siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad”**, concluyendo en dicha providencia que a las excepciones en la aplicación de las normas generales, por virtud de normas especiales que gobiernan el caso concreto, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario ello 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.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Rad. No. 1749-2010. C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

² Esta reforma pretendió el establecimiento de un sistema competitivo dando participación al sector privado; lo que implica, que cada ciudadano pueda escoger voluntariamente la entidad que le prestará la atención médica o la que le manejará sus recursos pensionales.

Ahora bien, la Ley 91 de 1989³, expedida en virtud del proceso de implantación de la nacionalización de la educación -Ley 43 de 1975-⁴, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tal como lo informa su artículo 3º, es una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, para lo cual el Gobierno Nacional debe suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Aparece entonces, la Fiduciaria La Previsora S.A., como la entidad que administra, invierte y destina esos recursos a fin de cumplir los objetivos que el artículo 5º establece para el Fondo⁵, dentro de los que se encuentra, el pago oportuno de las **prestaciones sociales del personal docente**⁶.

La Ley 115 de 1994 o Ley General de la Educación en su artículo 115⁷, reiteró que el régimen prestacional de los educadores estatales es el previsto en la mencionada Ley 91 de 1989, al igual que en la Ley 60 de 1993 y en esta ley.

Es preciso advertir, que tal como lo ha determinado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, para los docentes en materia pensional no existe un régimen especial, sin embargo, **sí figuran legalmente como especiales, derechos prestacionales tales como la pensión gracia y la pensión post mortem**⁸.

Es así como el **Decreto 224 de 1972**⁹ que fue proferido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el

³ **Ley 91 de 29 de diciembre de 1989.** "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

⁴ El proceso de nacionalización tuvo ocurrencia entre el 1º de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980.

⁵ En igual sentido reza el artículo 2º en su numeral 5º y el artículo 4º de esta ley.

⁶ La liquidación de la prestación social y la emisión del acto administrativo que decide sobre su reconocimiento o negación es del resorte del Ministerio de Educación Nacional por intermedio de la Coordinación de Prestaciones Sociales del Magisterio en cada regional; la aprobación de la liquidación corre por cuenta de la Fiduciaria; y, el pago de la prestación reconocida corresponde al Fondo.

⁷ **Ley 115 de 1994. Artículo 115** "Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley. // **De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.** // En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

⁸ Instruye al respecto, entre otras, la sentencia de 29 de abril de 2010. Radicado 125909. Actor: Luis Alberto Hurtado Pedraza. Demandado: Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹ **Decreto 224 de 1972.** "Por el cual se señalan las asignaciones de los Rectores o Directores, Prefectos y Profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, al servicio del

artículo 2 de la Ley 14 de 1971¹⁰ y las atribuciones del artículo 120 del ordinal 12 de la anterior Carta Polítca, en el artículo 7º, consagró lo siguiente:

“Artículo 7º.- En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.” (Subraya la Sala).

Se advierte que no existe el límite temporal equivalente a 5 años para el disfrute de la pensión, que inicialmente impuso la disposición antes referida, pues tal restricción fue derogada, de manera tácita por la Ley 33 de 1973 que en su artículo 1º estipuló *“Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda **podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia** (...)”*.

Por su parte, la prohibición de contraer nuevas nupcias perdió vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, que al consagrar la pensión de sobrevivientes a través de la cual ampara la contingencia de la muerte, no hace mención a la pérdida del derecho por tal circunstancia. Al respecto, la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-309 de 1996, consideró que en virtud de los nuevos postulados constitucionales, el prohibir a la viuda, que está disfrutando del derecho pensional, contraer nuevas nupcias so pena de perder el derecho, *“es 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”*.

Así las cosas, es claro cómo la norma antes transcrita hace alusión al **derecho que le asiste a los beneficiarios del docente fallecido al reconocimiento de la pensión post mortem, aunque éste no haya cumplido con el requisito de la edad en el momento de su muerte para la obtención de la pensión de jubilación**, pues sólo basta para hacerse

Misterio de Educación Nacional y se establecen estímulos de diversa índole para los mismos funcionarios”.

¹⁰ **Ley 14 de 1971.** *“Por la cual se determinan las condiciones de ingreso y ascenso en el Escalafón Nacional de Enseñanza Primaria y Secundaria, y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República para reajustar asignaciones y fijar estímulos al profesorado dependiente del Ministerio de Educación Nacional”*.

acreedor a la misma, que el causante hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales **por lo menos 18 años continuos o discontinuos**. Tanto su cónyuge como sus hijos menores, tienen derecho a que la respectiva entidad de previsión, les pague esta pensión en el equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte, **sin límite temporal para el disfrute de la misma**.

A modo ilustrativo, se señala que con la expedición de la Ley 100 de 1993 -y permaneciendo vigente la aludida normativa especial-, se desarrolló dentro del Régimen General de Seguridad Social, una modalidad de previsión denominada **pensión de sobrevivientes**, contemplada en sus artículos 46 a 48, que **prevé la sustitución de la pensión en los familiares del causante, siempre que este haya fallecido sin haber adquirido el status pensional, pero, habiendo cotizado mínimo por 26 semanas**.

En ese contexto, aunque la pensión *post mortem* y la de sobrevivientes comparten la misma naturaleza y previsión, existe diferencia manifiesta entre ellas que se evidencia en que para tener derecho a la primera, el Decreto 224 de 1972 determina como requisito la prestación del servicio por parte del docente por más de 18 años, y para acceder a la segunda, la Ley 100 de 1993 exige tan sólo 26 semanas de cotización¹¹.

2.2. De la sustitución pensional

Dentro de un sistema integral de protección del derecho a la seguridad social, en pensión, la inclusión del riesgo por muerte se configura en uno de sus pilares fundamentales, cuyo objeto no es otro que el de amparar a los beneficiarios de un afiliado o pensionado, de tal forma que la ocurrencia de su muerte no implique, además, la pérdida de los recursos con los que su grupo familiar se sostenía en condiciones dignas.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 3 de marzo de 2011, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, manifestó¹²:

*“La Jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. **Este derecho es una***

¹¹ Ilustran al respecto la Sentencia de 29 de abril de 2010. Radicado: 1259-09. Actor: Luis Alberto Hurtado Pedraza. Demandado: Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 11 de agosto de 2011. Radicado: 1510-07. Actor: Eduardo Osorio Segura. Demandado: Ministerio de Educación Nacional. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹² Radicado interno No. 5470-05, Actora: Ana Judith Hernández De Rincón.

protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación”.

La Corte Constitucional, por su parte, desde sus inicios ha sostenido que la finalidad de la sustitución pensional es:

“(...) evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido”¹³.

Visto lo anterior, se puede concluir que el fenómeno jurídico de la sustitución pensional es el derecho que tienen una o varias personas para ser beneficiarios de la prestación social de que era acreedora otra persona que ya falleció. No se trata en consecuencia, del reconocimiento de un derecho pensional, sino de la **legitimación que se debe acreditar para reemplazar a quien venía percibiéndolo**, es decir, el derecho que ha estado radicado en el trabajador como titular de la pensión, pasa por el hecho de su muerte a sus causahabientes¹⁴.

En ese contexto, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado¹⁵ ha considerado acerca de la sustitución pensional lo siguiente:

"Dentro de un sistema integral de protección del derecho a la seguridad social, en pensión, la inclusión del riesgo por muerte se configura en uno de sus pilares fundamentales; cuyo objeto no es otro que el de amparar a los beneficiarios de un afiliado o pensionado, de tal forma que, la ocurrencia de su muerte no implique, además, la pérdida de los recursos con los que su grupo familiar se sostenía en condiciones dignas.

De acuerdo con la línea jurisprudencial reseñada, la Sala destaca el carácter prestacional-asistencial propio de la seguridad social, **su condición de derecho fundamental, inalienable, imprescriptible e irrenunciable**, dirigida a proteger al grupo familiar del (la) pensionado (a) fallecido (a) ante el posible desamparo económico por la muerte de quien en vida sufragó y asumió lo básico para la subsistencia.

¹³ T-193 de 1993, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, ver las Sentencias T-424 de 2004, M.P. Doctor Álvaro Tafur Galvis; T-606 de 2005, M.P. Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra; C-111 de 2006, M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil; y, T-404 de 2007, M.P. Doctor Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 3 de marzo de 2011, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicado interno No. 5470-05, Actora: Ana Judith Hernández De Rincón.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Radicación número: 08001-23-31-000-2009-01063 01(2586- 11).

3. CASO CONCRETO

De conformidad con el material probatorio que obra en el plenario, el cual fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

- Que la señora LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ (q.e.p.d.), nació el 5 de febrero de 1952 (fl. 19) y falleció el 16 de noviembre de 1998 con 46 años de edad (fl. 21).
- Que el demandante JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ contrajo matrimonio con la causante el 13 de junio de 1978 (fl. 24).
- Que en actas de Declaración Extra proceso Nos. 1530 y 1531 de fecha 18 de octubre de 2013, rendidas ante la Notaría Tercera de Sogamoso, los señores Jairo Artunduaga Ramírez y José Efraín Medina Bernal manifestaron bajo la gravedad de juramento que **i)** conocen a José Luis Maldonado Álvarez desde hace 37 años aproximadamente, **ii)** dan fe del matrimonio celebrado entre éste y la señora Lucía Rita Vergara Díaz (q.e.p.d.), unión de la cual procrearon 3 hijos (Diego Ricardo -fl. 26-, Diana Ivonne -fl. 25- y José Luis Maldonado Vergara) y **iii)** que el señor Maldonado Álvarez no recibe salario alguno, ni pensión por parte del Estado, ni de ninguna entidad privada y que dependía económicamente de su difunta esposa Lucía Rita (fls. 27-30).
- Que a través de la **Resolución No. 00593 de 11 de mayo de 2000**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión *Post – Mortem* por más de 20 años de servicio a la docente nacionalizada Lucía Rita Vergara Díaz (q.e.p.d.), efectiva a partir del 17 de noviembre de 1998 y sustituyó y pagó dicha pensión a sus 3 hijos (fls. 31-33).
- Que mediante **Resolución No. 001718 de 7 de abril de 2011**, el FOMAG negó el reconocimiento y pago del ajuste a la sustitución de la pensión solicitado por el demandante, en los siguientes términos (fls. 34-36):

“(…)

Que la Fiduciaria “La Previsora” S.A. devuelve con “HOJA DE REVISIÓN” con identificador 978047. **NEGANDA** (sic), por cuanto:

(…)

OBSERVACIONES

LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL SE ESTÁ PAGANDO AL HIJO MAYOR

ESTUDIANTE (QUIEN SEGÚN INFORMACIÓN REGISTRADA EN ÁREA DE PAGOS ENTID (SIC.) FIDUCIARIA (SIC) ESTÁ ACREDITANDO ESCOLARIDAD UNIVERS EXTERNADO COLOMBI (SIC.)),- ES DE ACLARAR QUE EL CÓNYUGE BENEFICIARIO NO SE HIZO PARTE AL MOMENTO DE SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LA SPJU; EN RAZÓN A ELLO NO PROCEDE RECONOCER EL DERECHO EN ESTE CASO AL PERDERSE EL DERECHO (SIC.) DEL BENEFICIARIO ACTUAL SE EXTINGUE EL DERECHO.- **POR LO ANTERIOR, NO PROCEDE EL TRÁMITE DE ESTA PRESTACIÓN A FAVOR DEL SEÑOR MALDONADO ÁLVAREZ. LA SECRETARÍA DEBE PROCEDER A EXPEDIR EL ACTO ADTIVO NEGANDO LA PRESTACIÓN.-**" (Negrita y subraya del texto).

- Que por medio de la **Resolución No. 002652 de 23 de mayo de 2011**, el FOMAG resolvió un recurso de reposición interpuesto por el actor contra la Resolución No. 001718 de 2011, confirmándola en todas sus partes bajo los siguientes argumentos (fls. 37-39):

"(...)
Que la Fiduciaria "La Previsora" S.A. una vez realizó el estudio, Niega el visto bueno para el reconocimiento de la prestación, argumentando que:
"EL SOLICITANTE NO ES BENEFICIARIO DE ESTA PRESTACIÓN LA PENSIÓN POST-MORTEN 20 AÑOS EXCLUYE CUALQUIER OTRA CLASE DE PENSIÓN.
OBSERVACIONES
SE REITERAN NEGACIONES ANTERIORES NO PROCEDE RECONOCER EL D JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ, EN EXPED ANEXO A FOLIO 4 SE ALLEGÓ DECLARACIÓN TERCERO 2010/11/18 DECLARA EL SOLICITANTE MANIFESTÓ QUE SOLICITARÍA LA SUSTITUCIÓN PPOST (SIC.) 20 AÑOS CUANDO SU HIJO MENOR JOSÉ LUIS MALDONADA (SIC.) VERGARA TERMINARA SU CARRERA UNIVERSITARIA, LO CUAL NO ES VIABLE JURÍDICAMENTE, ESTA PRESTACIÓN ES UNA PENSIÓN ESPECIAL QUE SE RECONOCE A QUIENS (SIC) ASISTE EL DERECHO A ACCEDER A ESTA PRESTACIÓN AL MOMENTO DE SOLICITAR LA PP20 (SIC.) NO SE HIZO PARTE NO DEMOSTRÓ CONVIVENCIA CON LA DOCENTE FALLECIDA Y POR ELLO NO PUEDE DARSE A FUTURO EL DERECHO QUE ACREDITAR AL RECONOCIMIENTO EN EL AÑO 2000???. 2.- POR ELLO NO PROCEDE EL DERECHO AL MOMENTO DE CUMPLIR 25 AÑOS EL HIJO MYR (SIC.) BENEFICIARIO ESTUDIANTE Y CULMINAR ESTUDIOS UNIVERSITARIOS CESA EL DERECHO POR LEY EXTINGUE Y NO ES VIABLE. (...)
LA SRIA DEBE EXPEDIR EL AA NEGANDO" (Negrita y subraya del texto).

- Que a través de la **Resolución No. 004626 de 12 de agosto de 2013**, el FOMAG negó la sustitución de la pensión de jubilación solicitada por el actor, por las razones que se relacionan a continuación (fls. 40-41):

"(...)
Que el señor JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.521.678 de Sogamoso-Boyacá, no se presentó como beneficiario al momento de la solicitud de la sustitución pensional que fue reconocida mediante RESOLUCIÓN No.

593 de fecha 11 de mayo de 2000 a los cuales se le reconoció el derecho a los hijos DIEGO RICARDO MALDONADO VERGARA; DIANA IVONNE MALDONADO VERGARA Y JOSÉ LUIS MALDONADO VERGARA que por tener la mayoría de edad fueron retirados de nómina.

Que la Fiduciaria "La Previsora" S.A., una vez estudiada la petición a la luz de la Constitución y de la Ley, remite el expediente administrativo con el proyecto de Acto Administrativo de la docente LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ (Q.E.P.D.) quien se identificaba con C.C. No. 23.547.910 de Duitama (Boyacá) a la Secretaría de Educación de Boyacá, NEGADA, por lo siguiente:

"(...) SE INFORMA A LA S.E. QUE EL PAGO DE LA PENSIÓN POST-MORTEM 20 AÑOS SE RETIRÓ EL DÍA 01 DE SEPTIEMBRE DE 2011 A RAZÓN DEL CUMPLEAÑOS 25 DEL HIJO BENEFICIARIO.

***** EL CÓNYUGE BENEFICIARIO NO SE HIZO PARTE AL MOMENTO DEL RECONOCIMIENTO DE DICHA PENSIÓN, EN RAZÓN A ELLO NO PROCEDE LA INCLUSIÓN COMO BENEFICIARIO DEL CÓNYUGE.**

**** EL DERECHO DEL ÚNICO BENEFICIARIO SE ENCUENTRA EXTINGUIDO IGUAL SUERTE CORRE EL DERECHO A LA PENSIÓN POST-MORTEM".**
(Negrita y subraya del texto).

- Que por medio de la **Resolución No. 000317 de 3 de febrero de 2014**, la entidad accionada resolvió un recurso de reposición interpuesto por el demandante contra la Resolución No. 004626 de 2013, confirmándola en su totalidad en los siguientes términos (fls. 43-44):

"(...)
Que la Fiduciaria "La Previsora" S.A., una vez realizó el estudio, niega el visto bueno para el reconocimiento de la prestación, mediante identificador 1194686, argumentando que : **"NO PROCEDE EL AJUSTE DE LA PRESTACIÓN.**

OBSERVACIONES

SE RATIFICA LAS NEGACIONES Y OBSERVACIONES ANTERIORES RELACIONADAS CON EL TRÁMITE INTERPUESTO POR EL SOLICITANTE ES DE ACLARAR NUEVAMENTE QUE EL DERECHO A ESTA PRESTACIÓN LE FUE RECONOCIDO EN SU MOMENTO AL ÚNICO BENEFICIARIO FORZOSO QUE SE PRESENTÓ A RECLAMAR LAS PRESTACIONES SOCIALES DE LA EDUCADORA EN CALIDAD DE HIJO MAYOR ESTUDIANTE EL CUAL LE FUE PAGADA LA CORRESPONDIENTE MESADA PENSIONAL HASTA LOS 25 AÑOS QUE DEMOSTRÓ ESCOLARIDAD; ASÍ MISMO AL SER SUSPENDIDO LOS EFECTOS DE LA PENSIÓN POST MORTEN VEINTE, EL DERECHO SE EXTINGUE; A SU VEZ TENIENDO EN CUENTA QUE EL SOLICITANTE NO ACREDITÓ LAS CONDICIONES O REQUISITOS DE LEY NO FUE RECONOCIDO DICHO DERECHO POR LO ANTERIOR SE CONFIRMA EN TODAS SUS PARTES LA NEGACIÓN DEL RECURSO."
(Negrita del texto).

De lo anterior, es claro que al caso concreto le es aplicable la norma

especial para el reconocimiento de la sustitución de la pensión post-mortem, esto es, el Decreto 224 de 1972, pues en virtud de lo establecido en su artículo 7º, quien pretenda solicitar de forma vitalicia el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de la persona que laboraba como docente, debe demostrar su calidad de cónyuge o hijo menor y que el docente laboró por un periodo de 18 años continuos o discontinuos al servicio de la educación oficial.

En ese sentido, a pesar de que el Decreto referido contiene unos requisitos más rigurosos que los contemplados en la Ley 100 de 1993 (en cuanto al tiempo de servicios), en el presente asunto se cumplen los mismos bajo las siguientes precisiones:

i) La causante LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ, laboró como docente en el Instituto Nacionalizado "Joaquín González Camargo" del Municipio de Sogamoso (fl. 31), **por más de veinte años**, hecho manifestado por el accionante en el líbello inicial (hecho 2.8 - fl. 3) y aceptado por la entidad accionada en su escrito de contestación de la demanda (fl. 77).

La docente falleció el 16 de noviembre de 1998, **a la edad de 46 años**.

ii) El demandante JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ y la señora Lucía Rita Vergara Díaz (q.e.p.d.), **contrajeron matrimonio el 13 de junio de 1978, liquidaron la sociedad conyugal el 2 de septiembre de 1988 y se separaron de cuerpos en el año de 1993** (esto último, según manifestación del propio accionante -fl. 3-).

Entonces, si bien el demandante demostró plenamente uno de los requisitos para la sustitución de la pensión post mortem, esto es, que la docente al momento de su fallecimiento haya laborado por lo menos 18 años, en este caso, más de 20, frente al segundo requisito observa la Sala que pese a haber existido un vínculo matrimonial desde el 13 de junio de 1978, el actor y la causante liquidaron la sociedad conyugal y posteriormente se separaron de cuerpos.

Al respecto, y a efectos de determinar si bajo dichas condiciones el actor ostenta la calidad de cónyuge, como el último requisito a acreditar para ser beneficiario de la sustitución de la pensión post-mortem, se destaca el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 15 de septiembre de 2016, Rad. Interno No. 1076-15, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en los siguientes términos:

(...) está probado que durante los últimos 5 años anteriores al deceso del señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) no existió una convivencia simultánea que le permita a la señora Carlina Sierra Isaza de Zapata el reconocimiento

de la pensión de sobreviviente (...) pues si bien se logró demostrar que existieron algunas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales u ocasionales que se presentaron después de la separación, tal es el caso de las visitas constantes que éste realizaba a su hija Carmen Lucrecia Zapata Sierra en casa de quien fuera su esposa, de modo alguno indica que se haya tratado de una relación de convivencia, caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia.

Ahora bien, no se puede desconocer que el inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 brindó la oportunidad a la cónyuge superviviente de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a pesar de que el pensionado hubiese tenido una compañera permanente durante los últimos cinco años, la cual se divide proporcionalmente al tiempo de convivencia con el fallecido, pero solo cuando se ha mantenido la sociedad conyugal vigente.

Lo anterior, por cuanto la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente, dado que los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos.

(...)

En el presente caso, se evidencia que además de que la señora María Carlina Sierra de Zapata liquidó la sociedad conyugal con el señor Gilberto Zapata Isaza (q.e.p.d.) en el año de 1989, (...) se puede afirmar, que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto los efectos patrimoniales cesaron una vez se liquidó la sociedad conyugal.

Así pues, **el hecho de que las personas que conforman un matrimonio se separen de hecho y además liquiden su sociedad conyugal, a pesar de que no terminen los demás efectos civiles del matrimonio católico como lo es el estado civil de la persona, son causales suficientes para perder aquél derecho (...) al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes** (...) por cuanto, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial que alguna vez conformaron.

No obstante, el cónyuge superviviente sí puede tener derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado, o en su defecto, que pruebe que la sociedad conyugal que conformó producto del matrimonio, no ha perdido los efectos patrimoniales.

Es que si bien no se puede dejar en un estado de desprotección a quien contribuyó en la formación de aquellos aportes necesarios para el reconocimiento pensional, aunque sea de manera indirecta dada la conformación de la sociedad conyugal como ocurrió en el sub lite, pues la señora María Carlina Sierra de Zapata fue la encargada de cuidar de sus ocho hijos mientras su esposo proveía todas las necesidades económicas del hogar, resulta que **aquella expectativa de tener la pensión de sobrevivientes se quebranta una vez existe una separación de hecho y se liquida dicha sociedad, específicamente, porque al momento en que ello ocurre, se consolida con respecto a ambos cónyuges el activo social que será la base para el inventario en el proceso de liquidación.** En ese instante

los cónyuges se vuelven titulares de derechos de contenido económico, y por consiguiente, cesa el derecho de usufructo que tiene la sociedad sobre los bienes y/o perspectivas de cualquier haber entre cónyuges.

(...)” (Destaca el Tribunal).

Conforme a la jurisprudencia antes transcrita, y aunque en esa oportunidad el caso se estudió a la luz del régimen general de pensión de sobrevivientes (Ley 100 de 1993), es claro que éste al igual que el régimen especial (Decreto 224 de 1972), señalan como requisito **acreditar la condición de cónyuge** para ser beneficiario de la sustitución pensional, la cual no se demostró en el presente caso, pues tal como se señaló en la sentencia mencionada, si bien es cierto que el accionante contrajo matrimonio con la causante, también lo es que **liquidaron la sociedad conyugal y se separaron de cuerpos**; lo primero, trayendo como consecuencia que los haberes de la docente pensionada dejaran de ser parte de la masa patrimonial que alguna vez conformaron; y lo segundo, implicando un rompimiento en la relación de convivencia, caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia.

En ese contexto y de igual manera, los testimonios recaudados en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 6 de octubre de 2016 dentro del proceso de la referencia (fls. 111-116 y CD fl. 117) y que fueron solicitados por la parte accionante, dan cuenta que desde la separación de cuerpos del accionante con la causante hasta el deceso de ésta última, esto es, desde el año de 1993 al 16 de noviembre de 1998 (por más de cinco años), no mantuvieron una relación de convivencia que caracteriza al vínculo matrimonial, así:

▪ JORGE EFRAÍN MEDINA BERNAL (Min. 00:30:15)

*“(...) Nosotros nos conocimos con José Luis a través, como empleados de la Caja Agraria, hace unos 36, 37 años, conocí a su señora, sus hijos, yo fui varias veces a la casa de él, él a la mía, compartíamos todo el tiempo por intermedio del trabajo y nuestra amistad; ella trabaja en el Magisterio y él en la Caja Agraria, pues ya durante mucho tiempo yo estuve muy cerca de esa familia. **PREGUNTADO:** ¿Él trabajó en la Caja Agraria en qué lugares? **CONTESTÓ:** Que sepa yo en Sogamoso, Aquitania, Pesca (...) él trabajó en varios sitios (...) él se retiró de la Caja pero seguimos nuestra amistad, la señora de él cobraba su nómina en la Caja Agraria entonces yo me veía mensualmente con ella, yo le colaboraba para que le pagaran su salario, por ser conocida mía. Ya después ya con el tiempo supe que ya pues problemas de genio, no sé, ya se separaron (...) hasta que supe yo de la muerte de ella a la cual no pude asistir (...) José Luis venía seguido y yo sabía que él le colaboraba en lo que podía a sus hijos.” **PREGUNTADO:** Concrétele al Despacho de la manera más precisa posible, si usted sabe ¿cuál*

fue la relación que ellos tuvieron entre el año de 1993 a noviembre de 1998? **CONTESTÓ:** La relación era pues ya separados, de amistad, que él venía a visitar a los hijos y a verla a ella pues ya estaban separados, pero él siempre respondió por sus hijos en la medida que él podía tener, porque él económicamente que supe él estuvo con unos negocitos (sic) que eso apenas le daba para sobrevivir (...) ella creo que se murió fue de cáncer, porque ya a lo último cuando iba yo la veía muy demacrada (...) ya la dejé de ver no sé si salió pensionada por salud o la incapacitaron (...) ellos se separaron y que yo sepa él venía periódicamente a ver los muchachos y a ella a saludarla y a traerle alguna plata que estaba a su alcance (...) **PREGUNTADO MINISTERIO PÚBLICO:** ¿A pesar de haberse separado durante estos años 93 al 98, considera usted que además de esa relación de ayuda económica que refiere, entre el demandante y la docente Lucía Rita existía una relación afectiva? **CONTESTÓ:** Que sepa pues de amistad, de cariño que habría todavía, pero de convivencia no estoy enterado. **PREGUNTADO:** ¿Dígale al Despacho si usted sabe o le consta cuánto fue el término de duración de esa enfermedad de cáncer que padeció Doña Lucía Rita antes de su muerte? **CONTESTÓ:** Por ahí unos 6, 7 años (...) **PREGUNTADO:** ¿Sabe usted o le consta quién asistió a la Doña Lucía Rita Vergara Díaz durante los últimos años de su vida y de su enfermedad? **CONTESTÓ:** Pues realmente ahí supongo que la mamá, el papá, los hermanos, y pues su EPS (...) y pues la visitas que haría José Luis para verla, porque ya la separación de uno pues él llegará a visitarla y todo pero uno está ya con la mamá, el papá, los hermanos y su EPS." (Subraya la Sala).

- MESÍAS DE JESÚS FRACICA FRACICA (Min. 00:56:27)
"(...) Fuimos compañeros de trabajo con José Luis, de la Caja, trabajaba en Sogamoso, de ahí entonces lo conozco yo a él y conozco la familia, la señora que convivieron, los hijos (...) yo los conocí como una pareja normal, sus hijos compartían, siempre los vi bien, José Luis permanente, pendiente tanto de la señora como de sus hijos (...) como teníamos la amistad con él me comentó que como en el 90 no estaban viviendo bien, creo que se separaron o algo (...) como ella trabajaba como docente del Integrado, ella siguió viviendo allí en Sogamoso y él me parece se fue para, antes estuvo trabajando en Chinavita y Garagoa (...) él estaba pendiente de los chicos que estaban estudiando porque ya los veíamos muy de vez en cuando." (Subraya del Tribunal).

Así mismo, se observa que en la Resolución No. 00593 de 11 de mayo de 2000 (fl. 31), por medio de la cual el FOMAG le reconoció la pensión post-mortem a la causante y sustituyó y pagó la misma a sus tres hijos, se relacionó como documento aportado a la solicitud, una declaración extraproceso rendida por la señora Lucía Rita Vergara Díaz (q.e.p.d.) antes de su fallecimiento, ante la Notaría Tercera del Circuito de

Sogamoso, en la cual manifestó que "(...) en fecha 02 de septiembre de 1988, según escritura de separación de bienes N° 2553 corrida en la Notaría Segunda del Círculo de Sogamoso tramitó separación de bienes¹⁶. Además declara como únicos beneficiarios que tienen derecho sobre sus prestaciones sociales como empleada del Magisterio, a sus tres hijos DIEGO RICARDO, DIANA IVONNE Y JOSÉ LUIS MALDONADO VERGARA."

Y finalmente, la Sala advierte que en Declaración extraproceso rendida por el actor el 26 de junio de 1999 ante la Notaría Segunda del Círculo de Duitama (fl. 140), esto es, 7 meses después del fallecimiento de la docente Lucía Rita Vergara Díaz, documental que fue decretada como prueba a solicitud de la parte demandante, el señor JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ manifestó que:

"(...) contraí matrimonio católico con LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 23.547.910 de Duitama, en la parroquia de Tota Boyacá, el día 13 de junio de 1978, de este matrimonio quedaron tres hijos de nombres DIEGO RICARDO, DIANA IVONNE Y JOSÉ LUIS MALDONADO VERGARA.

Con fecha dos de septiembre de 1988, mediante escritura pública me separé de bienes de mi esposa LUCÍA RITA VERGARA DÍAZ. Desde hacía cinco años que ella era quien respondía moral y económicamente por nuestros hijos.

Declaro que por información de mis tres hijos se quien responde actualmente moral y económicamente por ellos es una Tía Nombre MARÍA OLIVA VERGARA DÍAZ, ella responde por ellos desde el momento del fallecimiento de mi esposa hasta la fecha.

Declaro además que esta declaración la hago con el fin de agilizar el trámite del pago de Cesantías y Pensión de Jubilación a que tienen derecho mis tres hijos por la muerte de su Madre. Por cuanto en este momento no me encuentro en condiciones económicas para colaborarles." (Subraya fuera del texto original).

Por tanto, no queda duda que al haber liquidado el demandante la sociedad conyugal con la causante en el año de 1988, cesaron los efectos patrimoniales de ésta, sin que se acreditara en el plenario que posterior a la separación de cuerpos, esto es del año de 1993, haya existido entre ellos una convivencia real y efectiva, por lo que el actor no formó parte del núcleo familiar de la señora Lucía Rita Vergara Díaz (q.e.p.d.), es decir, no continuó entre éste y la docente la vocación de permanencia, afecto, solidaridad y socorro mutuo que caracteriza a la familia conforme al artículo 42 de la Constitución Política.

¹⁶ Manifestación que coincide con lo expuesto por el accionante en la demanda (fl. 3).

En consecuencia, encuentra la Sala que no le asiste al accionante derecho a la sustitución de la pensión post-mortem, con ocasión del fallecimiento de la docente Lucía Rita Vergara Díaz, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

4. CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo preceptuado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, así como el criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, que a pesar de ser objetivo se le califica de "valorativo"¹⁷, la Sala condenará en costas a la **parte accionante** en razón a que fue vencida en el proceso y aparece probada la actividad procesal de la parte demandada, aunque única y exclusivamente para la contestación de la demanda.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho el equivalente al **1% de las pretensiones de la demanda**. La liquidación de las costas la adelantará la Secretaría de esta Corporación, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **parte demandante**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Por Secretaría, procédase a la liquidación correspondiente.

TERCERO: FIJAR como agencias en derecho el monto equivalente al **1% de las pretensiones de la demanda**, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según lo expuesto en precedencia.

¹⁷ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

CUARTO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias de rigor.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

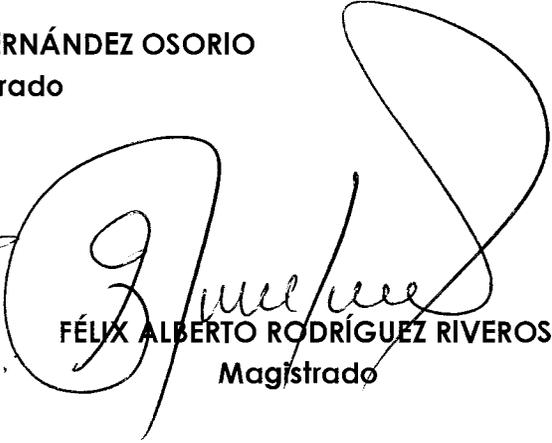
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

46



HOJA DE FIRMAS

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150012333000-2015-00198-00
Demandante: JOSÉ LUIS MALDONADO ÁLVAREZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO