

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - No se pronuncio entre la compatibilidad de la pensión gracia y la pensión de invalidez / FUNCION INTERPRETATIVA DEL JUEZ – Aplicación del contexto constitucional y legal bajo el principio de la favorabilidad al caso en concreto / ESTADO SOCIAL DEL DERECHO - Finalidad

Si bien, en los términos del artículo 243 de la Carta Política, las sentencias proferidas por la Corte en desarrollo de las atribuciones conferidas en el artículo 241 ibídem hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, el asunto de la compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión de invalidez no se agota bajo los efectos de dicho fenómeno constitucional, por cuanto dicha Corporación al analizar la constitucionalidad del mencionado artículo no emitió pronunciamiento alguno frente al tema, que vincule la decisión del Juez al respecto, ni que limite en manera alguna su función interpretativa en cuanto al alcance de su aplicación, como erradamente lo expone el recurrente, razón por la que se descarta la prosperidad de los argumentos esgrimidos en tal sentido. Al respecto y en cuanto a la función interpretativa del juez, la Sala ha coincidido en que la fijación del alcance hermenéutico de una disposición normativa en procura de su aplicación a un caso concreto, debe encontrarse dirigida dentro de su contexto constitucional y legal, y bajo el principio de favorabilidad que rige los asuntos laborales, a viabilizar en condiciones de justicia y equidad la vigencia del derecho sustancial en discusión, pues la Ley como abstracción genérica no puede regular la totalidad de casos que en torno al tema que define, puedan presentarse. En efecto, la Ley en el Estado Social de Derecho debe entenderse fundamentalmente sobre dos supuestos. El primero se ubica en su carácter general, que implica una abstracción sobre la cual se afirma la determinación de su contenido; se trata pues de acciones o actividades típicas, definidas en forma abstracta a casos genéricos frente a casos individuales. El segundo supuesto, refiere a la razonabilidad de su aplicación, que consiste en la competencia del intérprete para que esa abstracción genérica, a la que por su propia naturaleza le resulta imposible regular la totalidad de los casos, pueda conducirse hacia su eficacia material de manera tal que la aplicación del precepto legal no niegue sino viabilice la vigencia del derecho. Ley y razonabilidad constituyen un binomio que afirma el ámbito de acción del juez, del que dimana la competencia para que al expedir su sentencia -que es una regla jurídica de contenido concreto-, se realice la justicia.

COMPATIBILIDAD DE PENSIONES – Pensión gracia y pensión de invalidez / COMPATIBILIDAD DE LA PENSION GRACIA - Con la pensión de invalidez / PENSION GRACIA Y PENSION DE INVALIDEZ - Compatibilidad

La compatibilidad en el pago simultáneo de la pensión gracia y la pensión de invalidez, pues lo que quiso el Legislador en dicho artículo no fue excluir la posibilidad de percibir dichas pensiones, pues tal interpretación resultaría abiertamente descontextualizada de la finalidad y contenido real de la misma Ley 91 de 1989, que en cuanto al artículo en mención lo que buscó fue conjurar la situación de los docentes que siendo territoriales resultaron inmersos dentro del proceso de nacionalización y que por ende, al ser asumidos sus pagos salariales y prestacionales por la Nación perderían el derecho a la pensión gracia por virtud de la prohibición de la doble asignación del tesoro nacional, razón por la que el Legislador en ejercicio de

su libertad configurativa buscó garantizar la expectativa de dichos docentes frente al abrupto cambio fiscal, estableciendo la compatibilidad pensional para éstos, es decir, que definió la posibilidad de percibir la doble asignación en cuanto a la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación para los docentes nacionalizados, sin que pueda entenderse de ello una definición normativa restrictiva y excluyente respecto de la pensión de invalidez. Debe entenderse entonces, que para los beneficiarios de la pensión gracia, es decir, quienes reúnen los requisitos consagrados en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989 no existe incompatibilidad para la percepción de la pensión de invalidez de la que puedan ser beneficiarios en razón de la pérdida de su capacidad laboral, y viceversa, por lo que los argumentos esbozados en tal sentido dentro del escrito de apelación carecen de vocación para enervar la decisión de a quo en detrimento de la pretensión del señor Gerardo Gutiérrez Gallo.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 - ARTICULO 15 NUMERAL 2 / LEY 114 DE 1913 / LEY 116 DE 1928 / LEY 37 DE 1933

PENSION GRACIA - Docente fallecida / DOCENTE FALLECIDA - Expectativa frente al derecho a la pensión gracia / PENSION GRACIA - Derecho sustituible / SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios / PENSION GRACIA – Imposibilidad de consolidar plenamente el derecho por el hecho insuperable de la muerte. Reconocimiento / CONYUGE SUPERSTITE – Beneficiario de la sustitución pensional

La situación fáctica anteriormente esbozada, implica en primer lugar que la docente fallecida en principio gozaba de una expectativa válida frente al derecho a la pensión gracia de conformidad con el contenido de la normatividad especial que regula la materia a saber las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, toda vez que fue vinculada como docente territorial y posteriormente nacionalizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980. En cuanto a la pensión gracia se ha reconocido que pese a su gratuidad y dada su naturaleza eminentemente pensional, ésta constituye un derecho sustituible, por lo que para tal efecto la gobiernan y resultan aplicables las disposiciones generales que regulan la materia, que por exclusión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 frente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de acuerdo a la fecha de fallecimiento de la causante el 15 de abril de 2001, corresponden a las contenidas y habilitadas en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989. Al respecto, la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles. Así mismo, en su artículo 3° extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al cónyuge superstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido. De lo anterior se infiere con toda claridad, que tienen derecho a la sustitución pensional, los beneficiarios del empleado público que, consolidando el tiempo de servicios necesario para acceder al derecho pensional no hubiese logrado cumplir el requisito de la edad, previsión que además de razonable resulta proporcionada, toda vez que carecería de lógica negar el derecho pensional y su transmisión cuando en casos como éste se ha cumplido el tiempo de servicio exigido legalmente, y la imposibilidad de consolidar plenamente el derecho surge a partir del

hecho insuperable de la muerte. Así las cosas y para el caso concreto, en tanto el requisito de la edad se subsume en el contenido del artículo 1° de la Ley 12 de 1975 y la señora María de Jesús Silva Gutiérrez logró reunir con suficiencia los restantes requisitos consagrados en la normatividad especial para acceder a la pensión gracia, consistentes en la vinculación como docente nacionalizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y el cumplimiento de más de 20 años de servicios docentes ininterrumpidos bajo tal calidad, resulta procedente el reconocimiento del derecho y la sustitución pensional a favor de sus beneficiarios, en este caso a favor del señor Gerardo Gutiérrez Gallo, en calidad de cónyuge supérstite de la causante, quien de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° y 14 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, logró acreditar tal condición con el Registro Civil de Matrimonio y la Resolución No. 0391 del 11 de abril de 2002 allegados a folios 13 y 15 del expediente, respectivamente.

FUENTE FORMAL: LEY 12 DE 1975 / LEY 71 DE 1988 / DECRETO 1160 DE 1989 / LEY 114 DE 1913 - ARTICULO 4 - NUMERAL 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011).-

Radicación número: 15001-23-31-000-2004-01994-01(1071-10)

Actor: GERARDO GUTIÉRREZ GALLO.

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

Apelación Sentencia.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 24 de febrero de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la que se accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor Gerardo Gutiérrez Gallo contra la Caja Nacional de Previsión Social, en procura de obtener el reconocimiento y sustitución de la pensión gracia a que tenía derecho la señora María de Jesús Silva Gutiérrez.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el demandante solicitó al Tribunal Administrativo de Boyacá la nulidad de la Resolución No. 33432 del 17 de diciembre de 2002 por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social negó el reconocimiento de la pensión gracia de la fallecida docente María de Jesús Silva Gutiérrez y la respectiva sustitución pensional a que tenía derecho en calidad de cónyuge supérstite de la misma; y de la Resolución No. 1256 del 20 de febrero de 2004, en la que se desató desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la decisión inicial, confirmándola en todas sus partes.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la Caja Nacional de Previsión Social al reconocimiento y pago post mortem de la pensión gracia a que tenía derecho la señora María de Jesús Silva Gutiérrez a partir del 5 de febrero de 2001 -fecha en que adquirió su status de pensionada- y la sustitución de la misma a su favor como cónyuge de la causante. Demanda además, el pago de intereses comerciales y moratorios, la aplicación de los reajustes sobre las sumas causadas de conformidad con la Ley 71 de 1988 y demás concordantes o complementarias, y el cumplimiento de la condena en los términos del artículo 176 del C.C.A..

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones en forma resumida son los siguientes:

2.1 La señora María de Jesús Silva Gutiérrez nació el 10 de junio de 1953 y fue vinculada como docente al servicio del Departamento de Boyacá desde el 24 de abril de 1974 hasta el 5 de febrero de 2001, fecha en la que fue retirada del servicio por invalidez mediante Resolución No. 0355

del 27 de febrero de 2001, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá.

2.2 El 15 de abril de 2001, tuvo lugar el fallecimiento de la señora María de Jesús Silva Gutiérrez, como consecuencia de la enfermedad terminal que venía padeciendo.

2.3 Mediante Resolución No. 0391 del 11 de abril de 2002, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al señor Gerardo Gutiérrez Gallo en calidad de cónyuge supérstite y único beneficiario de la extinta docente, la sustitución de la pensión de invalidez a que tenía derecho.

2.4 Para la fecha de retiro de la fallecida, ésta había completado un total de 26 años, 9 meses y 11 días de labor docente y aunque no contaba con 50 años de edad, tenía derecho a la pensión gracia, ya que reunía los requisitos y exigencias establecidas en los artículos 1° y 6° de la Ley 114 de 1913, y en cuanto a la edad resultaba imposible su consolidación por causa de su deceso, razón por la que se presentó, mediante escrito radicado el 8 de agosto de 2002 ante la Caja Nacional de Previsión Social, la respectiva solicitud en procura del reconocimiento pensional y la sustitución a favor del señor Gerardo Gutiérrez Gallo como cónyuge sobreviviente, petición que fue negada a través de la Resolución No. 33432 del 17 de diciembre de 2002, con el argumento de la incompatibilidad existente entre la pensión de invalidez que ostentaba la fallecida docente y la pensión gracia reclamada.

2.5 La anterior decisión fue objeto de apelación por parte del señor Gutiérrez Gallo, recurso resuelto desfavorablemente a través de la Resolución No. 1256 del 20 de febrero de 2004, en la que el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social confirmó en todas sus partes el contenido denegatorio del acto administrativo inicial.

Invocó como disposiciones violadas con los actos demandados los artículos: 1°, 2°, 4°, 5°, 13, 25, 29, 58 y demás concordantes de la Constitución Política; 4° de la Ley 4ª de 1966; 1° a 6° de la Ley 114 de 1913, 3°, 4° y 13 de la Ley 39 de 1903; 19 de la Ley 4ª de 1992; 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 2° de la Ley 153 de 1887 y demás concordantes o complementarias.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada (fl. 126 y 127), la parte demandada acudió oportunamente a dar contestación al libelo (fl. 129), escrito de oposición que se concretó en los siguientes puntos:

3.1 Propuso como única excepción la caducidad de la acción.

3.2 Manifestó que los actos acusados fueron expedidos de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, con plena observancia del principio de legalidad, razón por la que se opone a su anulación.

3.3 Afirmó que la pensión gracia reclamada se otorga a los docentes que reúnen la totalidad de requisitos establecidos en la Ley para tal efecto y que en el caso concreto, la docente falleció sin cumplir la edad requerida para acceder al derecho, razón por la que no ostenta titularidad frente al mismo, tornándose improcedente el reconocimiento post-mortem y la sustitución reclamada.

3.4 Precisó que el derecho no se consolidó y que por ende constituía una simple expectativa, obstruida por el hecho insuperable de la muerte de la beneficiaria.

Allegadas las pruebas decretadas mediante auto del 14 de agosto de 2007 (fl. 153), se corrió traslado para alegatos de conclusión con auto del 12 de noviembre de 2008 (fl. 165), oportunidad procesal de la que

hicieron uso las partes y que una vez agotada, permitió la resolución del mérito del asunto propuesto en primera instancia.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 24 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo de Boyacá accedió a las pretensiones de la demanda (fl. 189).

Luego de un sucinto análisis jurisprudencial el a quo concluyó que dicha prestación especial era compatible con la pensión de invalidez por disposición del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que permite la coexistencia de dos regímenes, el especial y el ordinario al que pertenece la pensión de invalidez reconocida a la causante.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos consagrados en la normatividad especial aplicable a la pensión gracia, señaló que el artículo 4° de la Ley 114 de 1913 dispone entre ellos, el cumplimiento de 50 años de edad o el encontrarse en incapacidad por enfermedad u otra causa para obtener lo necesario para su sostenimiento, situación especial a partir de la cual surge igualmente el derecho a obtener dicha prestación especial, infiriéndose entonces que en tales eventos, tan sólo es necesario el cumplimiento del tiempo de servicios exigido, esto es, los 20 años de servicios docentes para proceder al reconocimiento de la pensión gracia, como sucede en el presente caso.

Aunado a lo anterior, señaló que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 12 de 1975, se tiene derecho a la pensión del cónyuge o compañero permanente cuando éste fallece sin cumplir la edad cronológica para acceder al mismo pero con el tiempo de servicios necesario para tal efecto, razón por la que en este caso procede el reconocimiento del derecho pensional aludido y la correspondiente sustitución a favor del señor Gutiérrez Gallo en calidad de conyugue superstite de la fallecida docente.

De acuerdo con lo expuesto procedió a declarar la nulidad de los actos acusados y a ordenar el reconocimiento y sustitución del derecho a la pensión gracia, con efectos fiscales a partir del 5 de febrero de 2001, fecha en la que la docente consolidó su estado de invalidez.

III. LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada acudió oportunamente en apelación para solicitar la revocatoria del fallo y la negativa frente a las pretensiones de la demanda (fl. 201).

Insiste en la incompatibilidad existente frente al pago simultáneo de la pensión gracia y la pensión de invalidez.

Al respecto, afirmó que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, previó únicamente la compatibilidad en el pago de la pensión ordinaria de jubilación y la pensión gracia, más no de ésta última con la de invalidez, razón por la que rechaza la decisión del a quo, por cuanto al ampliar el contenido de la Ley en mención, so pretexto de interpretarla, suplantó una competencia exclusiva del Legislador, desconociendo además pronunciamientos efectuados al respecto por la Corte Constitucional que definieron la constitucionalidad de dicha norma en sentido de descartar la afectación del derecho a la igualdad de quienes se encuentra en estado de invalidez y aspiran a la pensión especial gracia, providencias que hacen tránsito a cosa juzgada absoluta y que implican la rigurosa observancia de su contenido.

Señaló que la decisión del a quo desconoce el derecho de defensa de la Entidad demandada amparado en el artículo 29 de la Carta Política, al omitir el pronunciamiento expreso y pormenorizado respecto de las razones de derecho expuestas por ésta en el escrito de oposición presentado y en el curso del proceso.

Mediante providencia del 30 de junio de 2010, fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la Caja Nacional de Previsión Social (fl. 213). Posteriormente, por auto del 29 de octubre de 2010, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 215), etapa aprovechada por la Entidad accionada para ampliar extemporáneamente el contenido del recurso de alzada y para reiterar los argumentos expuestos, relacionados con la incompatibilidad entre las pensiones objeto del litigio propuesto, en procura de la revocatoria del fallo y la negativa de las pretensiones incoadas por la parte actora (fl. 220).

Agotado el trámite procesal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. CUESTIÓN PREVIA

Previo a abordar el fondo del asunto, advierte la Sala que dentro del escrito de alegatos de conclusión la Entidad demandada propone excepciones y controvierte puntos no ventilados en el debate de primera instancia ni en el recurso de apelación interpuesto, razón por la que resulta improcedente cualquier pronunciamiento al respecto, como quiera que tal situación además de extemporánea, excede el objeto y la finalidad de dicha etapa procesal, en donde resulta inapropiado alegar nuevos hechos o argumentos en procura de obtener el interés jurídico perseguido, atentando contra el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte que se atiene a lo debatido ante el a quo y al contenido mismo de la alzada.

Por lo anterior, la Sala desechará de plano los novedosos argumentos expuestos por la Entidad accionada dentro de los alegatos, precisando como objeto de decisión en esta instancia el contenido del recurso de apelación interpuesto, visible a folio 201 del expediente.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala examinar la legalidad de las Resoluciones Nos. 33432 del 17 de diciembre de 2002 y 1256 del 20 de febrero de 2004, en orden a determinar si existe derecho o no al reconocimiento de la pensión gracia de jubilación en cabeza de la fallecida docente María de Jesús Silva Gutiérrez al ser beneficiaria simultáneamente de una pensión de invalidez, lo que una vez despejado permitirá definir el derecho sustitutivo que al respecto reclama el señor Gerardo Gutiérrez Gallo en calidad de cónyuge supérstite de la causante.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará en primer lugar el análisis pertinente en cuanto a la incompatibilidad pensional alegada, y subsidiariamente, procederá a revisar la situación fáctica que rodea la litis a fin de verificar y establecer la configuración del derecho a la pensión gracia en cabeza de la causante para finalmente definir el asunto relativo a la sustitución pensional reclamada.

3. DE LA PENSIÓN GRACIA Y SU PERCEPCIÓN SIMULTÁNEA CON LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.

En el sub examine, la Entidad recurrente reitera la legalidad de los actos acusados en los que negó el derecho a la pensión gracia de la señora María de Jesús Silva Gutiérrez, fundada en la incompatibilidad existente entre dicha prestación especial y la pensión de invalidez que le fue reconocida, concluyendo la improcedencia de su reconocimiento simultáneo, tesis que sustenta en el contenido literal A del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 en el que se estableció la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación únicamente, y en la Sentencia C-395 de 2007, que al analizar la constitucionalidad de dicho artículo declaró al respecto los efectos de cosa juzgada constitucional y ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-954 de 2000, en la que se había declarado su exequibilidad.

3.1 De la cosa juzgada constitucional.

Sea lo primero precisar, que si bien en la sentencia C-395 de 2007 se demandó la inconstitucionalidad de la expresión "*pensión ordinaria de*

jubilación” contenida en el literal A numeral segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en función de la desigualdad que generaba respecto de los docentes que aspiraban a la pensión gracia y se encontraban percibiendo pensión de invalidez, restringiendo su compatibilidad y habilitándola únicamente en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, frente a lo cual la Corte Constitucional ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-954 del 2000 en la que se declaró la constitucionalidad de la totalidad del artículo en mención, de la lectura integral de las citadas providencias se puede observar que en dicha oportunidad la Corte no abordó ningún análisis material frente al tema propuesto por el censor, ni respecto del asunto aquí planteado, es decir, en cuanto a la incompatibilidad de la pensión gracia y la pensión de invalidez, razón por la que no puede aceptarse que el criterio expuesto en las mismas, resulte aplicable en el sub examine.

En efecto, las citadas providencias y en particular la C-954 del 2000 que contiene la presunta decisión inobservada por el a quo, abordaron un análisis de constitucionalidad del artículo en mención, que implicó una revisión a la luz de la normatividad superior acerca de los destinatarios de la pensión gracia a partir de la extinción del derecho con ocasión del proceso de nacionalización de la educación, los requisitos de acceso a dicha prestación y el límite temporal para su reconocimiento por virtud del régimen de transición consagrado en el literal A del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 demandado, pero de ninguna manera analizó el caso puntual de la incompatibilidad pensional entre la pensión gracia y la pensión de invalidez, ni restringió el alcance de la compatibilidad allí establecida, razón por la que no puede aducirse en cuanto al contenido o criterios allí expuestos los efectos de cosa juzgada absoluta en función del objeto del debate aquí propuesto.

Si bien, en los términos del artículo 243 de la Carta Política, las sentencias proferidas por la Corte en desarrollo de las atribuciones conferidas en el artículo 241 ibídem hacen tránsito a **cosa juzgada constitucional** absoluta,¹ el asunto de la compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión de invalidez no se agota bajo los efectos de dicho fenómeno constitucional, por cuanto dicha Corporación al analizar la constitucionalidad del mencionado

¹ Sentencias C-004, C-170 y C-569 de 1993; C-548 de 1994; A-013 de 1995; C-456 y C-522 de 1998; C-700/99.

artículo no emitió pronunciamiento alguno frente al tema, que vincule la decisión del Juez al respecto, **ni que límite en manera alguna su función interpretativa en cuanto al alcance de su aplicación**, como erradamente lo expone el recurrente, razón por la que se descarta la prosperidad de los argumentos esgrimidos en tal sentido.

3.2 De la función interpretativa del Juez.

Ahora, afirma la Entidad demandada, que el alcance dado por el juzgador de primera instancia -con apoyo jurisprudencial- al contenido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, suplanta la función del Legislador y extralimita la voluntad del mismo, que consistió en compatibilizar únicamente la percepción simultánea de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación.

Al respecto y en cuanto a la función interpretativa del juez, la Sala ha coincidido en que la fijación del alcance hermenéutico de una disposición normativa en procura de su aplicación a un caso concreto, debe encontrarse dirigida dentro de su contexto constitucional y legal, y bajo el principio de favorabilidad que rige los asuntos laborales, a viabilizar en condiciones de justicia y equidad la vigencia del derecho sustancial en discusión, pues la Ley como abstracción genérica no puede regular la totalidad de casos que en torno al tema que define, puedan presentarse.²

En efecto, la Ley en el Estado Social de Derecho debe entenderse fundamentalmente sobre dos supuestos. El primero se ubica en su carácter general, que implica una abstracción sobre la cual se afirma la

² Sentencia del 23 de mayo de 2002. Expediente No. 4798-01. Actor Alberto Nery Ríos Zuleta. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-. C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Sentencia del 2 de octubre de 2008. Rad. No. 0363-08. Actor: María Araminta Muñoz Luque. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. (...) Finalmente, cabe señalar que esta Corporación en providencia del 23 de mayo del 2002, subrayó cómo la Constitución Política consagra el principio de equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo que debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el Ordenamiento Jurídico disposiciones que habilitan al fallador para lograr la eficacia del derecho. Por mandato de nuestra Carta es imprescindible observar estos principios en las actuaciones judiciales, "(...) y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de "súmmum jus summa injuria" -derecho estricto injusticia suprema- que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas o esclavo de la norma escrita, por ley; debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento constitucional (...)".

determinación de su contenido; se trata pues de acciones o actividades típicas, definidas en forma abstracta a casos genéricos frente a casos individuales. El segundo supuesto, refiere a la razonabilidad de su aplicación, que consiste en la competencia del intérprete para que esa abstracción genérica, a la que por su propia naturaleza le resulta imposible regular la totalidad de los casos, pueda conducirse hacia su eficacia material de manera tal que la aplicación del precepto legal no niegue sino viabilice la vigencia del derecho. Ley y razonabilidad constituyen un binomio que afirma el ámbito de acción del juez, del que dimana la competencia para que al expedir su sentencia -que es una regla jurídica de contenido concreto-, se realice la justicia.

El análisis precedente legitima entonces la actividad interpretativa del operador judicial en función de la resolución de los litigios propuestos, y dentro del marco expuesto, de la eficacia misma del derecho, facultad que no puede entenderse en este caso, ligeramente, como la usurpación de la función legislativa ni como un exceso en el ejercicio la actividad judicial.

Bajo las anteriores consideraciones y en cuanto al tema de fondo propuesto en el escrito de apelación, ésta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades acerca del alcance del citado artículo 15 (lit. A. núm. 2º) de la Ley 91 de 1989, que previó expresamente la compatibilidad entre la percepción simultánea de la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación, para precisar que la compatibilidad establecida tiene igualmente efectos frente a la pensión de invalidez, conclusión a la que se llegó luego del siguiente razonamiento:

“La pensión de invalidez se reconoce por la pérdida de la capacidad laboral, lo que no exige, como es lógico, ni tiempo de servicio determinado, ni edad preestablecida, ya que tiene su origen en los percances que puede sufrir el trabajador en el ejercicio de sus labores o en circunstancias de cualquier otra naturaleza que le restan capacidad de trabajo; por ello, su finalidad es la de proteger a quien se halle en esta situación, garantizándole la protección de su derecho a la vida, permitiéndole sufragar sus necesidades a pesar de la disminución de su capacidad laboral.

Por su parte, la pensión gracia fue instituida por la ley 114 de 1913 como un reconocimiento a la importante y difícil labor desarrollada

por los docentes y a su vez, como contraprestación por la baja remuneración que recibían en los entes territoriales a diferencia de aquellos docentes cuyos pagos provenían de la nación. En principio, fue otorgado a los maestros de escuelas primarias oficiales, que cumplieran los requisitos consagrados en el art. 4º, por servicios prestados a los departamentos y a los municipios. Posteriormente, tal prerrogativa se extendió a otros empleos docentes.

En este orden de ideas, es necesario concluir que la pensión gracia, tal como lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina, es una pensión especial que emana de una ley que regula exclusivamente su reconocimiento y pago, y por tal motivo ha sido denominada como "gracia" otorgada por el Estado a los educadores oficiales que cumplieran con los requisitos señalados en los artículos 1º y 4º de la ley 114 de 1913.

Respecto de la compatibilidad entre las dos pensiones, la ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, estableció:

*"A. 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" (se destaca)*

Para la Sala es claro que la citada preceptiva permite expresamente la compatibilidad entre dos tipos de prestaciones sociales: las de carácter ordinario y la especial, esto es, entre la pensión gracia y las demás pensiones consideradas como ordinarias (vejez, jubilación e invalidez).

En efecto, aunque el Legislador de 1913 no previó de manera expresa la coexistencia entre las pensiones gracia y de invalidez, al ser el régimen pensional de los docentes de carácter especial, significa que si en el mismo no se prohibió la compatibilidad de la pensión ordinaria con la gracia, no hay razón para concluir que respecto de ellos exista incompatibilidad para percibir la pensión gracia y la de invalidez, cuando por regla general están habilitados para devengar las dos pensiones.

Así pues, es evidente que las normas que gobiernan la pensión gracia contemplan una excepción a la prohibición establecida en la Constitución Política de recibir dos asignaciones del tesoro público, pues permiten percibir dos pensiones a la vez, la gracia y la ordinaria, e incluso, otorgan la posibilidad de que los beneficiarios puedan seguir devengando un salario en razón a los servicios docentes, mientras continúen laborando hasta la edad de retiro forzoso.

De lo anterior se infiere la compatibilidad en el pago simultáneo de la pensión gracia y la pensión de invalidez, pues lo que quiso el Legislador en dicho artículo no fue excluir la posibilidad de percibir dichas pensiones, pues tal interpretación resultaría abiertamente descontextualizada de la finalidad y contenido real de la misma Ley 91 de 1989, que en cuanto al

artículo en mención lo que buscó fue conjurar la situación de los docentes que siendo territoriales resultaron inmersos dentro del proceso de nacionalización y que por ende, al ser asumidos sus pagos salariales y prestacionales por la Nación perderían el derecho a la pensión gracia por virtud de la prohibición de la doble asignación del tesoro nacional, razón por la que el Legislador en ejercicio de su libertad configurativa buscó garantizar la expectativa de dichos docentes frente al abrupto cambio fiscal, estableciendo la compatibilidad pensional para éstos, es decir, que definió la posibilidad de percibir la doble asignación en cuanto a la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación para los docentes nacionalizados, sin que pueda entenderse de ello una definición normativa restrictiva y excluyente respecto de la pensión de invalidez.

Debe entenderse entonces, que para los beneficiarios de la pensión gracia, es decir, quienes reúnen los requisitos consagrados en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989 no existe incompatibilidad para la percepción de la pensión de invalidez de la que puedan ser beneficiarios en razón de la pérdida de su capacidad laboral, y viceversa, por lo que los argumentos esbozados en tal sentido dentro del escrito de apelación carecen de vocación para enervar la decisión de a quo en detrimento de la pretensión del señor Gerardo Gutiérrez Gallo.

Despejado lo anterior, corresponde establecer en este caso la existencia del derecho a la sustitución de la pensión gracia en cabeza del demandante como cónyuge de la causante, de conformidad con la normatividad aplicable.

4. CASO CONCRETO.

En el sub examine, da cuenta el plenario a folios 13, 15, 65, 93 y 162 del expediente, que la señora María de Jesús Silva Gutiérrez nació el 10 de junio de 1953 y laboró ininterrumpidamente como docente territorial y posteriormente nacionalizada al servicio del Departamento de Boyacá desde el 24 de abril de 1974 hasta el 5 de febrero de 2001, momento a partir del cual fue retirada del servicio por efecto de la situación de invalidez que le sobrevino y que habilitó a su favor el reconocimiento de la pensión ordinaria

prevista para tal contingencia mediante Resolución No. 0391 del 11 de abril de 2002, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se encuentra probado además el deceso de la docente, ocurrido el 15 de abril de 2001, según consta en el certificado defunción visible a folio 14 del proceso.

La situación fáctica anteriormente esbozada, implica en primer lugar que la docente fallecida en principio gozaba de una expectativa válida frente al derecho a la pensión gracia de conformidad con el contenido de la normatividad especial que regula la materia a saber las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, toda vez que fue vinculada como docente territorial y posteriormente nacionalizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980.

Ahora, para la fecha de fallecimiento de la señora María de Jesús Silva Gutiérrez, esta reunía más de 26 años de servicio y 47 años de edad, lo que supone en principio que no logró consolidar el status jurídico de pensionada por el hecho irremediable de su muerte. Sin embargo, al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

En cuanto a la pensión gracia se ha reconocido que pese a su gratuidad y dada su naturaleza eminentemente pensional, ésta constituye un derecho sustituible,³ por lo que para tal efecto la gobiernan y resultan aplicables las disposiciones generales que regulan la materia, que por exclusión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 frente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴ y de acuerdo a la fecha de fallecimiento de la causante el 15 de abril de 2001, corresponden a las contenidas y habilitadas en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989.

³ Sentencia del 4 de marzo de 2010. Rad. Int. 0824-09. Sección segunda Subsección A.

⁴ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.(...)⁴

Al respecto, la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles. Asimismo, en su artículo 3° extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al cónyuge supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido.⁵

Por su parte, la Ley 12 de 1975, cuyo contenido en materia de sustitución pensional se habilitó por disposición expresa del artículo 3° de la Ley 71 de 1988, dispuso:

“ARTÍCULO 1o. El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas.” (Se resalta)

De lo anterior se infiere con toda claridad, que tienen derecho a la sustitución pensional, los beneficiarios del empleado público que, consolidando el tiempo de servicios necesario para acceder al derecho pensional no hubiese logrado cumplir el requisito de la edad, previsión que además de razonable resulta proporcionada, toda vez que carecería de lógica negar el derecho pensional y su transmisión cuando en casos como éste se ha cumplido el tiempo de servicio exigido legalmente, y la

⁵ *“ARTÍCULO 3o. Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:*

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.

2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.”

imposibilidad de consolidar plenamente el derecho surge a partir del hecho insuperable de la muerte.

Así las cosas y para el caso concreto, en tanto el requisito de la edad se subsume en el contenido del artículo 1° de la Ley 12 de 1975 y la señora María de Jesús Silva Gutiérrez logró reunir con suficiencia los restantes requisitos consagrados en la normatividad especial para acceder a la pensión gracia, consistentes en la vinculación como docente nacionalizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y el cumplimiento de más de 20 años de servicios docentes ininterrumpidos bajo tal calidad, resulta procedente el reconocimiento del derecho y la sustitución pensional a favor de sus beneficiarios, en este caso a favor del señor Gerardo Gutiérrez Gallo, en calidad de cónyuge supérstite de la causante, quien de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° y 14 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, logró acreditar tal condición con el Registro Civil de Matrimonio y la Resolución No. 0391 del 11 de abril de 2002 allegados a folios 13 y 15 del expediente, respectivamente.⁶

Bajo las anteriores consideraciones se impone para la Sala la confirmación del fallo apelado; no obstante, se modificará el contenido de la decisión únicamente en cuanto a la fecha de reconocimiento y sustitución pensional, pues de acuerdo a la situación fáctica del caso y a la norma que habilitó su concesión, ha de entenderse que el derecho se causó a partir de la muerte de la señora María de Jesús Silva Gutiérrez, es decir, desde el 15 de abril de 2001 y no desde la fecha en que operó el retiro del servicio, fecha a partir de la cual le fue reconocida la pensión de invalidez respectiva, **lo que descarta, en ausencia de prueba en contrario, la insuficiencia de recursos para solventar su sostenimiento** que habilitaría el derecho desde

⁶ "ARTÍCULO 6o. Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional: 1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente {y a falta de éste}, al compañero o a la compañera permanente del causante.

{Se entiende que falta el cónyuge:

a). Por muerte real o presunta;
b). Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
c). Por divorcio del matrimonio civil.}

"ARTÍCULO 14. Prueba del estado civil y parentesco. El estado civil y parentesco del beneficiario de la sustitución pensional, se comprobará con los respectivos registros notariales o en su defecto con las partidas eclesiásticas y demás pruebas supletorias."

su retiro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° numeral 6° de la Ley 114 de 1913.⁷

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-Sección "A" administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 24 de febrero de 2010 dentro del proceso instaurado por el señor Gerardo Gutiérrez Gallo contra la Caja Nacional de Previsión Social, en sentido de precisar que la fecha de reconocimiento, sustitución y pago del derecho a la pensión gracia es desde el 15 de abril de 2001. En lo demás,

CONFÍRMASE la decisión del a quo pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Se **ACÉPTASE** la renuncia de poder visible a folio 231 del expediente y **RECONÓCESE** personería para actuar como apoderada de la Caja Nacional de Previsión Social a la Doctora María Rocío Trujillo García, identificada con Tarjeta Profesional No. 23.361 del C. S. de la J..

⁷ Ley 114 de 1913. Artículo 4°. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

1°. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

2°. Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.

3°. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

4°. Que observa buena conducta.

5°. Que si es mujer, está soltera o viuda.

6°. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento." (Resalta la Sala)

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación N.º 150012331000200401994 01 (1071-10) Actor: Gerardo Gutiérrez Gallo.