

AVOCA CONOCIMIENTO PARA PROFERIR SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SOBRE LA NORMA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN GRACIA POST MORTEM

La Sala observa que está llamada a establecer criterios uniformes, como quiera que se ha verificado la existencia de pronunciamientos divergentes respecto a la normativa aplicable para reconocer a los beneficiarios del docente fallecido la pensión gracia post mortem. Nótese que la función de unificación jurisprudencial propende por brindar certeza a los usuarios de la administración de justicia, para que las decisiones se funden una interpretación uniforme, que garantice los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica. (...) [S]e ha partido de la premisa general según la cual, en materia de sustitución pensional, la norma aplicable es la vigente para la fecha del fallecimiento del causante. Sin embargo, de este presupuesto se han derivado dos entendimientos: el primero consistente en que al estudiar la pensión gracia post mortem, para determinar el precepto en rigor se acude a las normas generales anteriores a la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que para los excluidos de la referida Ley, en los términos del artículo 279, continúan vigentes el Decreto Ley 244 de 1972, las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 1160 de 1989. El segundo entendimiento refiere que para analizar la pensión gracia post mortem se aplica la Ley 100 de 1993, si esta norma está vigente a la fecha del deceso, porque dicha pensión estaba a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y el artículo 279 ibídem, solamente exceptúa las prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así pues, en materia de los beneficiarios se ha acudido a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, de modo que el cónyuge supérstite o compañero permanente debe acreditar 5 años de convivencia previos al fallecimiento. Ciertamente, a partir del anterior recuento jurisprudencial se constata que ha sido muy prolífica la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado entorno a la pensión gracia post mortem. No obstante, es evidente la diversidad de criterios jurisprudenciales, situación que amerita la expedición de una sentencia de unificación donde se definan la normativa aplicable. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a los criterios finalísticos de la elaboración de extensión de jurisprudencia, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011. En cuanto a la aplicación de las normas generales anteriores a la Ley 100 de 1993 en materia de sustitución pensional de la pensión gracia post mortem, en virtud del artículo 279 que excluye a los docentes de la aplicación del sistema integral de seguridad social en pensiones; por tanto, el cónyuge supérstite solo debe acreditar la convivencia con el causante al momento del fallecimiento, ver: C. de E, Sentencia del 31 de octubre de 2018, Rad. 23001-23-33-000-2013-00007-01 (1576-14). Respecto a la acreditación del vínculo matrimonial mediante el registro civil como único requisito de acreditación para que el cónyuge supérstite tenga derecho a la pensión gracia post mortem, ver: C. de E, Sentencia del 3 de septiembre de 2020, Rad. 05001-23-33-000-2015-01052-01 (2758-17). Referente a cuando el docente fallece teniendo 20 años de servicios, pero sin la edad de 50 años; procede el reconocimiento de la pensión gracia post mortem a la cónyuge supérstite con fundamento en la Ley 12 de 1975, ver: C. de E, Sentencia del 28 de septiembre de 2006, Rad. 15001-23-31-000-1999-00391-01 (7961-05). Sobre los eventos donde el docente oficial fallece sin el requisito de edad, pero con por lo menos 18 años de servicios continuos o discontinuos y la cónyuge tiene derecho a la sustitución pensional, ver: C. de E, Sentencia del 27 de mayo de 2019, Rad. 68001-23-33-000-2013-01011-01, (2855-14). Frente a la procedencia de acudir directamente a la Ley 100 de 1993, si estaba vigente al momento del deceso del causante, para reconocer la pensión gracia post mortem, ver: C. de E, Sentencia del 10 de octubre de 2019, Rad. 05001-23-33-000-2014-01015-01 (3211-16).

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 271 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 102 / LEY 2080 DE 2021 – ARTÍCULO 79 / LEY 71 DE 1988 / DECRETO REGLAMENTARIO 1160 DE 1989 / LEY 224 DE 1972 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 279 / LEY 33 DE 1973 / LEY 12 DE 1975 / LEY 71 DE 1988 / DECRETO REGLAMENTARIO 1160 DE 1989

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 23001-23-33-000-2014-00444-01(1655-17)

Actor: ROBY ROSY RAMOS REYES

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Asunto: Auto avoca conocimiento para unificación

Tema: Sustitución pensional – pensión de sobrevivientes- pensión gracia

I. ASUNTO

1. La Sección Segunda del Consejo de Estado, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹, con fundamento en los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 14 numeral 2 del Reglamento Interno del Consejo de Estado² y 14.2 del Acuerdo 80

¹ Numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política.

² Acuerdo No. 80 de 12 de marzo de 2019.

«ARTÍCULO 14.- OTROS ASUNTOS ASIGNADOS A LAS SECCIONES SEGÚN SU ESPECIALIDAD. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:

[...]

del 12 de marzo de 2019 estudia si es procedente avocar el conocimiento del proceso de la referencia, con la finalidad de proferir sentencia de unificación jurisprudencial. Esto en el marco del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

La demanda

2. El señor Roby Rosy Ramos Reyes en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita la nulidad de la resolución PAP 004688 de 21 de mayo de 2010, por medio de la cual, la entonces Caja Nacional de Previsión Social, le negó la pensión gracia post mortem.

3. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento y pago de la pensión gracia post mortem y su sustitución, en la calidad de cónyuge supérstite de la docente fallecida, Fulvia Judith Hernández Galeano, efectiva desde el 10 de noviembre de 2006.

4. Igualmente, pidió el reconocimiento y pago de las mesadas causadas, junto con los correspondientes aumentos legales anuales y mesadas adicionales de junio y diciembre, debidamente indexadas.

5. Pidió que la condena se ajuste conforme el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 189 y 192 ibídem.

Hechos

6. La señora Fulvia Judith Hernández Galeano nació el 29 de mayo de 1958 y falleció el 9 de noviembre de 2006, a la edad de 48 años, 5 meses y 10 días. Prestó sus servicios como docente desde el 12 de abril de 1978 hasta el 9 de noviembre de 2006, acumulando 28 años, 6 meses y 27 días. A la fecha de su deceso no tenía reconocida la pensión gracia.

2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos [...]».

7. La docente fallecida y el demandante, señor Roby Rosy Ramos Reyes, contrajeron matrimonio el 10 de septiembre de 2005, pero el actor afirma que con anterioridad convivieron bajo el mismo techo de forma real y efectiva. En la demanda se relató que la causante sufragaba los gastos del hogar con su salario y que no procrearon hijos.

Concepto de violación

8. Invocó como fundamentos de derecho los siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 25, 29, 47, 48, 53, 58, 95.

El Acto Legislativo 01 de 2005.

Del Código Civil, los artículos 27, 30 y 31.

De la Ley 114 de 1913, los artículos 1 y 4.

De la Ley 153 de 1887, el artículo 2.

De la Ley 91 de 1989, el artículo 15 numeral 2º literal a).

De la Ley 812 de 2003, el artículo 81.

De la Ley 71 de 1988, los artículos 3 y 11.

Del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, el artículo 6.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 36, 46, 47 y 279.

9. Explicó que la pensión gracia es un “*régimen especial*”, que no hace parte del Sistema General de Seguridad Social en pensiones regulado por la Ley 100 de 1993. Lo anterior dado que, el artículo 279 ibídem indica expresamente que aquella no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

10. Resaltó que según el Consejo de Estado en sentencia de 4 de marzo 2010 en materia de sustitución de la pensión gracia se acude a las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993 contenidas en la Ley 71 de 1988 y el Decreto reglamentario 1160 de 1989³.

11. Así pues, resaltó que en el caso bajo estudio procede el reconocimiento de la pensión gracia post mortem, toda vez que la docente fallecida prestó sus servicios en una institución del orden municipal en virtud del nombramiento efectuado por una autoridad territorial.

³ Consejo de Estado, sentencia de 4 de marzo de 2010, proceso con radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01 (0824-09).

12. En cuanto a los beneficiarios de la sustitución pensional, invocó los artículos 12 y 11 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, resaltando que admiten la calidad de compañero permanente a quien haya hecho vida marital con el causante durante el año anterior al fallecimiento.

13. Señaló que desde antes de contraer matrimonio con la docente había convivido con ella bajo unión marital de hecho, por tanto, es procedente la sustitución de la pensión gracia post mortem, cuyo objeto es proteger a los familiares que dependían económicamente del trabajador.

14. Afirmó que en caso de acudir a la Ley 100 de 1993, lo cierto es que los requisitos que deben acreditar los beneficiarios dependen de sí el fallecido estaba pensionado o sólo era afiliado al sistema. En ese sentido resaltó que solo se exige el requisito de convivencia con el causante durante 5 años antes del deceso, cuando el causante ya estaba pensionado.

Sentencia de primera instancia

15. El Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante sentencia de 15 de diciembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda⁴.

16. Explicó que, si bien la normativa que regula la pensión gracia no contempla específicamente la sustitución a los beneficiarios del docente, también es cierto que no la prohibió, ni previó la pérdida del derecho como consecuencia del fallecimiento del docente. Por consiguiente, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado se aplican las normas que regulan de forma general la sustitución pensional, con la finalidad de proteger a los familiares del docente fallecido.

17. El *a quo* efectuó entonces el recuento de los preceptos aplicables al asunto, entre ellos las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 71 de 1988 y el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Bajo esta línea argumentativa concluyó que:

“Toda vez que, para el momento del deceso de la señora Fulvia Judith Hernández Galeano, esto es, 9 de noviembre de 2006, se encontraba vigente el artículo 47 de la ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, debe analizarse el problema jurídico

⁴ Folios 345-352

planteado a partir de los presupuestos para el reconocimiento de la pensión gracia, así como para su sustitución conforme el régimen general”.

18. Frente al requisito de convivencia no menor a 5 años con anterioridad a la muerte de la docente, exigido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el Tribunal adujo que, a pesar de los testimonios recaudados en el proceso “*se destaca que sobre la cohabitación son coincidentes las deponentes en afirmar que se dio desde el año 2002 y hasta el fallecimiento de la señora Fulvia Hernández, es decir por un periodo aproximado de 4 años, pues antes, reiteran, que el señor Ramos Reyes se encontraba fuera de la ciudad*”.

19. Por consiguiente, como no se acreditó la convivencia por el tiempo exigido en la citada norma, se concluyó que no hay lugar a reconocer al demandante como beneficiario de la pensión gracia post mortem.

Recurso de apelación

20. La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión⁵.

21. Reprocha que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; las Leyes 114 de 1913; 116 de 1928; 71 de 1988; y los artículos 6 y 7 del decreto reglamentario 1160 de 1989.

22. Aduce que se valoraron indebidamente las pruebas legalmente aportadas al proceso, toda vez que al analizarlas se deduce que el accionante tiene derecho a reconocimiento de la pensión gracia post mortem y su sustitución.

23. Asevera que el demandante acreditó la condición de cónyuge supérstite de la afiliada fallecida, tal como consta en el registro civil de matrimonio, por ello solicita se reconozca la sustitución de la pensión gracia post mortem.

24. Indica que el fallo censurado desconoció el artículo 279 de la ley 100 de 1993, norma que exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones.

25. Reiteró que el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de marzo de 2010, señaló que en materia de pensión gracia las normas aplicables para la sustitución

⁵ Folios 355-368

pensional son la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, que continuaron vigentes y produciendo efectos para aquellas personas excluidas de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993⁶.

26. Al respecto aduce el recurrente que *“la sustitución y beneficiarios de la pensión gracia se encuentran consagrados en los artículos 6 y 14 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989 y 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 y no como erradamente lo señaló el a quo en la providencia objeto del recurso de apelación”*.

27. Advierte que si el empleado público fallece habiendo cumplido el tiempo de servicios para el reconocimiento pensional pero sin la edad requerida, en todo caso sus beneficiarios tienen derecho a la sustitución pensional, como lo ha expresado el Consejo de Estado en sentencia de 17 agosto 2011, en virtud de lo dispuesto por la Ley 12 de 1975⁷.

28. Por lo tanto, la parte recurrente invoca la aplicación del artículo 1 de la Ley 12 de 1975, toda vez que la cónyuge fallecida cumplió 20 años de servicio, pero no la edad de 50 años. Esto en armonía con lo previsto en los artículos 6 y 14 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, resaltando que acreditó la condición de cónyuge supérstite con el registro civil de matrimonio.

29. Por otra parte, sostiene que, aunque se acuda a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de los requisitos que debe cumplir el cónyuge supérstite o compañera permanente, la convivencia únicamente se exige para los beneficiarios del pensionado, pero no en el caso del afiliado.

30. La parte actora solicita que se valoren nuevamente los testimonios recaudados en el proceso, que en su criterio no fueron debidamente estudiados por el Tribunal, insistiendo en que acreditó que convivió bajo el mismo techo compartiendo lecho y mesa con la afiliada fallecida, primero en unión libre y luego en virtud del matrimonio.

⁶ Consejo de Estado, sentencia el 4 agosto 2010, radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01 (0824-09).

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda subsección A, sentencia del 17 de agosto de 2011, proceso con radicado 15001-23-31-000-2004-01994-01 (1071-10).

III. CONSIDERACIONES

31. Para dar trámite al presente asunto, la Sección Segunda estudia si en el caso concreto se dan los presupuestos exigidos por el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 79 de la Ley 2080 de 2021 para decidir de oficio si procede dictar una sentencia de unificación jurisprudencial

32. De acuerdo con las normas citadas, el Consejo de Estado puede asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, de los tribunales, a solicitud de parte, a petición del Ministerio Público o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, precisar su alcance o resolver divergencias en su interpretación y aplicación.

33. La Corte Constitucional, en la sentencia C-816 de 2011⁸, al estudiar el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 que regula la extensión de jurisprudencia, definió que con arreglo a lo previsto por el artículo 270 ídem, la elaboración de las sentencias de unificación corresponde a uno de los siguientes criterios: “(i) *finalístico o de unificación y definición jurisprudencial*; (ii) *material o de importancia jurídica o trascendencia pública del asunto*; (iii) *funcional o de decisión de recursos extraordinarios o de revisión*”.

34. En este caso, la necesidad de unificar jurisprudencia emerge del primero de los criterios señalados, esto es, el finalístico de unificación y definición jurisprudencial. La Sala observa que está llamada a establecer criterios uniformes, como quiera que se ha verificado la existencia de pronunciamientos divergentes respecto a la normativa aplicable para reconocer a los beneficiarios del docente fallecido la pensión gracia *post mortem*.

35. Nótese que la función de unificación jurisprudencial propende por brindar certeza a los usuarios de la administración de justicia, para que las decisiones se funden una interpretación uniforme, que garantice los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica.

⁸ M.P. Mauricio González Cuervo

36. Visto lo anterior, la Sala expondrá brevemente las providencias de esta Corporación, destacando que, pese a la ausencia de líneas jurisprudenciales uniformes, se pueden identificar diversas interpretaciones respecto a la normativa aplicable, así:

Aplicación de normas anteriores a la Ley 100 de 1993

37. Primera interpretación de la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989. Convivencia con el causante solo al momento del fallecimiento

-. En las providencias que pasan a referenciarse se ha sostenido que en materia de sustitución pensional la pensión gracia post mortem se rige por las normas generales anteriores a la Ley 100 de 1993, en virtud del artículo 279 que excluye a los docentes de la aplicación del sistema integral de seguridad social en pensiones; por tanto, el cónyuge supérstite solo debe acreditar la convivencia con el causante al momento del fallecimiento, esto en virtud de la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989. Sobre el particular se pueden consultar las siguientes providencias:

-Fallo del 10 de noviembre de 1996, proceso con radicado 11223: “Ámbito de aplicación de la norma acusada. No obstante lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279.

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, porque los exceptuados en el Artículo 279 ibidem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.

-Sentencia del 31 de marzo de 2005, proceso con radicado 25000-23-25-000-1997-06283-01 (4518-02): “La pensión de jubilación gracia cuenta con un régimen especial que la regula en cuanto a sus titulares, requisitos, etc. Esta normatividad no contempla la sustitución pensional por lo que la Jurisdicción ha recurrido al régimen general de la sustitución de pensión de jubilación ordinaria de la rama administrativa. De las normas transcritas se concluye: -) En los Arts. 3º de la Ley 71/88 y 6º del Decreto reglamentario 1160 de 1989 se consagraron los órdenes sucesorales pensionales,

aplicables en principio por la administración respecto de los servidores públicos a quienes se destina y sus beneficiarios”.

*-Sentencia del 31 de octubre de 2018, proceso con radicado 23001-23-33-000-2013-00007-01 (1576-14), :“En esta dirección, se advierte que, conforme a lo dispuesto por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no resulta aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, ese ordenamiento jurídico, motivo por el cual este personal, en lo atinente a la sustitución pensional, deberá regirse por lo previsto en la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, contrario a lo que sucede con los profesores que no se encuentran vinculados al mencionado fondo, dado que ellos sí resultarían cobijados por los preceptos de la aludida Ley 100. (...) En relación con la posibilidad de que el accionante demuestre los 5 años de convivencia con la señora Adalgiza Sofía Álvarez Vertel (q.e.p.d.) en cualquier tiempo, y no necesariamente sean los inmediatamente anteriores a su deceso, esta sala aclara que tal término no le es exigible al actor, pues la normativa que rige el derecho pretendido no hace referencia a ningún lapso, **debido a que sólo va a demostrar la convivencia con el causante al momento de su fallecimiento** (...).” (Resaltado fuera de texto).*

38. Segunda interpretación del Decreto Reglamentario 1160 de 1989. Solo se requiere acreditar el vínculo matrimonial: Conforme esta tesis se ha entendido que para tener derecho a la pensión gracia post mortem el cónyuge supérstite únicamente requiere acreditar el vínculo matrimonial, mediante el registro civil, en estos casos también se ha acudido a la Ley 71 de 1988 y al Decreto Reglamentario 1160 de 1989.

-Sentencia del 17 de agosto de 2011, proceso con radicado 15001-23-31-000-2004-01994-01 (1071-10). “(...) 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”.

-Sentencia del 3 de septiembre de 2020, proceso con radicado 05001-23-33-000-2015-01052-01 (2758-17) “En este orden de ideas, teniendo en cuenta la normatividad y la jurisprudencia a las que se ha hecho alusión en esta providencia, se concluye que para efectos del reconocimiento de la sustitución pensional de la causante, no resultan aplicables las disposiciones de la Ley 100 de 1993, pues como se indicó, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se

encuentran excluidos de su aplicación, en virtud de lo previsto en el artículo 279 de la misma Ley.

Por lo tanto, en este caso se debe dar aplicación a las disposiciones sobre sustitución pensional contenidas en el artículo 3 de la Ley 71 de 1988 y en el Decreto 1160 de 1989, normas que consagran este derecho a favor del cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Al respecto se advierte que las citadas normas no establecieron un tiempo mínimo de convivencia como requisito para acceder a la sustitución pensional, sino que, solamente establecieron como requisito para esta prestación, acreditar la calidad de cónyuge o de compañero o compañera permanente del pensionado". (Resaltado fuera de texto).

39. **Ley 12 de 1975.** Se ha indicado que cuando el docente fallece teniendo 20 años de servicios, pero sin la edad de 50 años; en estos casos procede el reconocimiento de la pensión gracia post mortem a la cónyuge supérstite con fundamento en la Ley 12 de 1975, "*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación*".

-Sentencia del 28 de septiembre de 2006, proceso con radicado 15001-23-31-000-1999-00391-01 (7961-05): "*Como se sabe la pensión gracia es una pensión especial, que se rige por las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, cuyo pago es asumido por la Caja Nacional de Previsión.*
(...)

En el plenario, se repite, está probado que el causante prestó sus servicios al Estado por más de 20 años y que sólo esperaba el cumplimiento de la edad requerida para reclamar la pensión gracia, requisito que constituye únicamente una condición para su exigibilidad pero en modo alguno para su nacimiento.

*El Tribunal consideró que la actora no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, razonamiento que es equivocado, ya que **no es la Ley 100 de 1993 la que gobierna el caso sometido a estudio, sino la Ley 12 de 1975, que habilita la edad cronológica para tener derecho a la prestación** (...)*". (Resaltado fuera de texto).

40. **Decreto Ley 224 de 1972.** En los eventos donde el docente oficial fallece sin el requisito de edad, pero con por lo menos 18 años de servicios continuos o discontinuos, entonces se ha considerado que la cónyuge tiene derecho a la sustitución pensional, aplicando el Decreto Ley 224 de 1972, "*Por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente*".

-Sentencia de 28 de enero de 2010, proceso con radicado 05001-23-31-000-2004-05315-01 (1026-07): "*De tal suerte que al establecer que las disposiciones que contemplan el derecho a reclamar la pensión gracia de*

jubilación (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) no hacen relación alguna en el evento del fallecimiento de un docente antes de cumplir los 20 años de servicios, para efectos del reconocimiento de la prestación aludida, y por encontrarnos ante una pensión con carácter especial como lo es la pensión gracia, se debe dar aplicación a las normas que contempla dicha prestación; sin embargo, frente al vacío de la ley y ante las circunstancias especiales y particulares, como en este caso es el fallecimiento del docente en forma violenta antes de cumplir con los 20 años de labores, como es el aquí controvertido, la Sala acudirá no sólo al sentido común, sino a la aplicación de los principios de favorabilidad, equidad y proporcionalidad dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972, teniendo en cuenta que por no encontrarse regulado este evento por las normas especiales de la pensión gracia, esta encaja dentro de las circunstancias particulares de los actores”.

-Sentencia del 27 de mayo de 2019, proceso con radicado 68001-23-33-000-2013-01011-01, (2855-14): “Para el caso concreto, y en aplicación a los principios de equidad, proporcionalidad y favorabilidad se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Ley 224 de 1972, para lo cual la Sala determinará que la causante al haberse vinculado con el magisterio entre el 14 de octubre de 1977 al 28 de mayo de 1997, día en el que ocurrió el deceso, alcanzó a cumplir más de los dieciocho (18) años en la prestación de servicio de docente con carácter nacionalizado, que la norma consagra, lo que conlleva que acreditó las exigencias previstas por el régimen general de los docentes, para acceder a la pensión gracia post mortem de la cual solicita el cónyuge supérstite la sustitución, junto a los demás requisitos que consagra la pensión gracia en las disposiciones mencionadas.

*En estas condiciones, se confirmará la sentencia apelada, en el entendido que **es requisito necesario que el causante hubiese trabajado como docente oficial por lo menos 18 años para que se le reconozca el derecho a la pensión gracia post mortem conforme a lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972** y de esa forma sustituírsela a favor del demandante, pues como quedó demostrado en el sub lite, la señora Sara María Pinto de Becerra (q.e.p.d.) laboró como docente nacionalizado al servicio del Departamento de Santander, por el espacio de 19 años, 7 meses y 15 días”. (Resaltado fuera de texto).*

Aplicación de la Ley 100 de 1993

41. A la luz de este criterio, se acude directamente a la Ley 100 de 1993, si estaba vigente al momento del deceso del causante, en el entendido que la exclusión del artículo 279 no comprende la pensión gracia, pues se trata de una pensión del orden nacional, reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social, no por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por tanto, se ha procedido a verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, se traen a colación las siguientes providencias:

-Sentencia del 25 de mayo de 2006, proceso con radicado 05001-23-31-000-1999-03041-01(7507-05): “Examinadas pues las normas que rigen la pensión gracia de jubilación (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), se advierte que el legislador no se ocupó particularmente, del tema de la sustitución de esta prestación, es decir, no estableció un orden sucesoral o de beneficiarios a quienes pudiera trasladársele la pensión, al momento de fallecer el empleado jubilado.

No obstante lo anterior, considera esta Sala que resulta aplicable al asunto examinado el sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, pues conforme a lo dispuesto en su artículo 279, dicha situación no encajaría dentro de las excepciones que allí se prevén, pues la gracia es una pensión del orden nacional reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social.

-Sentencia del 10 de octubre de 2019, proceso con radicado 05001-23-33-000-2014-01015-01 (3211-16): “Debe indicarse además, que la aplicación de la Ley 100 de 1993, para efectos de sustitución de pensión gracia y de reconocimiento post mortem de dicha prestación ha sido aceptado por esta Corporación en pronunciamientos de la Subsección A de la Sección Segunda, tales como el realizado en sentencia de 28 de enero de 2010, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 0500 -23-31-000-2004-05315-01(1026-07) (...).

De las anteriores precisiones, y en relación con este caso, se extrae que para el caso son plenamente aplicables en el sub lite las previsiones señaladas en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, por lo que **para el reconocimiento de la pensión gracia post mortem deberá acreditar la demandante que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte**”. (Resaltado fuera de texto).

-Sentencia del 18 de marzo de 2021, proceso con radicado 25000-23-42-000-2016-01989-01 (2864-18). “En cuanto a la ley que gobierna la sustitución pensional [pensión gracia], esta Subsección en diferentes oportunidades ha considerado que las disposiciones aplicables son aquellas vigentes al momento del fallecimiento del causante. Por tal razón, no le asistió razón al a quo cuando decidió acudir a la Ley 71 de 1988 y su Decreto reglamentario 1160 de 1989 para resolver la controversia, por cuanto el deceso del señor Carlos Julio Gaspar Moreno se produjo el 15 de diciembre de 2013. Para la fecha del fallecimiento del docente pensionado, frente a la sustitución pensional estaba vigente la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003”.

42. De la lectura de las anteriores providencias, a manera de síntesis preliminar, se observa que se ha partido de la premisa general según la cual, en materia de

sustitución pensional, la norma aplicable es la vigente para la fecha del fallecimiento del causante.

43. Sin embargo, de este presupuesto se han derivado dos entendimientos: el primero consistente en que al estudiar la pensión gracia post mortem, para determinar el precepto en rigor se acude a las normas generales anteriores a la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que para los excluidos de la referida Ley, en los términos del artículo 279, continúan vigentes el Decreto Ley 244 de 1972, las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 1160 de 1989.

44. El segundo entendimiento refiere que para analizar la pensión gracia post mortem se aplica la Ley 100 de 1993, si esta norma está vigente a la fecha del deceso, porque dicha pensión estaba a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y el artículo 279 ibídem, solamente exceptúa las prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así pues, en materia de los beneficiarios se ha acudido a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, de modo que el cónyuge supérstite o compañero permanente debe acreditar 5 años de convivencia previos al fallecimiento.

45. Ciertamente, a partir del anterior recuento jurisprudencial se constata que ha sido muy prolífica la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado entorno a la pensión gracia post mortem. No obstante, es evidente la diversidad de criterios jurisprudenciales, situación que amerita la expedición de una sentencia de unificación donde se definan la normativa aplicable.

46. La definición de las citadas reglas de unificación adquiere especial relevancia en el asunto bajo estudio, como quiera que corresponderá a la Sala cuando dicte decisión de fondo establecer si el actor, en su calidad de compañero permanente y cónyuge supérstite, para tener derecho al reconocimiento de la pensión gracia post mortem, ¿sólo requería demostrar la existencia del vínculo matrimonial?, conforme lo aduce en el recurso de apelación; ¿la convivencia con la causante al momento de su deceso? o si debía acreditar el requisito de convivencia por 5 años con la docente fallecida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

47. Dada la existencia de diversa normativa que ha sido aplicada para definir el derecho a la pensión gracia post mortem es necesario, con un criterio finalístico de unificación y definición jurisprudencial, fijar reglas de interpretación, atendiendo a los principios de igualdad y seguridad jurídica, sin perjuicio de que se examinen otros temas que resulten necesarios y conexos para definir el asunto sometido al conocimiento de esta Sala.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

PRIMERO: AVOCAR el conocimiento del presente asunto con el objeto de proferir sentencia de unificación jurisprudencial.

SEGUNDO: Con el objeto de asegurar la aplicación de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, **COMUNÍQUESE** la presente decisión a los tribunales administrativos y a los coordinadores de los juzgados administrativos del país, para los efectos que consideren pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sesión de la fecha,

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
(Firmado electrónicamente)

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
(Firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER
(Firmado electrónicamente)

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
(Firmado electrónicamente)

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
(Firmado electrónicamente)