

RECONOCIMIENTO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL A HIJO INVALIDO CON POSTERIORIDAD A MUERTE DE CÓNYUGE BENEFICIARIO DE SUSTITUCIÓN PREVIA - Procedencia / ESPECIAL PROTECCIÓN A PERSONAS DE LA TERCERA EDAD / DISTAMEN DE INVALIDEZ PROFERIDO CON POSTERIORIDAD A LA MUERTE DEL PENSIONADO- Efecto

En el presente caso está demostrado que el [demandante] por causa de su toxoplasmosis tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 75%. Así mismo está acreditado que su incapacidad se estructuró en el año de 1954, es decir, antes de que su padre, (q.e.p.d) falleciera. Por lo que entonces se puede afirmar, que padece de “1- Lesiones de Toxoplasmosis 2- Catarata ojo izquierdo Coriorretinitil”, deficiencias que lo sitúan en estado de incapacidad, que le impiden obtener, por sus propios medios, los recursos necesarios para su sustento, máxime si se tiene en cuenta que a la fecha cuenta con más de 80 años de edad. Si bien es cierto, el demandante, al momento de fallecer su padre, no realizó ningún trámite para el reconocimiento de la sustitución pensional, pues quien lo efectuó fue la señora [cónyuge del beneficiario] (q.e.p.d.), también lo es, que en aquella época ya ostentaba una enfermedad progresiva que lo llevaría a un estado indiscutible de invalidez. En otras palabras, no se trata de una sustitución pensional a la que ya se le había reconocido a la madre del actor, por cuanto además, de que no es procedente la sustitución de una pensión adquirida por sustitución, lo cierto es que en el presente caso se configuró una enfermedad degenerativa desde mucho antes de que su padre falleciera. (...) En ese sentido, el dictamen proferido por la Caja de Previsión, Seccional Atlántico, no tiene un carácter adicional del estado; es más, dentro del mismo se estableció la fecha en que inició su enfermedad; razón por la cual, el hecho de que éste se haya expedido con posterioridad a la muerte del causante, y que no haya efectuado ninguna reclamación, no implica que con anterioridad no pueda ser considerado como inválido. Por otra parte, si bien es cierto el A – quo desestimó las pretensiones del demandante con base en el Dictamen de la Calificación que realizó, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, por cuanto la fecha de estructuración de invalidez se causó el 12 de agosto de 1985, no lo es menos, que sus deficiencias se agudizaron desde la fecha en que le fue diagnosticada la toxoplasmosis en el año de 1954. Finalmente es de resaltar que, es evidente que nos encontramos ante una de esas personas que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, ó mejor, un sujeto de especial protección previsto en la Constitución Política, entre los cuales, por mandato de artículo 46, se hallan las personas de la tercera edad, para cuya protección y asistencia se alude a la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia.

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 46 / DECRETO 3135 DE 1968 / DECRETO 434 DE 1971 / LEY 100 DE 1993- ARTÍCULO 39

SUSTITUCION PENSIONAL - Finalidad / FAMILIA - Protección sin perjuicio de su conformación / SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios

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, esta Corporación, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 3 de marzo de 2011, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, manifestó: “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 protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 08001-23-31-000-2009-01063 01(2586-11)

Actor: HERNANDO MARTINEZ CASTILLO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 31 agosto de 2011, por la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico, denegó las pretensiones de la demanda formulada por Hernando Martínez Castillo en contra del Departamento del Atlántico.

LA DEMANDA

HERNANDO MARTÍNEZ CASTILLO en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 000212 de 30 de septiembre de 2008, por medio de la cual el Secretario General del Fondo de Pensiones Territorial de la Gobernación del Atlántico, negó la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional al señor Hernando Martínez Castillo.

- Resolución No. 000375 de 17 de noviembre de 2009, por la cual la misma autoridad administrativa, confirmó la anterior decisión.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reconocer la sustitución pensional a partir del 10 de marzo de 2003, con su respectiva indexación y actualizada con los reajustes de ley.
- Pagar las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de la acción impetrada, expuso los siguientes hechos:

El señor Mario Martínez Castillo, padre del demandante, después de reunir los requisitos de Ley le fue otorgada su pensión por parte de la Caja de Previsión Social del Departamento del Atlántico, la cual fue sustituida a su esposa, la señora Marciana Castillo de Martínez, luego de que falleciera el 30 de diciembre de 1971.

El actor, en aquella oportunidad no realizó ninguna reclamación, a pesar de que se encontraba en incapacidad permanente para laborar, puesto que padecía de Toxoplasmosis en ambos ojos y reducción de los campos visuales desde el año de 1954, situación que lo llevó a depender económicamente de su padre y posteriormente de su madre.

Al fallecer la señora Castillo de Martínez, el 16 de marzo de 1991, quedó desamparado económicamente, por lo que petitionó en reiteradas ocasiones al ente demandado la sustitución de pensión, solicitudes que le fueron descachazadas desfavorablemente una y otra vez.

Su incapacidad laborar fue diagnosticada en el año de 1964, reafirmada por Medicina Legal cuando aún no existía la Junta de Calificación de Invalidez y certificada por la División de Salud Ocupacional, quien expresó, que la enfermedad de Toxoplasmosis amerita la sustitución pensional.

El Departamento del Atlántico, mediante los actos acusados, negó dicha prestación argumentando que el actor no realizó la petición al momento de la muerte del señor Mario Martínez Castillo, desconociendo *“que estamos bajo la prestación que no prescribe, porque se trata de prestaciones periódicas, por lo tanto el señor HERNANDO MARTÍNEZ CASTILLO, la podía solicitar en cualquier momento y lo que tenía que aplicarle la entidad era la prescripción trianual (sic); ya que el peticionario le*

deviene el derecho porque; a) es hijo del causante; b) es invalido; c) dependía económicamente de él y mantiene su pensión de invalidez”.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 2, 13, 25, 48, 53 y 210.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 40.

La Ley 33 de 1985.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 11, 33, 36 y 37.

El actor consideró que los actos acusados se encuentran viciados de nulidad, por las siguientes razones:

Las autoridades están en la obligación de proteger los derechos de las personas residentes en Colombia con su vida, honra, bienes, creencias, entre otros, de suerte que en esta ocasión al ser denegada su petición sin justificación legal ó fáctica lo sitúa no sólo en una imposibilidad de carácter económico, sino que también, en una circunstancia de debilidad manifiesta.

La conducta que denegó su pretensión, constituye una flagrante violación a la seguridad social, porque además de que es un deber imperativo de las entidades públicas cobijar tanto la pensión de jubilación como el servicio a la salud, es un derecho al cual él no ha renunciado. Además *“reúne las exigencias consagradas en el artículo 1º de la ley 33 de 1985, en lo atinente a la edad y el tiempo de servicios prestados”.*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones del demandante, en los siguientes términos (folios 55 a 60):

La sustitución pensional no es un derecho perpetuo que pueda ser objeto de sucesión, todo lo contrario, está contemplado para aquellas personas que hacen parte del núcleo familiar del causante, que dependan económicamente y que encuentren en la prestación económica, posibilidad de sustento y manutención a falta de aquel.

En ese orden de ideas, el actor debió solicitar de manera simultánea la sustitución y compartir la pensión en atención a las normas que regulan la materia.

Como excepción propuso la legalidad del acto administrativo; por cuanto si bien es cierto, la sustitución pensional es un derecho que permite a una o varias personas disfrutar de los beneficios de una prestación económica en aras a que no queden desprotegidas después de que fallece el pensionado, no lo es menos, que este derecho se causa siempre y cuando se demuestren los factores determinantes que la Ley haya señalado en cada caso para los beneficiarios.

Además, no es posible sustituir un derecho de una persona que no es titular del mismo, como es el caso de la causante Marciana Castillo de Martínez, pues ostentaba la calidad de beneficiaria y como consecuencia de ello, recibió su derecho a disfrutar la pensión de sobreviviente.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia del 31 de agosto de 2011, denegó las pretensiones de la demanda formulada por Hernando Martínez Castillo en contra del Departamento del Atlántico, en los siguientes términos (folios 101 a 113):

En cuanto a la excepción propuesta consideró, que su estudio debe realizarse con el fondo del asunto, dado que su contenido tiene relación directa con él.

De otro lado, la figura de la sustitución pensional está creada con el fin de brindar protección a las personas que dependan económicamente del pensionado después de que éste fallece.

Al examinar las pretensiones de la demanda, se encuentra que están encaminadas al reconocimiento de la sustitución pensional que venía disfrutando su madre la señora Marciana Castillo de Martínez con ocasión de la muerte de su esposo y padre del demandante, el señor Mario Martínez Castillo.

Así mismo evidenció, que la señora Marciana Castillo falleció el 16 de marzo de 1991, razón por la cual su hijo, elevó varias peticiones ante la administración para que le fuera reconocida la sustitución pensional de que en vida gozaba su madre; no

obstante el *A – quo* dejó en claro, que al momento en que murió el padre del demandante, éste no cumplía con los requisitos para hacerse beneficiario, puesto que no está demostrado que para esa época se encontraba configurada su condición de invalidez.

En efecto, pues que a pesar de que la Junta de Calificación de Invalidez del Atlántico valoró al actor con una pérdida de capacidad laboral del 60.80% con fecha de estructuración de 12 de agosto de 1985, lo cierto es que al momento del fallecimiento de su progenitor, el señor Martínez Castillo no reunía los requisitos para la sustitución de la pensión.

Al analizar las consideraciones de los actos acusados aterrizó a la misma conclusión, pues no hay prueba en el plenario que permita inferir que no se encontraba en capacidad para laborar, y además, que dependía económicamente de su padre.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos (folios 116 y 117):

El año que se debe tener presente para la causación de la invalidez del demandante es el de 1954, ya que fue en aquella época donde se le diagnosticó Toxoplasmosis en ambos ojos con reducción de los campos visuales; enfermedad que se agravó 3 años después, pues tuvo un desprendimiento de retina en el ojo derecho de la que fue intervenido quirúrgicamente sin obtener un resultado satisfactorio.

En el año de 1965 en la “*Clínica Valaguer*” fue operado en 2 oportunidades en el ojo derecho, teniendo una hemorragia intraocular severa, lo que descompensó aun más su visión, luego la incapacidad laboral no se produjo en el año de 1985, como lo indicó el *A – quo*, sino tiempo atrás, tal y como lo confirmó Medicina Legal.

Tanto la certificación de Medicina Legal como la Junta de Invalidez del Atlántico se apoyaron en los certificados de la “*Clínica Valaguer*”, donde constatan que desde el año de 1954 el actor tiene dificultades en la visión por varios factores que le imposibilitan laborar.

Debe tenerse de presente que cumple a cabalidad con los requisitos legales para ser acreedor a la sustitución pensional.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si el señor Hernando Martínez Castillo, en su carácter de hijo del señor Mario Martínez Castillo (q.e.p.d), tiene derecho a la sustitución de la pensión de jubilación de que gozaba éste.

Para lo anterior, es preciso determinar la legalidad de las Resoluciones Nos. 000212 de 30 de septiembre de 2008 y 000375 de 17 de noviembre de 2009, ambas proferidas por el Secretario General del Fondo de Pensiones Territorial de la Gobernación del Atlántico.

Hechos probados:

· El señor Hernando Martínez Castillo nació el 2 de febrero de 1931¹ y sus padres fueron los señores: Marciana Castillo Cepeda (q.e.p.d) y Mario Martínez Castillo (q.e.p.d).

· Mediante Resolución No. 001 del 7 de febrero de 1973, el Presidente de la Junta de la Caja de Previsión Social del Departamento del Atlántico, reconoció y ordenó el pago, a la señora Marciana Castillo Vda. de Martinez (q.e.p.d), de la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación que estaba disfrutando su esposo el señor Mario Martínez Castillo (q.e.p.d) (folios 23 a 25).

· El 25 de junio de 1991, el Instituto de Cirugía Ocular certificó el grado de complejidad al diagnóstico de Toxoplasmosis (folio 18).

· El 25 de junio de 1991, el Médico Forense de la Dirección General de Medicina Legal concluyó que el actor *“presenta perturbación funcional del órgano de la visión que le impide realizar labores.”* (folio 22).

· El 19 de diciembre de 1991, la División de Salud Ocupacional de la Caja de Previsión Social, realizó un dictamen médico laboral al demandante, en el que conceptuó lo siguiente (folios 139 a 141):

¹ Información tomada del Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 19.

“Se debe sustituir la pensión de su padre Mario Martínez Castillo, ya que su problema visual produce una incapacidad para laborar del 98%”.

· El 10 de marzo de 2006, el actor solicitó al Gobernador del Departamento del Atlántico la sustitución pensional que venía disfrutando la señora Marciana Castillo de Martínez (folios 6 y 7).

· A folios 26 a 29 se encuentra el Acta de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de 24 de julio de 2007, en la que se consagró como porcentaje de la pérdida de capacidad laboral un 60.80%, y como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el 12 de agosto de 1985.

· Por medio de la Resolución No. 000212 de 30 de septiembre de 2008, el Secretario General del Fondo de Pensiones Territorial de la Gobernación del Atlántico, resolvió negar el reconocimiento de la sustitución pensional al señor Hernando Martínez Castillo (folios 8 a 11).

· Mediante Resolución No. 000375 de 17 de noviembre de 2009, la misma autoridad administrativa, confirmó la negación de la sustitución pensional al demandante (folios 13 a 16).

Efectuado el anterior recuento, la Sala abordará el asunto sometido a consideración en el siguiente orden: i) De la sustitución pensional; y, ii) Del caso concreto.

i. 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, esta Corporación, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 3 de marzo de 2011, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, manifestó²:

“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

² Radicado interno No. 5470-05, Actora: Ana Judith Hernández De Rincón.

*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 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"³.

Visto lo anterior se puede concluir, que el fenómeno jurídico de la sustitución pensional es el derecho que tienen una o a 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 los causahabientes laborales.

ii. Del caso concreto

Concretamente, en el presente asunto, el accionante reclama el beneficio de la sustitución de la pensión de jubilación que le reconoció la Caja de Previsión del Atlántico al señor Mario Martínez Castillo, en su condición de padre y económicamente dependiente de él.

Con el objeto de definir tal controversia, se precisa, en primera instancia, establecer la normatividad aplicable. Al respecto, teniendo en cuenta la fecha en que falleció el señor Mario Martínez Castillo, el 30 de diciembre de 1971⁴, la normatividad bajo la

³ T-193 de 1993, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. En le 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.

⁴ Información extraída de la Resolución No. 001 de 7 de febrero de 1973.

cual debe analizarse la situación del señor Hernando Martínez Castillo es la contenida en el Decreto No. 3135 de 1968.

Siendo así, al examinar el artículo 39⁵ del citado Decreto, modificado por el Decreto 434 de 1971 en su artículo 20, se encuentra que:

“Artículo 20. Artículo Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependieran económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los 5 años subsiguientes.

Cuando faltare el cónyuge o los hijos, la sustitución pensional corresponderá a los padres o hermanos inválidos y a las hermanas solteras del empleado fallecido que dependieren económicamente del extinto”.

El artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, al que se hizo referencia, fue subrogado por la Ley 100 de 1993, y estableció lo siguiente:

ARTICULO 275. PENSIÓN EN CASO DE MUERTE. <Artículo subrogado por La ley 100 de 1993. Ver Notas del Editor. El texto original es el siguiente:>

1. Fallecido un trabajador jubilado, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años tendrán derecho a recibir la mitad de la respectiva pensión durante dos (2) años contados desde la fecha del fallecimiento, cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este Código, lo esté disfrutando en el momento de la muerte, y siempre que aquellas personas no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia.

2. Esta pensión se distribuye así : en concurrencia de viuda con hijos, la primera recibe una mitad y los segundos la otra mitad ; si hay hijos naturales, cada uno de éstos lleva la mitad de la cuota de uno legítimo; a falta de hijos todo corresponde al cónyuge, y en defecto de éste, todo corresponde a los hijos.

3. A falta de cónyuge y de hijos, tienen derecho por mitades, a la pensión de que trata este artículo, los padres o los hermanos inválidos o las hermanas solteras del

⁵ **“Artículo 39°.-** Sustitución de pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes”..

fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado.

4. La cuota del grupo que falte pasa al otro, y el beneficiario único de un grupo lleva todo lo de éste.

5. Los beneficiarios de que trata este artículo gozarán de este derecho con la sola comprobación del parentesco mediante las copias de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas y la prueba sumaria de que llenan los demás requisitos". (Lo subrayado es de la Sala).

De las normas transcritas, se concluye, que son tres las condiciones que deben concurrir para que el accionante acceda al beneficio pensional reclamado, a saber: i) demostrar el grado de parentesco referido, esto es, ser hijo del pensionado fallecido; ii) ostentar la condición de inválido, la cual se verificará a la luz de lo establecido en el artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 61 del Decreto 1848 de 1969; y, iii) haber sido económicamente dependiente de la causante.

La primera condición, esto es, la relación de filiación entre el pensionado y el solicitante, se encuentra acreditada con la copia del registro civil de nacimiento del señor Hernando Martínez Castillo, en donde consta que es hijo de de Mario Martínez Castillo y Marciana Castillo de Martínez⁶.

Del segundo requerimiento que trata de la invalidez del hijo del señor Mario Martínez Castillo, se observa:

Dispone el artículo 61 del Decreto 3135 de 1968 que se considera invalido aquel "por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente".

Así mismo se puede afirmar, conforme a lo establecido por el artículo 62 *ibídem*⁷, que la entidad a cargo de efectuar la calificación de incapacidad laboral es aquella en la

⁶ Véase folio 19.

⁷ "ARTICULO 62. CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD LABORAL. 1. La calificación del grado de invalidez se efectuará por el servicio médico de la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial que pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

cual el afiliado pretende su reconocimiento, para el caso que nos ocupa la Caja de Previsión Social.

En ese orden de ideas, se evidencia que la citada Caja de Previsión, Seccional Atlántico, realizó un dictamen el 19 de diciembre de 1991, en la que plasmó lo siguiente:

“1. Antecedentes patológicos relacionados con el estado de invalidez: 1. Catarata ojo izquierdo. Coriorretinitis. Lesiones de toxoplasmosis. Ojo derecho perdido su visión es de sombras.

2. Fecha de iniciación de la enfermedad: Día ----- Mes ----- Año 1954.

3. Inicio de los 180 días de incapacidad: Día ----- Mes ----- Año -----

(...)

5. Síntomas y signos: Toxoplasmosis en ambos ojos. Reducción campos visuales ambos ojos. Desprendimiento de Retina Derecha. Mala percepción de la Luz.

6. Evolución y tratamiento: Cirugía para corregir desprendimiento de la retina en 1957. En 1695 2 intervenciones.

(...)

7.2 Sistema o aparato afectado esencialmente: Sistema de la visión.

(...)

7.4. Exámenes que conforman el diagnostico: 1. Médico oftalmólogo Edilberto de la Cruz de la Espriella, 2 Médico Forense Eduardo Urdaneta 3. Médico oftalmólogo adscrito a CAJANAL.

8. Diagnostico (s) definitivo (s) 1- Lesiones de Toxoplasmosis 2- Catarata ojo izquierdo Coriorretinitis.

8.1. Pronóstico: La cirugía de cataratas no mejora la visión.

9. Concepto de los especialistas sobre el caso. (puede anexarse fotocopia autentica). Se debe sustituir la pensión de su padre, Mario Martínez Castillo, ya que su problema visual produce una incapacidad para laborar del 98%”.

En el presente caso está demostrado que el señor Hernando Martínez Castillo por causa de su *toxoplasmosis*⁸ tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 75%.

2. En defecto de dicha afiliación esa calificación se hará por el servicio médico de la entidad o empresa empleadora.

3. Las entidades y empresas oficiales que no tengan servicio médico, deberán contratar dicho servicio con la Caja Nacional de Previsión Social, para la calificación a que se refiere este Artículo”.

⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/Toxoplasmosis> “La **toxoplasmosis** es una enfermedad infecciosa ocasionada por un protozoo parásito llamado Toxoplasma gondii, un parásito intracelular obligado.

Así mismo está acreditado que su incapacidad se estructuró en el año de 1954, es decir, antes de que su padre, el señor Mario Martínez Castillo (q.e.p.d) falleciera. Por lo que entonces se puede afirmar, que padece de “1- Lesiones de Toxoplasmosis 2- Catarata ojo izquierdo Coriorretinitil”, deficiencias que lo sitúan en estado de incapacidad, que le impiden obtener, por sus propios medios, los recursos necesarios para su sustento, máxime si se tiene en cuenta que a la fecha cuenta con más de 80 años de edad.

Si bien es cierto, el demandante, al momento de fallecer su padre, no realizó ningún trámite para el reconocimiento de la sustitución pensional, pues quien lo efectuó fue la señora Marciana Castillo de Martínez (q.e.p.d.), también lo es, que en aquella época ya ostentaba una enfermedad progresiva que lo llevaría a un estado indiscutible de invalidez. En otras palabras, no se trata de una sustitución pensional a la que ya se le había reconocido a la madre del actor, por cuanto además, de que no es procedente la sustitución de una pensión adquirida por sustitución, lo cierto es que en el presente caso se configuró una enfermedad degenerativa desde mucho antes de que su padre falleciera.

En efecto, nótese en la Certificación expedida por el Instituto de Cirugía Ocular, suscrita el 25 de junio de 1991, cómo la *Toxoplasmosis* fue progresando paulatinamente, a tal punto, que la agudeza visual para el año de 1955 en el ojo de derecho era de -6.25 y en el ojo izquierdo de -4.25 y para el año de 1985 tenía mala percepción de luz en el ojo derecho y -6.00 en el ojo izquierdo, sin dejar de lado que en este último ojo tenía una visión próxima de 0.67, en conclusión, contaba con un alto grado de miopía que hace que su visión sea totalmente precaria, veámos lo que se dijo:

“El señor HERNANDO MARTÍNEZ CASTILLO, paciente que consultó a esta Clínica en el año de 1954, cuando se le hizo diagnostico de Toxoplasmosis en ambos ojos. El paciente recibió tratamiento médico y la agudeza visual para el año de 1955 era:

OD: -6.25 Esférico V: 1.00-

OI: -4.25 Esférico V:0.07

La toxoplasmosis puede causar infecciones leves y asintomáticas, así como infecciones mortales que afectan mayormente al feto, ocasionando la llamada toxoplasmosis congénita. También puede revestir gravedad cuando afecta a recién nacidos, ancianos y personas vulnerables por su condición de déficit de inmunidad.

La enfermedad es considerada una zoonosis, lo que significa que se transmite habitualmente desde los animales a los seres humanos a través de diferentes vías de contagio, siendo los hospedadores definitivos el gato y otras 6 especies de felinos”.

Con reducción de los campos visual en ambos ojos.

En el año de 1957 tuvo un Desprendimiento de Retina en el ojo derecho que fue intervenido quirúrgicamente sin lograr un buen resultado.

En 1965 regresó a esta Clínica cuando fue reintervenido en dos oportunidades del ojo derecho. Ocurriendo entonces hemorragia Intra- Ocular severa por accidente de tránsito.

El paciente fue visto nuevamente ele 12 de agosto de 1985 con:

AV: OD: Mala percepción de luz.

OI: -6.00 (-1.00 x 20) V: 0.05

Visión próxima en el ojo izquierdo sin corrección: 0.67

OD: Tono digital elevado. Cornea: Edematosa con degeneración en banda y sinequias anteriores del iris, fibrosis en cámara anterior y aniridia traumática.

OI: Tensión ocular: 10 AG. Pupila negra central y redonda. Cámara: media. Fondo. Palidez del 2º par y cicatrices de coroidorentitis macular”.

Lo anterior confirma el grado de complejidad de la enfermedad que padece el demandante, puesto que para el año de 1985, prácticamente no veía nada por el ojo derecho, y por el ojo izquierdo, sólo alcanzaba a ver a una distancia no mayor a 67 centímetros⁹, es decir, su situación cada vez fue más gravosa, esto sumado a su edad, lo sitúan en un estado de invalidez absoluta, como efectivamente lo valoró la entidad que, para ese entonces, era la encargada de realizar dicho estudio.

En ese sentido, el dictamen proferido por la Caja de Previsión, Seccional Atlántico, no tiene un carácter adicional del estado; es más, dentro del mismo se estableció la fecha en que inició su enfermedad; razón por la cual, el hecho de que éste se haya expedido con posterioridad a la muerte del causante, y que no haya efectuado ninguna reclamación, no implica que con anterioridad no pueda ser considerado como inválido.

Por otra parte, si bien es cierto el *A – quo* desestimó las pretensiones del demandante con base en el Dictamen de la Calificación que realizó, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, por cuanto la fecha de estructuración de invalidez se causó el 12 de agosto de 1985, no lo es menos, que sus deficiencias se agudizaron desde la fecha en que le fue diagnosticada la toxoplasmosis en el año de 1954.

⁹ Información suministrada por el médico general Dr. Armando Vargas Pérez.

Por lo expuesto, el segundo supuesto debe darse por satisfecho.

Con al ánimo de acreditar la última exigencia referida, esto es, la dependencia económica del actor respecto del señor Mario Martínez Castillo, no obra ninguna prueba que determine radicalmente que eso hubiese sido así, más allá de la declaración que obra dentro del expediente en la que realiza tal afirmación.

No obstante, esta Sala en sentencia de 27 de julio de 2006¹⁰, con ponencia del Dr. Jaime Moreno García, se manifestó que:

“Ha dicho esta Sala que la dependencia económica, en el caso de la sustitución pensional, significa haber necesitado de la protección del causante de la pensión o asignación de retiro para la congrua subsistencia y que tal condicionamiento debe estar presente al momento del fallecimiento del pensionado; no obstante, puede desvirtuarse si se demuestra que el beneficiario cuando menos se encuentra en situación tal que lo capacite para ser laboralmente activo.

Por tal virtud, en cada caso, deben analizarse mediante principios razonados los supuestos de hecho en los que se sitúa el interesado y las pruebas allegadas, con el fin de dilucidar dentro de la particular situación si el peticionario tiene o no derecho a este beneficio especial consagrado por el legislador”.

En ese orden de ideas, la dependencia económica puede desvirtuarse si se demuestra su condición de invalido, como efectivamente ocurrió en el presente caso.

Lo anterior no quiere decir, que sea innecesario aportar las pruebas tendientes a demostrar la dependencia económica del causante, lo que sucede en este caso, particular y concreto, es que primero, se encuentra suficientemente probada la invalidez con la que cuenta el demandante, a tal grado que le fue vedado ejercer cualquier actividad laboral que le hubiese permitido su congrua subsistencia, y segundo, el fallecimiento de su padre ocurrió hace más de 40 años por lo que le resultaría al actor bastante difícil llegar a demostrar tal requisito.

Finalmente es de resaltar que, es evidente que nos encontramos ante una de esas personas que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, ó mejor, un sujeto de especial protección previsto en la Constitución Política, entre los cuales, por mandato

¹⁰ Consejo de Estado, sentencia de 27 de julio de 2006, Actor: Elvira Elizabeth Cantillo Prado, Radicación 47001-23-31-000-2002-00089-01.

de artículo 46, se hallan las personas de la tercera edad, para cuya protección y asistencia se alude a la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia.

Lo anterior tiene que ver en la medida que, no se puede desconocer la situación del demandante, es decir, a la enfermedad que padece y la edad que ostenta, por cuanto es el Estado, la sociedad y la familia quien debe asistir precisamente a las personas de la tercera edad.

Así las cosas, habrá de revocarse la sentencia del *A - quo*. En su lugar, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo siguiente:

El pago de la pensión se hará con efectos fiscales a partir del día 10 de marzo de 2003, por virtud de la prescripción trienal¹¹, pues la petición de la sustitución pensional se radicó el 10 de marzo de 2006.

Las sumas que resulten a favor del demandante, se ajustarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por concepto de diferencias en sus mesadas pensionales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia), 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, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

DECISIÓN

¹¹ Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia del 31 de agosto de 2011, por la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico, denegó las pretensiones de la demanda formulada por Hernando Martínez Castillo en contra del Departamento del Atlántico, En su lugar se dispone,

DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 000212 de 30 de septiembre de 2008 y 000375 de 17 de noviembre de 2009, proferidas ambas por el Secretario General del Fondo de Pensiones Territorial de la Gobernación del Atlántico, en cuanto negaron la sustitución pensional al demandante.

CONDÉNASE al Departamento del Atlántico – Fondo de Pensiones Territoriales- a sustituir y pagar las mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación que percibía el señor Mario Martínez Castillo (q.e.p.d.) al señor Hernando Martínez Castillo, a partir del 10 de marzo de 2003, teniendo en cuenta la actualización conforme a la formula expuesta en la parte motiva.

La presente sentencia deberá cumplirse de acuerdo con los artículos 177 y 178 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA