



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017)

SE 019

Radicado: 520012331000201100612 01

Número interno: 2244-2015

Actor: Manuel Antonio Aucú Díaz

Demandado: Departamento de Nariño, Secretaría de Hacienda
Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Decreto 01 de 1984

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de enero de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión del sistema escritural, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, el señor Manuel Antonio Aucú Díaz, quien actúa por intermedio de su curadora María Inés Aucú Urresta, demandó al Departamento de Nariño, Secretaría de Hacienda (ff.1-11).

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 264 de 2 de junio de 2010 y 475 de 10 de septiembre de 2010 proferidas por la entidad demandada, mediante las cuales se denegó el reconocimiento y pago de una sustitución pensional a su favor.
2. A título de restablecimiento del derecho, suplicó se condene al Departamento de Nariño, Secretaría de Hacienda, a reconocer y pagar a su favor la sustitución pensional en calidad de hermano inválido de la pensionada fallecida María Inés Aucú Díaz, prestación que deprecó con retroactividad al 8 de agosto de 2005 con la respectiva indexación.
3. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El Departamento de Nariño, Fondo Prestacional del Magisterio, le reconoció a la señora María del Rosario Ahucú¹ Díaz la pensión de jubilación mediante Resolución 0572 del 19 de octubre de 1990, prestación de la que disfrutó hasta la fecha de su muerte el 8 de agosto de 2005.
2. El señor Manuel Antonio Aucú Díaz, que se encuentra en condición de invalidez desde el 22 de octubre de 1962, dependía económicamente de su hermana María del Rosario Ahucú Díaz, quien falleció soltera, sin hijos ni ascendientes.

¹ En el folio 28 del cuaderno principal obra el registro civil de nacimiento de la señora María del Rosario Ahucú Díaz, en el que se advierte que su primer apellido lleva una «h» intermedia, a diferencia del demandante Manuel Antonio Aucú Díaz y sin perjuicio de su filiación en calidad de hermanos, que se acredita en los folios 28 y 161 del mismo cuaderno.

3. Mediante Resolución 264 del 2 de junio de 2010, la Gobernación de Nariño negó la solicitud de reconocimiento y pago de sustitución pensional elevada por el señor Manuel Antonio Aucú Díaz a través de su curadora María Inés Aucú Urresta. Con tal fin, adujo que el hoy demandante, al contraer matrimonio y procrear tres hijas, conformó un núcleo familiar independiente con base en el cual presumió la independencia económica respecto de su hermana María del Rosario Ahucú Díaz.
4. Inconforme con la decisión, el señor Manuel Antonio Aucú Díaz interpuso recurso de reposición que sería resuelto desfavorablemente por medio de la Resolución 475 del 10 de septiembre de 2010.
5. Para controvertir los argumentos del Departamento de Nariño, Secretaría de Hacienda, el demandante sostuvo que contrajo matrimonio en estado de sanidad física y mental pero, al desarrollar la enfermedad, su cónyuge, hoy muerta, lo abandonó junto con sus tres hijas. Explicó que llegadas a una edad adulta, estas últimas no pudieron proveer el sustento de su padre por baja escolaridad y desempleo, incluso una de ellas también se encuentra en condición de invalidez. Adujo que por tales razones, su hermana María del Rosario Ahucú asumió su protección económica y moral hasta la fecha en que falleció.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

1. En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 13, 25, 29, 46, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política. De igual manera, se consideraron vulneradas las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 71 de 1988, 60 de 1993, 115 de 1994 y 91 de 1989; los Decretos 690 de 1974, 1160 de 1989 y el artículo 2530 del Código Civil, modificado por el artículo 68 del Decreto 2820 de 1974.
2. Aludió a lo señalado por la jurisprudencia constitucional respecto de la sustitución pensional, para indicar que sin duda alguna hay lugar al reconocimiento de este derecho a favor del demandante por ser una

persona mayor de 80 años, con incapacidad para laborar desde 1962 y dependencia económica demostrada.

3. Explicó que la posición reiterada de la jurisprudencia ha sido reconocer el derecho a la sustitución pensional conforme a lo previsto en las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975 a hermanos inválidos por enfermedad y/o inválidos por pertenecer a la tercera edad, que hayan dependido económicamente del jubilado.
4. Indicó que tanto la Ley 71 de 1988 como la Ley 100 de 1993 otorgaron a los hermanos inválidos la vocación de beneficiarios de la pensión a falta de cónyuge supérstite, compañero(a) permanente, hijos menores o inválidos y padres.
5. Citó una sentencia de esta corporación para sostener que sobrepasar la edad de 65 años es condición suficiente para demostrar la invalidez y afirmó que no obstante lo anterior, en su caso también se acredita clínicamente el estado de invalidez física y síquica en que se encuentra. De igual manera, concluyó con apoyo en dicha sentencia que el surgimiento del derecho a la sustitución pensional a favor de un hermano mayor de 65 años, requiere probar la dependencia económica al momento de fallecimiento del causante. Agregó que se trata de un derecho de rango constitucional que merece una especial protección para la población de la tercera edad y que su propósito es evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias de su actividad laboral queden en desamparo por el hecho de su muerte.
6. Afirmó que su caso se podía equiparar e incluso era más grave al resuelto en una sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño que accedió a las pretensiones de la demanda.
7. Finalmente señaló que no había lugar a la prescripción de las mesadas pensionales pues el Consejo de Estado, en una aplicación analógica del artículo 2530 del Código Civil, modificado por el artículo 68 del Decreto 2820 de 1974, ha señalado que la prescripción ordinaria se suspende a favor de las personas declaradas interdictas que tienen curaduría.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de Nariño, Secretaría de Hacienda, mediante apoderado, presentó de manera oportuna escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones (ff. 72-78).

Expuso que la Resolución 264 del 2 de junio de 2010 expedida por el Secretario de Hacienda del Departamento denegó el reconocimiento pensional a favor del demandante al encontrar que este tuvo un vínculo matrimonial, lo que supone la conformación de una sociedad conyugal, y que de esa unión nacieron tres hijas. Además porque a la muerte de la señora María del Rosario Ahucú Díaz se presentaron a reclamar las mesadas adeudadas varios de sus hermanos, entre ellos el hoy demandante, sin que en dicha oportunidad se hubiera puesto de presente su condición de inválido.

Señaló que el hecho de que solo cinco años después del fallecimiento se radicara la solicitud de reconocimiento pensional es indicativo de que el señor Manuel Antonio Aucú Díaz no dependía económicamente de su hermana, pues de lo contrario habría acudido inmediatamente o en un término prudencial.

Adujo que según certificado expedido por la EPS de afiliación de la finada, esta no tenía beneficiarios incluidos en su contrato como pensionada, lo que demuestra igualmente la ausencia de dependencia económica.

Sostuvo que la declaración extrajuicio que en vida realizó la señora María del Rosario Ahucú Díaz, en la que indicó que vivía con su hermano Manuel Antonio Aucú Díaz, no goza de credibilidad puesto que en el expediente que reposa en la Gobernación de Nariño existen numerosos documentos en los que consta que el lugar de residencia del último era el municipio de Sapuyes, mientras que aquella vivía en la ciudad de Pasto. Explicó que por esa razón la sentencia que declaró interdicto al señor Manuel Antonio Aucú Díaz habría sido proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Túquerres y que, revisado el registro único de afiliados a la Protección Social RUAF, se constató que entre los años 2003 y 2008, el hoy demandante estuvo

vinculado al programa de «asistencia social, solidaridad pensional», donde se le otorgaba un beneficio económico en el municipio de Sapuyes.

Posteriormente esgrimió algunos argumentos jurídicos relativos a la pensión de invalidez, citó varios pronunciamientos jurisprudenciales y, por último, propuso como excepción la prescripción de las mesadas pensionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de realizar un breve recuento de los antecedentes del caso, concluyó que el demandante no acreditó la dependencia económica respecto del causante y, por lo tanto, se hace imposible acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Argumentó que las declaraciones extrajudiciales que se aportaron con la demanda no pueden ser tenidas en cuenta ya que no fueron sometidas al principio de contradicción ni al de inmediación (ff. 122-126).

SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 16 de enero de 2015 (ff. 133-146), el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión del sistema escritural, denegó las pretensiones de la demanda.

Aludió a la naturaleza del derecho a la pensión de sobrevivientes y citó algunos pronunciamientos judiciales con el fin de explicar que el caso de marras debía reglarse por lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Precisó que no existe prueba idónea que acredite el parentesco del demandante con la causante, condición que solo puede demostrarse con los registros civiles de nacimiento del actor y de quien se reclama la pensión, sin embargo el primero de ellos no fue aportado al expediente.

Además, observó que tampoco hubo una prueba encaminada a demostrar la dependencia económica del demandante respecto de quien causaría la pensión, circunstancia que se hace más clara para el *a quo* si se tiene en cuenta que aquel constituyó una familia propia conformada por una cónyuge, hoy difunta, y tres hijas.

Con base en ello, estimó que no se había logrado desvirtuar la legalidad de los actos administrativos acusados y declaró no prósperas las pretensiones de la demanda.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (ff. 154-160), el que fundamentó en lo siguiente:

Afirmó que la partida de matrimonio del señor Manuel Antonio Aucú Díaz y el registro civil de nacimiento de la causante demuestran la relación de parentesco que los une; de igual forma indicó que está acreditado que contrajo matrimonio el 26 de abril de 1960, que su estado de invalidez se estructuró el 22 de octubre de 1992 y que su viudez se configuró el 8 de noviembre de 1985.

Adujo que la dependencia económica respecto de su difunta hermana está probada con las declaraciones extrajuicio allegadas al expediente puesto que no fueron tachadas de falsas por la contraparte.

Señaló que es cierto que el señor Manuel Antonio Aucú Díaz conformó una familia, sin embargo tuvo que depender de su hermana ya que sus hijas no se encontraban en capacidad de ofrecerle protección alguna.

Consideró que en el evento de respaldar la posición del *a quo* en torno a las falencias probatorias, es deber del juez de segunda instancia ordenar de oficio que se allegue el registro civil de nacimiento faltante y que se ratifiquen las declaraciones extrajuicio aportadas al expediente. Señaló que el cumplimiento de este deber se intensificaba al ser el demandante una persona de la tercera edad con una invalidez síquica. Para tales efectos, citó

un pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de las facultades judiciales para decretar pruebas de manera oficiosa.

Para argumentar la existencia de dependencia económica, sostuvo que debido a la escasa escolaridad de las hijas del actor y la falta de empleo, este quedó al cuidado y bajo la protección económica de su hermana. Estimó que el juez de primera instancia exigió un requisito que no tiene consagración legal al descartar el reconocimiento de la prestación por el hecho de que el demandante hubiere conformado su propio núcleo familiar. Al respecto, destacó que en el caso de los hermanos inválidos ni siquiera se exige la convivencia con el causante como sí sucede en el de los cónyuges o compañeros permanentes, puesto que para aquellos la norma alude simplemente al requisito de dependencia económica.

De otro lado, defendió la validez de las declaraciones extraproceso con apoyo en el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-863 de 2012.

Finalmente, manifestó aportar copia auténtica del registro civil de nacimiento del señor Manuel Antonio Aucú Díaz.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Tras efectuar un recuento de las actuaciones procesales surtidas, realizó un estudio del marco normativo de la sustitución pensional en el que aludió a la Ley 171 de 1961, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 5ª de 1969 y el Decreto 434 de 1971. Explicó que tanto la Ley 4ª de 1976 como la Ley 44 de 1977 establecen que quienes tengan derecho a la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, en el Decreto 3135 de 1968 y en el Decreto Ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la misma conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y en la Ley 12 de 1975. Se refirió igualmente a lo establecido en la Ley 71 de 1988 y en su Decreto reglamentario 1160 de 1989 (ff. 173 - 179).

Concluyó que en el caso de los hermanos inválidos y hermanas solteras que hayan dependido económicamente del jubilado y que hayan disfrutado de la sustitución pensional de acuerdo con lo establecido en la Ley 171 de 1961, en el Decreto 3135 de 1968 y en el Decreto Ley 434 de 1971, tienen derecho a la prestación en los términos de las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, de manera que el derecho pensional se extiende en forma vitalicia.

Al analizar el caso concreto, se apartó de la posición del juez de instancia por considerar que con las declaraciones extrajuicio que se aportaron con la demanda sí se logró acreditar la dependencia económica del actor respecto de la causante. Indicó que de ellas se desprende con claridad que desde hace mucho tiempo el recurrente padece una enfermedad mental que le ha impedido proveerse su sustento económico y el de su familia; que su esposa lo abandonó y quedó a merced de su hermana María del Rosario Ahucú Díaz, quien se ocupó de sus gastos de subsistencia puesto que sus hijas se han visto impedidas para hacerlo.

Señaló que si bien el demandante no cumplió con la carga de acreditar el parentesco que le unía con la señora María del Rosario Ahucú Díaz, aquel merece una protección constitucional preferente y, por lo tanto, es preciso dictar un auto de mejor proveer en el que se soliciten las pruebas que permitan demostrar dicho vínculo.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta sentencia se resume en las siguientes preguntas:

Primer problema jurídico

¿El señor Manuel Antonio Aucú Díaz, en condición de hermano de la señora María del Rosario Ahucú Díaz, reúne los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, especialmente los relacionados con la invalidez y la dependencia económica?

Segundo problema jurídico

¿Es compatible la sustitución de la pensión gracia con la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación?

Tercer problema jurídico

¿Hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados y al restablecimiento del derecho del señor Manuel Antonio Aucú Díaz mediante la condena a la entidad demandada al reconocimiento de la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación? En caso afirmativo,

Cuarto problema jurídico

¿Operó la prescripción respecto de las mesadas pensionales a que tiene derecho el señor Manuel Antonio Aucú Díaz?

Primer problema jurídico

¿El señor Manuel Antonio Aucú Díaz, en condición de hermano de la señora María del Rosario Ahucú Díaz, reúne los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, especialmente los relacionados con la invalidez y la dependencia económica?

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Subsección precisará lo relacionado con **i)** el régimen legal de la pensión de sobrevivientes; **ii)** los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; **iii)** los requisitos para que un hermano acceda a la pensión de sobrevivientes; **iv)** el estado jurídico de invalidez y **v)** análisis del caso concreto.

1. Régimen legal de la pensión de sobrevivientes

Conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. De ahí que el legislador quedó habilitado para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada norma constitucional.

En efecto, fue a través de la Ley 100 de 1993 que el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, cuya finalidad es proteger los derechos irrenunciables de todas las personas para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Este sistema comprende las obligaciones del Estado, la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios u otras que se incorporen en el futuro.

Se encuentra conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos laborales y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo es garantizar a la población, el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que

brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

«[...] Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades. [...]» (Se subraya)

2. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

De conformidad con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, en el siguiente orden:

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento

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

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

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

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

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley

100 de 1993;

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

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

Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil» (Se subraya)

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

3. Requisitos para que un hermano sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes

Tal como se lee en el literal e) del artículo transcrito, el hermano que pretenda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes deberá acreditar los siguientes requisitos: **i)** ausencia de otros beneficiarios; **ii)** parentesco con el causante; **iii)** calidad jurídica de inválido y **iv)** dependencia económica respecto del fallecido.

3.1. Ausencia de otros beneficiarios

Deberá verificarse que no existan beneficiarios pertenecientes al primer o segundo grupo, esto es, cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; y padres con derecho. En caso de existir, estos desplazarán a los hermanos con derecho.

3.2. Parentesco con el causante

Según los artículos 35 y 54 del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre, tal como es el caso de los hermanos, que pueden serlo, por parte de padre y madre, o bien solo por parte del primero o del segundo. Así, quien pretenda la pensión de sobrevivientes deberá acreditar el parentesco que lo une con el causante, en este caso, demostrar su calidad de hermano de la fallecida.

Dicho vínculo se prueba con el registro civil de nacimiento, como quiera que es este el documento idóneo a través del cual se consignan los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos, el nacimiento, en los términos del Decreto 1260 de 1970. Sin embargo, de forma excepcional, podrá probarse el estado civil de las personas, con la partida eclesiástica de bautismo, siempre que hayan nacido con anterioridad a 1938. Tal como lo sostuvo esta Corporación² en sentencia del 22 de agosto de 2013:

«[...] para las personas nacidas a partir de 1938, el estado civil sólo puede probarse mediante el correspondiente registro civil según el Decreto 1260 de 1.970. Este nuevo estatuto introdujo innovaciones con respecto al antiguo sistema de la Ley 92 de 1.938, que distinguía entre pruebas principales y pruebas supletorias del estado civil. Las primeras se vinculaban al registro civil, no así las segundas (partidas eclesiásticas de matrimonios, bautismos y defunciones).

Para entender correctamente esta primera orientación del nuevo sistema, conviene tener en cuenta que **las antiguas pruebas supletorias de la Ley 92 de 1.938 conservan todo su valor**. En tal caso el acto de registro del estado civil surge en la partida de bautismo, sin necesidad de una posterior participación del Estado³, por ello respecto a las partidas eclesiásticas levantadas en forma directa por el cura párroco, una vez celebrado el bautismo, la copia de tales actas tiene valor ante los funcionarios del registro civil para levantar el acta civil, **pero las personas nacidas con anterioridad**

² Sección Tercera – Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 22 de agosto de 2013. Radicado: 13001-23-31-000-2000-00332-02 (39307). Actor: Daniel Morales del Toro y Otros.

Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena De Indias.

³Corte Constitucional, sentencia T-584/92.

a la Ley 92 de 1.938, no están obligadas a registrar la partida de bautismo, pues éste sólo documento constituye plena prueba de su estado civil, razón por la cual en el presente caso DANIEL MORALES DEL TORO debe ser considerado como padre del occiso ya que demostró en debida forma tal calidad conforme a las disposiciones jurídicas que para tal momento regulaban la materia. [...]» (Negrillas de la Sala)

Por consiguiente, las personas que nacieron antes de 1938, podrán probar su estado civil con la partida eclesiástica de bautismo, es decir, que ésta servirá para demostrar el grado de filiación consanguínea respecto del pensionado.

3.3. Calidad jurídica de inválido del solicitante

3.3.1. Estado de invalidez y calificaciones de las Juntas Regionales de Calificación.

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 regula el estado de invalidez en los siguientes términos:

«Artículo. 38.-Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.»

Conforme la norma en cita, la invalidez se encuentra determinada por la incapacidad física o psíquica de la persona con ocasión de su estado de salud, la cual deberá ser igual o superior al 50% de su capacidad laboral.

Igualmente hay que anotar que la aludida invalidez debe ser calificada mediante un dictamen que determine el origen, el porcentaje de la pérdida de la capacidad y su fecha de estructuración, para lo cual han de satisfacerse los parámetros médicos, técnicos, científicos y procedimentales definidos por el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral, en este caso dado por el Decreto 917 de 1999⁴.

⁴ Dicha norma fue derogada por el Decreto 1507 de 2014, que entró en vigencia el 12 de febrero de 2015.

Ahora bien, para la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, el Decreto 2463 de 2001⁵ por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, dispone en su artículo 9.º lo siguiente:

«Artículo 9º - Fundamentos para la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral.

1. Los fundamentos de hecho que debe contener el dictamen con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración, son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio.

2. Los fundamentos de derecho, son todas las normas que se aplican al caso de que se trate. [...]» (Se subraya)

Como los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez constituyen el soporte técnico a partir del cual se generan prestaciones como la pensión de sobrevivientes⁶, la Corte Constitucional ha precisado que⁷: «[...] estos documentos no pueden ser simples formatos en los cuales se llenan para el caso los espacios en blanco, cada una de estas opciones deben estar fundamentadas expresamente en un criterio técnico o médico, con mayor razón si se trata de un tema tan trascendental como la fecha de estructuración de la invalidez de la cual depende el régimen legal aplicable por lo que puede hacer la diferencia entre el reconocimiento o la negación de una pensión de invalidez, parte del derecho fundamental a la seguridad social [...]»

3.3.2. Fecha de estructuración de la invalidez

⁵ Resulta aplicable en virtud de la fecha en que ocurrieron los hechos que son objeto de esta *litis*. Sin embargo, es importante señalar que el Decreto 1352 de 2013 derogó el Decreto 2463 de 2001 con excepción de los incisos 1.º y 2.º de su artículo 5.º e inciso 2º y párrafos 2.º y 4.º de su artículo 6.º

⁶ C-1002 de 2004.

⁷ Sentencia del 20 de enero de 2012. T-014-2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Accionante: Héctor Fabio Rodríguez Venegas representado por su curador Olmedo Rodríguez Venegas. Demandado: CAJANAL E.I.C.E.

Específicamente sobre la fecha de estructuración de invalidez el artículo 3.º del Decreto 917 de 1999⁸ establece lo siguiente:

«Artículo 3o. Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.»

Sobre la incidencia de la fecha de estructuración de la invalidez para efectos del reconocimiento de la prestación, resulta pertinente la siguiente regla jurisprudencial establecida en la misma sentencia T-014 de 2012:

«[...] La fecha de estructuración de la invalidez es el momento a partir del cual la persona pierde de manera permanente y definitiva su capacidad laboral y de esta manera, la capacidad de generar los ingresos que él y su familia demandan, motivo por el cual para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia médica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. [...]» (Se resalta)

3.3.3. Conclusiones generales respecto del estado de invalidez y la fecha de estructuración de la misma.

Conforme a la normativa y jurisprudencia transcrita, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- i) Una persona se considera inválida cuando con ocasión de su estado de salud física o psíquica le sea determinada una pérdida igual o superior al 50% de su capacidad laboral.
- ii) Para efectos de establecer la condición jurídica de invalidez se requiere dictamen de la Junta Médica de Calificación de Invalidez.

⁸ Manual Único para la Calificación de la Invalidez.

iii) El aludido dictamen debe estar debidamente fundamentado y motivado, con explicación y justificación de los diagnósticos del paciente y soportados en la historia clínica, reportes, valoraciones o exámenes médicos; y en general todo aquello que pueda servir de prueba, así como en los fundamentos de hecho y de derecho.

iv) La fecha de estructuración de la invalidez es el momento a partir del cual la persona pierde de manera permanente y definitiva su capacidad laboral y, en consecuencia, la capacidad de generar los ingresos para su manutención.

v) La fecha de estructuración de la invalidez puede ser anterior a la fecha de la calificación o concomitante a ella.

3.4. Dependencia económica

Esta Subsección⁹ definió la dependencia económica «[...] como aquella situación de subordinación a que se halla sujeta una persona respecto de otra en relación con su *modus vivendi*. Relación de dependencia dentro de la cual deberá observarse, por parte del beneficiado o amparado, una conducta sensata, eso sí, acorde con la dignidad humana pero desprendida de ostentación o suntuosidad alguna [...]»

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-066 de 2016 señaló que «[...]: (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas.»

En estos términos, es claro que la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. Es de anotar que dicho concepto debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la protección especial a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

⁹ Sentencia del 22 de noviembre de 2012. C.P. Alfonso Vargas Rincón. Núm. interno: 0448-2012. Actor Piedad del Socorro Mejía González.

En conclusión

Reunidos los cuatro requisitos precitados, esto es, i) ausencia de otros beneficiarios; ii) parentesco con el causante; iii) condición jurídica de inválido y iv) dependencia económica, es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del hermano inválido.

En este orden de ideas, procederá la Subsección a revisar si en el caso *sub examine* se cumplen los requisitos mencionados para que al señor Manuel Antonio Aucú Díaz le sea reconocida la pensión en su condición de sobreviviente de su hermana María del Rosario Ahucú Díaz, a quien la Caja Nacional de Previsión Social EICE (hoy UGPP) otorgó pensión de jubilación mediante Resolución 1092 del 11 de marzo de 1991 (ff. 23-25, cdno. 2).

4. Análisis del caso concreto

4.1. Ausencia de otros beneficiarios

En lo que respecta al primer grupo de beneficiarios se advierte que no existe evidencia alguna de que la señora María del Rosario Ahucú Díaz hubiere estado casada o en unión marital de hecho como tampoco de que hubiere tenido descendencia. En armonía con esto, se encuentra la declaración extrajuicio de la señora Isabel del Carmen Villota de Yepes (f. 56), en la que manifiesta que aquella «[...] era soltera no procreo (sic) hijos propios adoptivos ni extramatrimoniales [...]».

Así las cosas, el siguiente grupo con derecho a reclamar su reconocimiento corresponde a los padres, sin embargo, estos no podrían recibirla pues ya fallecieron.

De modo que en ausencia de los principales beneficiarios, el único con derecho para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es el señor Manuel Antonio Aucú Díaz, en calidad de hermano inválido de la señora María del Rosario Ahucú Díaz.

4.2. Parentesco con la causante

Para acreditar el parentesco se aportó con la demanda el registro civil de nacimiento de la señora María del Rosario Ahucú Díaz y la partida de matrimonio del señor Manuel Antonio Aucú Díaz, último que no permite probar este hecho ya que, como se explicó en precedencia, el legislador sometió la prueba del estado civil a una solemnidad, que en este caso consiste en el registro civil de nacimiento o la partida de bautismo para las personas nacidas antes de 1938. En efecto, esta fue una de las razones por las que el *a quo* resolvió denegar las pretensiones de la demanda al considerar que en ausencia de dicho documento no había quedado probado el parentesco del demandante y la causante.

No obstante lo anterior, el demandante, con el recurso de alzada, allegó su registro civil de nacimiento, al cual este despacho, mediante auto del 11 de agosto de 2016 (ff. 181-182), le dio pleno valor probatorio. Así pues, de ambos registros se desprende que la señora María del Rosario Ahucú Díaz y el señor Manuel Antonio Aucú Díaz tienen como padres a los señores Daniel Aucú Castro y Victoria Díaz Molina (ff. 28 y 161), con lo que queda demostrado que entre ellos existe parentesco en calidad de hermanos.

4.3. Estado de invalidez del solicitante

Para acreditar este requisito, se allegaron al plenario las siguientes pruebas:

- Certificación rendida el 13 de diciembre de 2010 por el médico psiquiatra Álvaro Chávez Cabrera, en los siguientes términos: (ff. 49-50)

«[...] 2. EXAMEN MENTAL DIRECTO.

Paciente senil con alteración del porte y actitud por su mala presentación personal, actitud intranquila, con inquietud motora, conciente (sic). Desorientado en tiempo, espacio, lugar y persona. Déficit severo de la atención. Pensamiento con alteración en el origen, contenido y curso, disgregado, incoherente y sin ninguna producción intelectual.

Lenguaje: tendencia a verbirregeración. Sin contenido intelectual ni acorde a las preguntas formuladas. Alteraciones de la sensopercepción por presentar alucinaciones visuales y auditivas y tendencia a tener alteración de la interpretación objetiva de los elementos materiales para configurar ilusiones ideatorias.

Afecto normal. No presenta manifestaciones de agresividad extrema.
Alteraciones severas de memoria anterógrada y retrograda. Alteración global de las facultades mentales superiores. Juicio Vrítico y raciocinio con alteración negativa.
Autocrítica negativa.

4. IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA.

ESQUIZOFRENIA PARANOIDE [...]

5. Esta enfermedad mental, **Esquizofrenia Paranoide** es calificada como GRAVE por el alto deterioro intelecto – cognitivo que adolece el paciente, lo que permite aseverar desde el punto de vista clínico – laboral – social, que presenta incapacidad mental del ciento por ciento (100%) de forma IRREVERSIBLE. No tiene capacidad para manejar bienes ni para autodeterminarse. Debe tener curador para todas las acciones civiles y judiciales, manutención y compromiso de ubicarlo en un tratamiento médico [...] debe tener al lado una persona que lo ayude en la faena diaria. Vive de manera muy desordenada, sin conceptos de aseo ni orden [...]

- Calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño (ff. 52-54) que se realizó el 20 de enero de 2010 y en la que se determinó una pérdida de capacidad laboral del señor Manuel Antonio Aucú Díaz del 60,90% por el diagnóstico de esquizofrenia paranoide, enfermedad de origen común. La fecha de estructuración de la invalidez que se señaló en el dictamen fue el 22 de octubre de 1962.

- Sentencia proferida el 13 de febrero de 2007 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Túquerres en la que se declaró en estado de interdicción judicial permanente por demencia al señor Manuel Antonio Aucú Díaz y se le designó como curadora a su hija María Inés Aucú Urresta (ff. 31-38). La aludida decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante sentencia del 17 de julio de 2007 (ff. 40- 47).

Conforme a lo expuesto, para la Subsección se acreditó el estado de invalidez del solicitante e igualmente se demostró que el mismo existía con anterioridad al fallecimiento de la señora María del Rosario Ahucú Díaz, que tuvo lugar el 8 de agosto de 2005.

4.4. Dependencia económica respecto del causante

Con el fin de verificar esta condición, se allegaron con la demanda las declaraciones extrajudicio de la señoras Clemencia Rufina Aucú Urresta (f. 55), Isabel del Carmen Villota de Yepes (f. 56) y María Inés Aucú Urresta (f. 57), las que, para este despacho y a diferencia de lo considerado por el *a quo*, acreditan la dependencia económica del señor Manuel Antonio Aucú Díaz respecto de la fallecida María del Rosario Ahucú Díaz.

En ese sentido, la señora Clemencia Rufina Aucú Urresta, hija del demandante, manifestó lo siguiente:

«[...] desde que contaba con 2 años de edad, sé que mi padre, MANUEL ANTONIO ACUCU DIAZ, sufre de una enfermedad mental, por lo cual, era violento, no pudo trabajar para mantener a su familia, por esta razón cuando tenía más o menos 16 años de edad, había estudiado hasta segundo de primaria, mi madre decidió abandonar el hogar, en forma definitiva y trabajar en la ciudad de Pasto en oficios domésticos, para nuestro propio sustento, y en 1978, viajamos al Valle, donde continuamos trabajando hasta que a la edad de 20 años, me casé y empecé a depender de mi esposo, por lo que no devengo sueldo alguno, no poseo bienes y tampoco puedo proteger a mi padre económicamente, por las dificultades económicas que atravesamos [...]»

Por su parte, la señora María Inés Aucú Urresta, otra de las hijas del actor, aseguró que:

«[...] desde que tengo uso de razón mi padre MANUEL ANTONIO AUCU DIAZ , padece una enfermedad mental, la cual le impidió trabajar para sostener su familia; por esta razón mi madre se vio obligada a abandonar el hogar, cuando yo tenía seis (6) años de edad y mi tía MARIA DEL ROSARIO AHUCU DIAZ, me llevo al convento de las Madres Oblatas en Puerres, donde curse mis dos primeros años de estudio, mientras que de mi padre MANUEL ANTONIO AUCU DIAZ SE hicieron cargo de mis ABUELOS DANIEL AUCU Y VICTORIA DIAZ, PARA 1978 mi tía MARIA DEL ROSARIO AHUCU DIAZ quien había renunciado a los hábitos para ocuparse de sus ancianos padres, mi padre enfermo y yo; me trajo a vivir a su casa a la ciudad de Pasto para que le colaborara en los oficios de la casa mientras ella trabajó para sostenernos y yo tuve oportunidad de estudiar el bachillerato nocturno. A los diecinueve (19) años me ausente de la casa para buscar otra oportunidad; pero tuve que volver puesto que mi padre necesitaba alguien

que lo cuide; en el tiempo que estuve fuera de la casa de mi tía pude comprar una máquina de coser y una de tejer para trabajar en los ratos libres que me quedaban en las labores de la casa y el cuidado de mi padre en 1995 tuve un hijo y dado que yo me dedicaba a los oficios domésticos en la casa de mi tía, mi hijo también dependió de ella hasta la edad de cinco años, cuando decidí salir de nuevo a vivir sola con mi hijo y trabajar en arreglos de ropa y tejido mientras que mi padre continuó dependiendo para su subsistencia de su hermana MARIA DEL ROSARIO AHUCU DIAZ, hasta el día que ella falleció, ya que mi trabajo me daba apenas para cubrir las necesidades básicas de mi hijo y yo. Lo único que siempre he dado a mi padre es apoyo moral y mi compañía y cuidado [...]»

Así mismo, el expediente administrativo del señor Manuel Antonio Aucú Díaz que reposa en la Caja Nacional de Previsión Social EICE (hoy UGPP) y que fue allegado en copia al plenario, contiene la declaración extrajuicio rendida el 14 de octubre de 2004 por la causante María del Rosario Ahucú Díaz (f. 95, cdno 2), quien señaló:

«[...] vivo con mi hermano: MANUEL ANTONIO AUCU DIAZ, con C. de C. No. 1.886.853 de Sapuyes, vive en el mismo techo y depende económicamente de mi.- DECLARO: Que el estado civil de mi hermano es soltero, no trabaja, por su enfermedad mental y está al cuidado mío y se encuentra en TRATAMIENTO MEDICO [...]»

En el ejercicio de valoración probatoria realizado al respecto, la Sala encontró que se trata de documentos de contenido declarativo emanados de terceros y, por consiguiente, no se requería su ratificación para que fueran estimados en el presente proceso ya que la parte demandada no la solicitó (art. 277 CPC). De igual manera, se tiene que lo manifestado en tales declaraciones, en suma con el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral y la certificación médica aludida, ofrece el convencimiento necesario para concluir que el demandante dependía económicamente de la señora María del Rosario Ahucú Díaz.

El hecho de que estas manifestaciones hayan sido rendidas por dos de las hijas del demandante y la causante, su hermana, no le resta mérito probatorio a las mismas ya que, en materias como las que acá se controverten, quién más apto que los miembros de la propia familia para dar

cuenta de sus situaciones más privadas y personales. Además, no se observan contradicciones o inconsistencias en sus afirmaciones.

De otro lado, hay que tener en cuenta que la dependencia económica no se desvirtúa por el hecho que el señor Manuel Antonio Aucú Díaz hubiera contraído matrimonio y que dentro del mismo concibiera tres hijas, pues también ha quedado claro que, para la fecha del fallecimiento de la causante e incluso desde mucho antes, su cónyuge lo había abandonado con sus tres hijas adolescentes, quienes en lugar de poder recibir el sostenimiento de su padre, tuvieron que asumir sus cuidados con el apoyo económico y emocional de su tía María del Rosario Ahucú Díaz. Lo anterior demuestra que, aunque el señor Manuel Antonio Aucú Díaz formalmente pudo haber conformado un núcleo familiar propio, este último no se encontraba en la capacidad de asumir los costos asociados a su sustento en condiciones dignas.

Tampoco desdibuja la dependencia económica que el señor Manuel Antonio Aucú Díaz no hubiera compartido techo con la señora María del Rosario Ahucú Díaz para la fecha de su fallecimiento. En primer lugar, esta es una alegación que no encuentra prueba en el expediente y, en segundo lugar, hay que tener presente que, en todo caso, la convivencia no es requisito esencial para que se configure la dependencia económica.

Ahora bien, del certificado de afiliación RUIF que aportó la entidad demandada en su contestación (ff. 79 y 80) se establece que, entre el 30 de noviembre de 2003 y el primero de febrero de 2008, el demandante estuvo vinculado a un programa de asistencia social en virtud del cual recibió un beneficio económico mensual del fondo de solidaridad pensional por valor de \$40.000, suma que en modo alguno puede considerarse suficiente para suplir las necesidades básicas de una persona en condiciones dignas.

En estos términos, la Subsección considera que se demostró la existencia de la dependencia económica del señor Manuel Antonio Aucú Díaz respecto de la señora María del Rosario Ahucú Díaz, con ocasión de la grave enfermedad mental que ha padecido y que le ha impedido desarrollar actividades para procurarse los bienes necesarios para su congrua subsistencia.

No obstante haberse acreditado la dependencia económica del señor Manuel Antonio Aucú Díaz respecto de la causante, así como los demás requisitos para ser beneficiario de la pensión ordinaria de jubilación, en esta instancia se pudo establecer que aquel ya tiene la condición de beneficiario de la pensión gracia de que era titular en vida la señora María del Rosario Ahucú Díaz. En ese orden de ideas, se hace necesario pasar a establecer si es compatible la sustitución de la pensión gracia con la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación.

Segundo problema jurídico

¿Es compatible la sustitución de la pensión gracia con la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación?

En el caso que nos ocupa, está demostrado que la señora María del Rosario Ahucú Díaz gozó en vida de la pensión ordinaria de jubilación, la cual le fue reconocida por el Departamento de Nariño, Fondo Prestacional del Magisterio, mediante la Resolución 0572 del 19 de octubre de 1990, según confesó la entidad demandada al aceptar el hecho primero de la demanda.

De igual manera, por medio de la Resolución 1092 del 11 de marzo de 1991, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, (hoy Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, UGPP) le reconoció a la causante la pensión gracia (ff. 23 y 25, cdno. 2), misma que tras el fallecimiento de esta fue sustituida al demandante a través de la Resolución 25804 del 10 de junio de 2008¹⁰ (ff. 126 y 127, cdno. 2).

¹⁰ En la parte resolutive de esta puede leerse «[...] ARTÍCULO PRIMERO: SUSTITUIR en forma vitalicia una pensión GRACIA, con ocasión del fallecimiento de la señora AHUO (sic) DIAZ MARIA DEL SOCORRO ya identificada, a favor del señor MANUEL ANTONIO AUCU DIAZ, ya identificado en calidad de HERMANO INTERDICTO el cual está representado por la señora MARIA INES AUCU URRESTA en calidad de curadora, efectiva a partir del 09 de agosto de 2005 día siguiente al fallecimiento, en cuantía del 100.00% de (\$1.626.319.56) UN MILLON SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 56/100 M/CTE.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR el pago de las mesadas comprendidas entre el 01 de junio de 2005 y el 08 de agosto de 2005 dejadas de cobrar por la causante, por valor de (\$1.626.319,56) UN MILLON SEISCIENTOS VEINTITRES MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 56/100 M/CTE m/cte (sic), mensual y proporcional por día, a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 1º, y en la proporción allí indicada [...].».

Esta situación hace preciso fijar una posición en torno a la posibilidad de que se sustituya la pensión ordinaria de jubilación a favor del señor Manuel Antonio Aucú Díaz, a pesar de que este ya ostenta la calidad de beneficiario respecto de la pensión gracia que también tiene como causante a la señora María del Rosario Ahucú Díaz.

Con tal fin, la Sala estudiará lo referente a la concurrencia de ambas prestaciones, para entonces pasar a ocuparse de la posibilidad de que sean sustituidas.

El propósito que pretendió satisfacer el legislador con la consagración de la pensión gracia fue el de compensar el poder adquisitivo de los maestros de primaria del sector oficial vinculados a entidades territoriales, cuya remuneración era baja con relación a la de los educadores del nivel nacional debido a la escasez de recursos de los departamentos y municipios para cumplir con las obligaciones laborales a su cargo. Ello permitió que, de manera simultánea, se pudiera ser acreedor de la pensión de jubilación territorial (pensión ordinaria) y de la nacional (pensión gracia), sin que en ningún escenario ambas prestaciones pudieran provenir de recursos nacionales.

Originariamente el artículo 1.º de la Ley 114 de 1913 estableció esta prestación económica para los maestros de las escuelas de primaria oficiales, pero luego se ampliaría dicho beneficio a los empleados docentes y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública atendiendo a las condiciones definidas en la Ley 116 de 1928. Tiempo después, de conformidad con la Ley 37 de 1993, los maestros de escuela que completaran el tiempo de servicio legalmente exigido en establecimientos de enseñanza secundaria también podrían hacerse beneficiarios de dicha prestación.

Posteriormente, el servicio de educación oficial de primaria y secundaria que estaba siendo prestado y financiado por los departamentos y municipios pasó a redefinirse como un servicio público a cargo de la Nación en virtud de lo dispuesto en la Ley 43 de 1975, que introdujo un proceso gradual de nacionalización que culminó el 31 de diciembre de 1980 y que tenía como

propósito la igualación de las condiciones salariales y prestacionales entre los educadores del nivel territorial y los del nivel nacional.

El numeral 2.º, literal a) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, además de restringir el reconocimiento del derecho a la pensión gracia a aquellos docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, consagró expresamente la compatibilidad de esta prestación con la pensión ordinaria de jubilación, así:

“[...] 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 hubieran 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. [...]”

Como puede advertirse, la norma en cuestión exceptuó la regla que impedía que la pensión gracia y la ordinaria de jubilación fueran ambas de carácter nacional, lo que se permitió única y exclusivamente respecto de los docentes departamentales y municipales que, a 31 de diciembre de 1980, quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización que implantó la Ley 43 de 1975¹¹.

En similar sentido, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dispuso:

«[...] El régimen prestacional y aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial [...]»

¹¹ Sobre el alcance del numeral 2.º, literal a) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, puede verse la sentencia proferida el 26 de agosto de 1997 por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado.

De lo expuesto se tiene que la pensión de jubilación resulta compatible con la pensión gracia, en los términos del numeral 2.º, literal a) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, en virtud de la naturaleza de una y otra prestación pues mientras que la primera es de carácter ordinario, la segunda reviste carácter especial¹².

Establecido lo anterior, la Subsección concluye que la sustitución de la pensión gracia es compatible con la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación por dos razones. En primer lugar, por una razón de orden lógico y es que si la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación se pueden percibir de manera concurrente o simultánea y si una y otra son sustituibles individualmente, no existe razón para que, ante el fallecimiento de su titular, se prohíba la sustitución de ambas en un mismo beneficiario, siempre y cuando se reúnan los requisitos legalmente exigidos para opere tal sustitución.

La segunda razón es de naturaleza teleológica pues parte de considerar que la pensión gracia propende por la garantía del derecho a la igualdad y al trabajo en condiciones equitativas y dignas, de manera que a través de la misma se logre una suerte de nivelación salarial y prestacional entre los docentes territoriales y los nacionales. En otras palabras, con ella se busca combatir el escaso poder adquisitivo de los docentes del nivel territorial, producido por los bajos salarios que devengaban y los insuficientes beneficios prestacionales a que tenían derecho. Entonces, si se acepta la concurrencia de ambas prestaciones pensionales a efectos de salvaguardar derechos fundamentales como la igualdad, el trabajo y la dignidad humana del docente, no resulta constitucionalmente admisible que, ante la muerte de

¹² Sobre la incompatibilidad de percibir dos pensiones de naturaleza ordinaria, puede leerse la sentencia del 3 de mayo de 2001 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado (Núm. Interno 2841-2000), en la que se señala: «[...] Reiteradamente esta Corporación ha expresado que es improcedente reconocer dos pensiones ordinarias de jubilación, así la preceptiva jurídica aplicable a los docentes permita a éstos percibir simultáneamente pensión de jubilación y el sueldo por los servicios docentes que pueden seguir prestando. Así, en la sentencia del 10 de abril de 1997, Actora: Eunice Arias de Arias, Exp. No. 12.776, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, luego de determinar que la pensión cuyo reconocimiento requería la demandante era la pensión ordinaria de jubilación, puntualizó que la misma podría ser compatible con otras pensiones, por ejemplo con la pensión gracia del orden nacional pero no con otra pensión ordinaria de jubilación. Se tiene entonces, que ni las normas a que se ha hecho referencia ni ninguna otra disposición superior, establece la compatibilidad de la percepción de la pensión gracia con dos pensiones ordinarias de jubilación, o la compatibilidad de percibir dos pensiones ordinarias de jubilación, categoría que se reitera, tendría la pensión cuyo reconocimiento reclama la demandante [...]»

este, quienes dependían económicamente de él no puedan gozar de un nivel de vida, en esencia, semejante al que tenían con anterioridad al deceso de la persona que les ofrecía su sustento vital, máxime cuando ese beneficiario se encuentra en una situación de debilidad e indefensión que merece una especial protección por parte del Estado.

Tercer problema jurídico

¿Hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados y al restablecimiento del derecho del señor Manuel Antonio Aucú Díaz mediante la condena a la entidad demandada al reconocimiento de la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación?

Teniendo en cuenta que (i) el señor Manuel Antonio Aucú Díaz, en condición de hermano de la señora María del Rosario Ahucú Díaz, cumple los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, esto es, ausencia de otros beneficiarios, parentesco, dependencia económica y especialmente invalidez, dado que con las pruebas allegadas al proceso se demostró que la misma se causó con anterioridad al fallecimiento de su hermana y que (ii) la sustitución de la pensión gracia es compatible con la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación; se observa que los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 264 de 2 de junio de 2010 y 475 de 10 de septiembre de 2010, proferidas por la entidad demandada, desconocen lo dispuesto en los artículos 48 de la Constitución Política y 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, por consiguiente de desvirtúa su presunción de legalidad.

En conclusión, hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados y al restablecimiento del derecho del señor Manuel Antonio Aucú Díaz mediante la condena a la entidad demandada al reconocimiento de la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación de que era titular su hermana, en virtud de la Resolución 0572 del 19 de octubre de 1990.

Cuarto problema jurídico

¿Operó la prescripción respecto de las mesadas pensionales a que tiene derecho el señor Manuel Antonio Aucú Díaz?

Teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 no establece en forma expresa el término de prescripción de las mesadas pensionales, en principio, esta materia se regiría por lo dispuesto en los artículos 41¹³ del Decreto 3135 de 1968 y 102¹⁴ del Decreto 1848 de 1969, que prevén un término trienal a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, dejando salva la posibilidad de su interrupción por igual periodo a través del simple reclamo del derecho por medio escrito ante la entidad obligada.

No obstante lo anterior, le asiste razón al demandante cuando afirma que, por tratarse de una persona en condición de invalidez, no resultan aplicables las reglas propias de la prescripción extintiva, solución que en criterio de la Sala se funda no solo en lo dispuesto en el artículo 2530 del Código Civil¹⁵, que hace parte del régimen de protección aplicable a las personas que en los términos de dicho estatuto y de la Ley 1306 de 2009 sufren de alguna discapacidad, sino también en otros instrumentos normativos de naturaleza convencional¹⁶, constitucional¹⁷ y legal¹⁸ que propenden por la protección especial de estos sujetos.

¹³ Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

¹⁴ Artículo 102º.- Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

¹⁵ Sobre la aplicación del artículo 2530 del Código Civil para exonerar de la aplicación de la prescripción extintiva a las personas en condición de invalidez, puede leerse la sentencia del 11 de febrero de 2015, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado (Núm. Interno 1397-2013). En ella se observa que: «[...] En consecuencia, considera la Sala que el demandante se encuentra dentro de las previsiones consagradas en el artículo 2530 del Código civil y en esas condiciones no es posible aplicar la prescripción trienal sobre las mesadas de la pensión reconocida. En ese sentido, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto ordenó el reconocimiento de la pensión gracia al demandante y la modificará para ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social que reconozca y pague la referida pensión desde el 11 de febrero de 2000, fecha en que se estructuró la incapacidad sin lugar a prescripción [...]»

¹⁶ Al respecto, véase la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en Colombia a través de la Ley 1346 de 2009.

En conclusión, no operó la prescripción respecto de ninguna de las mesadas pensionales a que tenía derecho el señor Manuel Antonio Aucú Díaz pues dicho fenómeno resulta inaplicable a raíz de su condición de invalidez, que lo ubica como sujeto de especial protección por parte del Estado.

Decisión de segunda instancia:

Por lo expuesto la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 16 de enero de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión del sistema escritural y, en su lugar, ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante con retroactividad a la fecha en que falleció la causante, esto es, al 8 de agosto de 2005.

Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor a título de mesada pensional, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

No habrá lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo

¹⁷ Los principios constitucionales que inspiran las herramientas de protección especial a favor de los discapacitados pueden verse en los artículos 1, 2, 13, 47, 54, 68, entre otros de la Carta Política.

¹⁸ Véanse las leyes 361 de 1997 y 1618 de 2013.

se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1.998).

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 16 de enero de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión del sistema escritural, que denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar,

Declarar la nulidad de las Resoluciones 264 de 2 de junio de 2010 y 475 de 10 de septiembre de 2010, proferidas por la entidad demandada, mediante las cuales denegó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del señor Manuel Antonio Aucú Díaz, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Declarar que el señor Manuel Antonio Aucú Díaz tiene la condición de beneficiario de la pensión ordinaria de jubilación de que era titular la señora María del Rosario Ahucú Díaz, en virtud de la Resolución 0572 del 19 de octubre de 1990.

Tercero: Ordenar al Departamento de Nariño, Secretaría de Hacienda, reconocer y pagar al señor Manuel Antonio Aucú Díaz la pensión de sobrevivientes en la forma establecida en la parte motiva de esta providencia, a partir del 8 de agosto de 2005.

Las sumas resultantes a favor del demandante, se ajustarán en su valor, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente decisión.

Cuarto: Entiéndase revocado el poder conferido a la doctora María Fernanda Arcos Guerrero por el Departamento de Nariño y en su lugar reconózcase

personería a la doctora Jane Elizabeth Arteaga Castillo para actuar en representación de dicha entidad en los términos y para los efectos del poder conferido, obrante a folio 89 del expediente.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS