

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2018-00713-00
Demandante	MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Asunto	SUSTITUCION PENSION SOBREVIVIENTE

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promueve la señora MARIELA DE AVILA VILLEGAS en nombre y representación de la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Pretensiones

- Pretende la parte demandante se declare la nulidad de la Resolución No. 3472 del 18 de mayo de 2018, por la cual se niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS;
- Además, que se declare la nulidad de la Resolución No. 3846 del 19 de junio del 2018, por la cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 3472 del 18 de mayo de 2018 donde se decidió mantener la negativa al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS.

- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se le reconozca y pague a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS en calidad de hija de la docente fallecida, señora MARIELA DE DE AVILA VILLEGAS, como beneficiaria de la pensión de sobreviviente y se liquide y pague el retroactivo pensional e intereses de mora generados por el no pago dentro del término legal, de las mesadas pensionales, desde el día 01 de febrero de 2018, fecha en la cual se suspendió el pago de la pensión de sobreviviente al señor ASCICLO DE AVILA JIMENEZ con ocasión a su fallecimiento, que acaeció el 26 de enero de 2018.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Que la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGA, es hija de la finada MARIELA VILLEGAS DE DE AVILA, y quien laboró como docente en el Distrito de Cartagena de Indias-Secretaría a de Educación Distrital de Cartagena, y quien falleció el 14 de febrero de 1999, mientras aún se encontraba laborando.
- Que el señor ACISCLO DE AVILA JIMENEZ en calidad de cónyuge de la finada MARIELA VILLEGAS DE DE ÁVILA solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.
- Que el Ministerio de Educación nacional ante el Departamento de Bolívar mediante la Resolución No. 0586 del 09 de agosto de 1999 reconoció dicha pensión de sobreviviente, y de la cual el señor ACISCLO DE ÁVILA JIMÉNEZ gozó hasta el día de su fallecimiento el 26 de enero de 2018.
- Que la señora MAGDALENA DE ÁVILA VILLEGAS quien es hija de los señores MARIELA VILLEGAS DE DE ÁVILA Y ACISCLO DE ÁVILA JIMÉNEZ, solicitó la pensión de sobreviviente de su madre finada, debido a que padece de trastorno esquizofrénico paranoide, por lo que la Junta regional de Calificación de Invalidez desde el 26 de noviembre de 2002, realizó calificación de invalidez, la cual arrojó una PCL de un



52.65%, teniendo como fecha de estructuración de la invalidez desde 10 de septiembre de 1997, lo que generaba la dependencia económica de sus padres.

- Aunado a ellos, por trámite judicial adelantado ante el juzgado Quinto de Familia de Cartagena, mediante sentencia de fecha 12 de diciembre de 2005, decretó la interdicción definitiva por trastorno afectivo bipolar I, de la señora MAGDALENA DE ÁVILA VILLEGAS, nombrando curadora definitiva de la misma, a la señora MARIELA DE ÁVILA VILLEGAS, quien dentro del presente proceso figura como representante de la demandante.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas que la parte demandante estima violadas son:

Constitucionales: 11, 48, 53

Legales: Ley 100 de 1993 artículos 46, 47 y 74.

Como concepto de su violación, en síntesis, expone que en el acto acusado la entidad accionada se abstiene de aplicar el régimen general de seguridad social contemplado en la Ley 100 de 1993, y negó la pensión de sobreviviente solicitada, desconociendo los principios de igualdad y favorabilidad que la jurisprudencia viene aplicando en casos similares.

2. CONTESTACIÓN

2.1. DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

La parte demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, contestó la demanda solicitando se denieguen las pretensiones, debido a que la accionante no probó en debida forma el cumplimiento de uno de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en sentencia T-273 de 2018, como lo es, *la dependencia económica del hijo en situación de invalidez con el causante*; señala el demandado a través de su apoderado judicial que la parte demandante pretende demostrar la dependencia económica mediante una declaración jurada, la cual se puede tener como un mero indicio, pero no como prueba; así mismo señala que el certificado

emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, data de año 2002, por lo que la demandante debían probar la subsistencia de la discapacidad a la fecha de solicitud de la pensión de sobreviviente. (Fls. 76 - 81)

Propuso como excepciones de mérito o de fondo:

- ✓ Carencia de acervo probatorio
- ✓ Buena fe

2.2. FIDUPREVISORA – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ENTIDAD VINCULADA

Luego de ser vinculadas al proceso no presentaron contestación de demanda.

3. ACTUACION PROCESAL

En el desarrollo del proceso, se cumplieron todas las etapas procesales, tales como: admisión de la demanda (Fls. 46 - 47), notificación a las partes (Fl. 48-49).

En curso de la audiencia inicial, se desarrollaron las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA, dentro de la cual se fijó fecha de audiencia de pruebas para la práctica de pruebas testimoniales (Fls. 151 – 154); dicha audiencia de pruebas se desarrolló tal como lo describe el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 157-162)

4. ALEGACIONES

La parte demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS alegó de conclusión reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda; además, manifestó que el Distrito de Cartagena no está llamado a responder frente las pretensiones de la demanda, toda vez que es al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le corresponde determinar

de fondo dentro del asunto, ya que todos los temas atinentes a las prestaciones de los docentes, se encuentran sujetos al trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005, y debe ser aprobado por Fiduprevisora S.A. que es la entidad que administra los recursos del magisterio. (Fls. 166 - 167).

A tu turno FIDUPREVISORA - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL en sus alegatos de conclusión puso de presente su disposición a atenerse a la decisión que se adopte frente al litigio, señalando que, si le asiste el derecho la entidad, deberá pagar la mesada pensional de la docente MARIELA VILLEGAS DE DE ÁVILA, a favor de su hija incapaz y demandante dentro del presente proceso, señora MAGDALENA DE ÁVILA VILLEGAS, puesto que considera la demandada, que los testigos no fueron los idóneos, como tampoco se logró validar la información sobre la manutención de la demandante, en razón a que la representante legal de la demandante dentro del presente proceso, quien funge como curadora de la demandante incapaz, no fue llamada a rendir testimonio. (Fls. 167-171)

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

EL Ministerio Público no rindió concepto.

6. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

IV.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de

los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que se evidencia en el sub-lite.

Igualmente le asiste competencia a este Tribunal, con fundamento en el numeral 3 del artículo 156 del CPACA.

2. PROBLEMA JURIDICO

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar:

¿Tienen derecho la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS en su calidad de hija de la finada docente MARIELA VILLEGAS DE DE AVILA al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente contemplada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993?

3. TESIS

La Sala de Decisión concederá las pretensiones de la demanda y reconocerá y ordenará el pago de la pensión de sobreviviente a la demandante prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad.

Por otra parte, se declarará probada de oficio, la excepción de falta legitimación en la causa por pasiva del Distrito de Cartagena; en consideración, a que las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no están a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente territorial.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La pensión de sobreviviente para el personal docente fue establecida en el Decreto 224 de 1972, dicha norma dispuso en su artículo 7° lo siguiente:

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

De lo anterior se tiene que, el régimen especial que ampara a los beneficiarios del docente fallecido, consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes pero solo para los profesores que hubiesen laborado en planteles oficiales durante **18 años continuos o discontinuos**, caso en el cual se habilita para el conyugue y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento.

De otra parte, el **Régimen General de Seguridad Social** consagrado en la Ley 100 de 1993, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de las personas y de la comunidad para obtener una calidad de vida digna, mediante la protección de las diversas contingencias que les afecten, estableció como orientación del mismo el principio de universalidad, en virtud del cual dicho sistema se concibe como una garantía de protección para todas las personas, sin discriminación alguna, en todas las etapas de la vida.

Frente a la contingencia de muerte del afiliado, el Sistema prevé la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del mismo y establece como requisitos para su obtención:



“ARTICULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
 - a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. (...).”*

De la lectura de los dos regímenes se observa, que existe una diferencia ostensible en los requisitos para acceder a la prestación, pues mientras el Decreto 224 de 1972, establece un requisito de bastante exigencia; como es, la prestación del servicio del docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993, resulta ser más beneficiosa al requerir solo 26 semanas de cotización.

En este caso, la aplicación del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales están encaminadas a mitigar los efectos de la viudez¹.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en casos similares al que se juzga en este proceso², la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia del cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencias Nos. 2409-01 del 25 de abril de 2002, 1707-02 del 6 de marzo de 2003 y 0880-07 del 22 de mayo de 2008.

favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad, como ocurre en el sub examine, en el cual las previsiones contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas a los docentes bajo la misma contingencia.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector³, en tal sentido precisó:

“El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta (...).”

“...No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la

³ Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995.

Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exigible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...)."

Advierte la Sala que si bien, tal pronunciamiento fue hecho a raíz de la mesada pensional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada del mes de junio), los razonamientos que esbozó la Corte resultan aplicables al caso de la pensión de sobreviviente de los docentes, en cuanto ellos se refieren a la aplicación de la norma más favorable contenida en el régimen general.

Aunado a lo anterior, el mismo artículo 288 de la precitada Ley 100 de 1993 desarrolla la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, al prescribir taxativamente lo siguiente:

"Artículo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Ley y en Leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley."

De lo anterior se concluye con toda claridad que la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultar el acceso a los derechos mínimos consagrados en la Legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.

La Ley 100 de 1993 contempla en el artículo 47 quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobreviviente.

"ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:



a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.*

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;*

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

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

Así las cosas, si se cumplen los requisitos contemplados en el régimen general para acceder a la pensión de sobrevivientes, resulta forzoso concluir, que en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, los beneficiarios de un docente tienen derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993.

Conforme lo expuesto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados.

5. CASO CONCRETO

5.1. HECHOS PROBADOS

- 5.1.1. Copia del Formato de calificación de invalidez de la señora MAGDALENA DE ÁVILA VILLEGAS, en la que se califica como inválida por enfermedad mental con fecha de estructuración de invalidez desde 10 de septiembre de 1997, elaborada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el día 26 de noviembre de 2002. (Fls. 14-19)}
- 5.1.2. Informe Médico rendido por el psiquiatra particular, Doctor Ricardo Alfonso Haydar Ghisays, médico tratante de la señora MAGDALENA DE ÁVILA VILLEGAS, en el cual realiza un análisis cronológico de la enfermedad que padece la demandante. (Fls. 33-38)
- 5.1.3. Copia de la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2005 emitida por el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena, en la cual se decreta la interdicción definitiva, por trastorno afectivo bipolar tipo I, a la señora MAGDALENA DE ÁVILA VILLEGAS y se nombra como curadora definitiva de la misma a la señora MARIELA DE ÁVILA VILLEGAS. (Fl.20-27)
- 5.1.4. Resolución No. 3472 de 18 de mayo de 2018 y Resolución No. 3846 de 19 de junio de 2018, expedidas por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente y se resolvió el recurso de reposición, de la solicitud realizada por la señora Magdalena de Ávila Villegas. (Fls. 9-13)
- 5.1.5. Copia de la Resolución No. 0586 de 09 de agosto de 1999, por la cual se le reconoce la pensión de sobreviviente al señor ACISCLO DE ÁVILA JIMÉNEZ como cónyuge de la finada MARIELA VILLEGAS DE DE ÁVILA. (Fls. 28-29)
- 5.1.6. Registro civil de nacimiento de la señora MAGDALENA DE ÁVILA VILLEGAS en la que se acredita el parentesco con la finada MARIELA VILLEGAS DE DE ÁVILA, como hija y madre. (Fl.30)
- 5.1.7. El fallecimiento de la señora MARIELA VILLEGAS DE DE ÁVILA mediante Registro civil de defunción de la misma. (Fl.32)

5.1.8. El fallecimiento del señor ACISCLO DE ÁVILA JIMÉNEZ mediante registro civil de defunción. (Fl.31)

5.1.9. Testimonios de los señores Rocío Bermúdez y Lisandro Caraballo, practicados en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 2 de agosto de 2021, quienes manifestaron conocer a la Señora MAGDALENA DE ÁVILA VILLEGAS, la necesidad de las atenciones especiales debido a su enfermedad, así como también la dependencia económica de la accionante frente a sus padres.

5.2. DEL ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de la Resolución No. 3472 del 18 de mayo de 2018, por la cual se niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS;

Además, que se declare la nulidad de la Resolución No. 3846 del 19 de junio del 2018, por la cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 3472 del 18 de mayo de 2018 donde se decidió mantener la negativa al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS.

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se le reconozca y pague a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS en calidad de hija de la docente fallecida, señora MARIELA DE DE AVILA VILLEGAS, como beneficiaria de la pensión de sobreviviente y se liquide y pague el retroactivo pensional e intereses de mora generados por el no pago dentro del término legal, de las mesadas pensionales, desde el día 01 de febrero de 2018, fecha en la cual se suspendió el pago de la pensión de sobreviviente al señor ACISCLO DE AVILA JIMENEZ con ocasión a su fallecimiento, que acaeció el 26 de enero de 2018.

La parte demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, debido a que la accionante no probó en debida forma el cumplimiento de uno de los requisitos

establecidos por la Corte Constitucional en sentencia T-273 de 2018, como lo es, *la dependencia económica del hijo en situación de invalidez con el causante*; señala el demandado a través de su apoderado judicial que la parte demandante pretende demostrar la dependencia económica mediante una declaración jurada, la cual se puede tener como un mero indicio, pero no como prueba; así mismo señala que el certificado emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, data de año 2002, por lo que la demandante debían probar la subsistencia de la discapacidad a la fecha de solicitud de la pensión de sobreviviente.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Conforme los hechos probados relacionados en precedencia, se tiene que la causante, señora; VILLEGAS DE DE ÁVILA, prestó sus servicios como docente del Distrito de Cartagena de Indias – Secretaría de Educación Distrital de Cartagena hasta el día de su muerte el día 14 de febrero de 1999.

Así mismo, se tiene que el 24 de mayo de 1999, el señor ACISCLO DE ÁVILA JIMENEZ, en calidad de cónyuge supérstite de la señora MARIELA VILLEGAS DE DE ÁVILA, solicitó al FOMAG, el reconocimiento y pago de la sustitución de una pensión vitalicia de jubilación; petición que fue resuelta positivamente mediante la Resolución No. 0586 de 09 de agosto de 1999, reconociendo el pago de la suma de seiscientos veinte tres mil doscientos sesenta y ocho pesos (\$623.268, 00), correspondiente al 100% de valor, del cual fue beneficiario hasta su fallecimiento el 26 de enero de 2018.

De igual forma, se demostró la calidad de hija de la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS, y su dependencia económica frente a sus padres; dependiendo últimamente del padre, quien adquirió la pensión de sobreviviente de la madre de la demandante.

Precisa la Sala, que la pensión de sobreviviente para el personal docente fue establecida en el Decreto 224 de 1972; dicha norma dispuso en su artículo 7º, que para tener derecho a dicha pensión los beneficiarios del docente fallecido, es necesario que el fallecido, hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o discontinuos.

De conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial que antecede, a la luz del numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cumplido **alguno** de los siguientes requisitos:

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos **veintiséis semanas al momento de la muerte**.
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 estableció como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

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



parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicara el criterio previsto por el artículo 38 de la ley 100 de 1993;

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

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

Parágrafo.- Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil."

De la lectura de los dos regímenes se observa, que como se precisó en el marco normativo y jurisprudencial, el régimen contemplado en la ley 100 de 1993, resulta más favorable que el régimen especial contemplado en el Decreto 224 de 1972; por lo que, por razones de justicia y aplicación de criterios de equidad, se debe aplicar el régimen general, por resultar beneficioso para la parte actora.

Itera la Sala, que como se explicó en el marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia, tanto la jurisprudencia contenciosa, como la constitucional, han concluido en que el régimen pensional especial, debe ceder ante el general, cuando este resulte más favorable; pues no resulta razonable que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector.

Así las cosas, establecido que en el sub judice resulta aplicable el régimen que gobierna la pensión de sobrevivientes consagrado en la ley 100 de 1993; procede la Sala a determinar si a la parte actora le asiste dicho derecho.

Para la Sala, en el presente caso se cumplió con las exigencias previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 respecto del derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, dado a que se cotizaron más de 26 semanas al momento de su muerte, aspecto que no se encuentra en discusión por ninguna de las partes y que consta como cumplido mediante la Resolución No. 0586 del 09 de agosto del 1999, por la cual se reconoció

pensión de sobreviviente al señor ACISCLO DE AVILA en calidad de cónyuge de la finada MARIELA VILLEGAS DE DE AVILA.

Es necesario precisar, que en el sub jndice, el señor ACISCLO DE AVILA, no fue beneficiario de una sustitución pensional; sino de una pensión de sobreviviente; teniendo en cuenta, que al momento de la muerte de su cónyuge -MARIELA VILLEGAS-, esta no estaba pensionada, sino en servicio activo; de tal manera que el derecho pensional fue reconocido de manera primigenia al señor ACISCLO DE AVILA, en su calidad de cónyuge supérstite; por lo que la reclamación que formula la accionante en el sub examine, no implica una sustitución pensional, frente a otra sustitución anterior.

En este orden, realizada la anterior precisión, procede la Sala, a verificar si la demandante reúne los requisitos legales, para acceder a la prestación deprecada.

En relación con lo dispuesto en el artículo 47, la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS, acreditó su calidad de hija, además, arrió al plenario, pruebas que acreditan la discapacidad que padece desde el 10 de septiembre de 1997, con una pérdida de la PCL del 52.65% tal como se evidencia en el Formato de Calificación de Invalidez de fecha 26 de septiembre de 2002, el cual la califica como invalida por enfermedad mental, elaborada por la Junta Regional De Calificación de Invalidez; informe médico en el que se realiza un análisis cronológico de la enfermedad; la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2005, por la cual el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena decretó la interdicción definitiva, por trastorno afectivo bipolar tipo I, a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS y nombró como curadora definitiva de la misma a la señora MARIELA DE AVILA, en razón a su discapacidad; así como también los testimonios de los señores ROCÍO BERMÚDEZ y LISANDRO CARABALLO quienes manifestaron las condiciones especiales de la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS y su dependencia económica respecto a sus finados padres; siendo finalmente, después de la muerte de su madre, completamente dependiente del padre.

De la valoración de las pruebas relacionadas en precedencia, concluye la Sala, que a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS, como hija con discapacidad del causante tiene derecho al reconocimiento del 100% de

la pensión de sobreviviente que había sido a su vez reconocida a su padre, señor ACISCLO DE AVILA JIMENEZ; a partir del día siguiente al fallecimiento de dicho señor.

Es dable precisar, que en el sub lite, lo que se discute es la sustitución de una pensión de sobreviviente, pues cuando falleció la señora MARIELA VILLEGAS DE DE AVILA -14 de febrero de 1999-, ella no tenía el estatus de pensionada; por lo que se itera, al cónyuge supérstite - ACISCLO DE AVILA JIMENEZ- se le reconoció fue pensión de sobreviviente, y no una sustitución pensional.

Así mismo, considera la Sala pertinente acotar, que la pensión de sobreviviente debió reconocerse en favor del cónyuge supérstite y de la hija discapacitada; ya que su invalidez se estructuró desde el 10 de septiembre de 1997, es decir, con anterioridad a la muerte de la señora MARIELA VILLEGAS DE DE AVILA; no obstante ello, a juicio de la Sala, resulta procedente la sustitución del 100% de la pluricitada prestación en favor de la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS, ya que por una parte, su estado de incapacidad mental le impedía ejercer directamente la defensa de sus derechos -tratándose además de un derecho fundamental cuya titularidad radica en cabeza de un sujeto de especial protección constitucional- y por otra, el derecho al reconocimiento pensional es imprescriptible.

Por otra parte, en cuanto al monto pensional a reconocer, el artículo 48 de la pluricitada Ley 100, dispuso:

“ARTICULO. 48.-Monto de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.”

Por lo expuesto en precedencia, esta Magistratura accederá a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de la Resolución No. 3472 de 18 de mayo de 2018 y Resolución 3846 de 19 de junio de 2018 y en su lugar ordenará al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que reconozca y pague a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS pensión de sobreviviente en cuantía del 100% que percibía el señor Acisclo De Ávila.

Ajuste de valor

La pensión de sobrevivientes que se reconoce tendrá los reajustes de Ley y deberá ser actualizada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, aplicando la siguiente fórmula, mes a mes:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante desde la fecha de fallecimiento de la causante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Excepción de Falta de Legitimación en la causa por Pasiva del Distrito de Cartagena.

La Sala procede a estudiar de oficio la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito de Cartagena; manifestando ab initio, que la declarará probada por las razones que se exponen a continuación.

Advierte la Sala que El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta

especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9º de la citada ley indica que **las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional**, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

En armonía con las anteriores disposiciones, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 ordena que las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado sean reconocidas por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el educador, e igualmente que el acto administrativo de reconocimiento de las mismas debe constar en una resolución que lleve, además, la firma del coordinador regional de prestaciones sociales del mismo Ministerio, en la respectiva regional.

En ese mismo orden, se tiene que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, señala:

"RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial".

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamenta el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispone:

"Artículo 2º Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)

En igual sentido, el artículo 3º del decreto en cita expresa:



“Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada **a través** de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (...)

Ahora bien, en decisión de la Subsección “B” de la sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis que se comparte en su integridad por esta Sala, respecto a la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados, en el que señaló⁴:

⁴ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección “B” Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 14 de febrero de 2013, radicación No. 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12), Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS, Demandado: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-AUTORIDADES NACIONALES



“Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente⁵.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, **cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.**

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar⁶ una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, **ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”.** (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, es claro para esta Corporación, que en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados interviene, tres entidades: la Secretaría de Educación de la entidad territorial, donde presta sus servicios el docente, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.

Sin embargo, para efectos fiscales y patrimoniales, los recursos que se afectan con cualquier decisión relativa a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son los

⁵ En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁶ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”.

de este Fondo, que es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, **está representada por el Ministerio de Educación Nacional** y tiene como finalidad de acuerdo al artículo 5° de la Ley 91 de 1989, el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, es decir de los docentes.

Las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que incurran los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a ello hubiere lugar.

Por otra parte, frente a la prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva del Distrito de Cartagena, se releva la Sala de estudiar las excepciones formuladas por dicha entidad.

6. De la Prescripción.

La prescripción de los derechos laborales, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que estableció un término de prescripción de 3 años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación sea exigible, sin embargo, el simple reclamo escrito del empleado ante la entidad sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe dicha prescripción, pero por un lapso igual al anteriormente mencionado. Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

Precisa la Sala, que en el sub examine, la prescripción se estudia a partir de la muerte del señor DE AVILA JIMENEZ, titular de la pensión de sobreviviente y no del fallecimiento de la señora VILLEGAS, por cuanto, se itera, el no

ostentó la calidad de pensionada. En ese orden, el señor DE AVILLA falleció el 26 de enero de 2018; y la petición elevada por la actora para la sustitución de la pensión de sobreviviente, se presentó el 28 de febrero de 2018; interrumpiendo de esa forma la prescripción de las mesadas causadas a partir del fallecimiento del señor DE AVILA; igualmente, la accionante presentó la demanda dentro de los tres años siguientes a la interrupción del término de prescripción, el 16 de octubre de 2018.

Así las cosas, para la Sala, en el sub lite no ha operado la prescripción de alguna de las mesadas pensionales, por haber sido reclamadas dentro del término de ley.

7. Condena en Costas

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría General de esta Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva del Distrito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 3472 de 18 de mayo de 2018 y Resolución No. 3846 de 29 de junio de 2018, expedida por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA, por la cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a la señora Magdalena De Ávila Villegas en su calidad de hija de la finada Mariela Villegas De De Ávila, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia, ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconocer y pagar a la señora MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS, en cuantía del 100%; la sustitución de la pensión que percibía el señor ACISCLO DE AVILA JIMENEZ, reconocida mediante la Resolución 0586 de 9 de agosto de 1999.

Igualmente se ordena el pago de las mesadas causadas desde la muerte del causante, esto es a partir del 26 de enero de 2018.

El valor de la condena, será actualizado, conforme a la fórmula indicada en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR que no ha operado la prescripción de las mesadas retroactivas; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

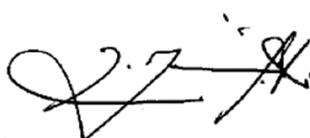
QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada; liquídense por la Secretaría General de esta Corporación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO: CUMPLIR la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: Ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Aclaró voto



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

13001-23-33-000-2018-00713-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2018-00713-00
Demandante	MAGDALENA DE AVILA VILLEGAS
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Asunto	SUSTITUCION PENSION SOBREVIVIENTE

II. ACLARACION

Con el debido respeto ante el resto de los integrantes de la Sala Plena, aclaro mi voto en el sentido que con el objeto de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador estableció la denominada pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación..

En ese orden de ideas, el grupo familiar cuenta con el derecho a reclamar bien la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes según sea el caso, una vez fallezca el **AFILIADO** del sistema pensional correspondiente, lo que ya lleva a la conclusión que no podría reclamarse una sustitución de quien ya venía percibiendo una sustitución o una pensión de sobrevivientes de alguien quien venía percibiendo una pensión de sobrevivientes.

En el caso que ocupó a la Sala, el derecho aquí reclamado nació al momento del fallecimiento de la afiliada señora MARIEL VILLEGAS DE DE AVILA, y es a partir de allí que se debió reconocer la pensión de sobreviviente a la aquí demandante en proporción al 50% y el otro 50% al cónyuge señor ACISCLO DE AVILA JIMENEZ, ahora bien, una vez fallecido el cónyuge nacía el derecho de la demandante a el acrecimiento de su pensión en el otro 50%.

Bajo estas razones, aclaro la decisión de la sala mayoritaria.



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Magistrado