

13001-33-33-008-2017-00228-01

Cartagena de Indias D.T. y C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2017-00228-01
Accionante	ANA ESTELA MIRANDA CUETO Notificaciones 17@silviarugelesabogados.com
Accionado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	PENSIÓN SOBREVIVIENTE - aplicación del Decreto 758 de 1990
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Pasa al Despacho: 09 de agosto del 2019

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia dictada en audiencia de fecha veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018)¹, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA²

1.1.1 Pretensiones.

La demandante señaló como pretensiones en síntesis siguientes:

- Se declare la nulidad de la Resolución No. 0033 del 26 de enero de 2017, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, por el cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO; y el silencio administrativo negativo resultante de la falta de pronunciamiento de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLÍVAR al recurso de fecha 02 de marzo de 2017 interpuesto por la demandante en contra de la Resolución No. 0033 del 26 de enero de 2017.

¹ Folios 108-120 cdr.1

² Folios 1-43 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00228-01

- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita: se ordene a las entidades demandadas (i) a reconocer a la accionante la pensión de sobreviviente de su finado esposo y al pago de retroactividad de las mesadas pensionales a partir de los años 2014, 2015, 2016, 2017 y las que se causen a futuro; (ii) indexación de las mesadas pensionales desde el año 2014; (iii) dar cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.1.2 Hechos

Se señalan como fundamentos fácticos en la sentencia de primera instancia los que se relata a continuación:

- El señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, se desempeñó como docente adscrito a la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, desde el 12 de marzo de 1981 hasta el 03 de mayo de 1993, fecha en la cual falleció por riesgo común.
- El señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, contrajo matrimonio católico con la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO el día 23 de diciembre de 1979, vínculo matrimonial, sociedad conyugal y convivencia marital que se mantuvo hasta el día 03 de mayo de 1993, fecha de su fallecimiento.
- Al momento de su fallecimiento, el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, tenía un tiempo total de servicio prestados como docente a la Secretaria de Educación de Bolívar, de 12 años, 1 mes y 22 días, contados a partir de la fecha en que se vinculó en propiedad y cotizando en pensiones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Que mediante solicitud radicada bajo el No. 2016-PENS-370785 del 06 de septiembre de 2016, la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO, solicitó a la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar el pago de una pensión post-mortem por el fallecimiento de su esposo el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, docente adscrito a dicha entidad.
- Que mediante Resolución No. 0033 del 26 de enero de 2017, la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, negó a la

13001-33-33-008-2017-00228-01

accionante el reconocimiento y pago de la pensión solicitada, por considerar que su finado esposo debió cumplir 18 años de servicios como requisito mínimo, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 244 de 1972.

- Mediante escrito de fecha 02 de marzo de 2017, la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO, a través de apoderado, interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución No. 0033 del 26 de enero de 2017, sin que haya sido resuelto dentro de los 2 meses siguientes, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo.

1.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

En el acápite correspondiente a las normas violadas se señala el incumplimiento de las siguientes: artículo 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 expedido por el Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 1990 por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Aduce que, si bien es cierto el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, durante su vinculación laboral estuvo cobijado por el régimen prestacional del Magisterio, esto es, el establecido en el Decreto 224 de 1972, lo cierto es que el régimen de seguridad social general establecido en el Acuerdo 49 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, vigente para la fecha de los hechos, resulta más favorable para la accionante, por lo que debe ser este último el que se le aplique y, en consecuencia, acceder al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por cumplimiento de los requisitos mínimos.

2. Contestación de la demanda

2.1. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO³

Esta entidad contestó la demanda, en el término establecido para ello, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos de hecho y derecho para su prosperidad y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demanda, pues actuó conforme a los procedimientos establecidos en la ley especial de prestaciones y de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo de Fondo,

³ Folio 75-89 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00228-01

como máxima autoridad para proferir los procedimientos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PENSIONAL POR APLICACIÓN DE RÉGIMEN EXCEPTUADO.
2. PRESCRIPCIÓN.
3. PAGO DE LO NO DEBIDO.
4. COMPENSACIÓN.
5. BUENA FE.
6. INNOMINADA.

2.2. DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR⁴

Esta entidad contestó la demanda, en el término establecido para ello, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.
2. EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL.
3. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN LEGAL.
4. GENÉRICA.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El fallo apelado negó las pretensiones de la demanda, por considerar que en el presente asunto no es posible la aplicación de la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen general de pensiones allí previsto, empezó a regir el 01 de abril de 1994 y la muerte del causante ocurrió el 01 de mayo de 1993.

Así mismo sostuvo que, el régimen de pensiones aplicable es el establecido en el Decreto 224 de 1992, el cual exigen para que sea reconocida la pensión post-mortem, que se haya prestado servicios como docente a favor del Estado de forma continua o discontinua durante 18 años y, en el asunto bajo estudio, el causante solo prestó sus servicios durante 12 años, es decir que no cumple con dicho requisito, por lo que no le puede ser reconocida a la accionante una pensión post-mortem.

4. RECURSO DE APELACIÓN

⁴ Folio 90-99 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00228-01

La **parte demandante**⁵ solicita se revoque el fallo de primera instancia, por considerar que el a-quo erró al afirmar que la accionante pretende la aplicación del régimen general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, cuestión que no es así, pues en realidad se pretende la aplicación por favorabilidad del régimen establecido en el Acuerdo 49 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, al cumplir con los requisitos allí establecidos para poder acceder a la pensión de sobrevivientes.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)⁶, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del cinco (05) de marzo de dos mil diecinueve (2019)⁷ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

6. Alegaciones

La entidad demandada -NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG- no presentó alegatos de conclusión.

La entidad demandada -DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- no presentó alegatos de conclusión.

La Parte Demandante,⁸ presentó sus alegaciones finales, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto de fondo en el asunto de la referencia.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan

⁵ Folios 121-124 cdr.1

⁶ Folio 4 cdr.2

⁷ Folio 7 cdr.2

⁸ Folios 11-15 cdr.2

13001-33-33-008-2017-00228-01

vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.1.1. De la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto.

Advierte la Sala que a través del presente proceso la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO, pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, con ocasión de la muerte de su esposo el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA.

En efecto, observa la Sala según el registro de defunción⁹, que el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, falleció en el municipio de San Juan de Nepomuceno, Bolívar, el día 03 de mayo de 1993.

Que, con ocasión de dicho fallecimiento, la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO, en su condición de cónyuge del causante, solicitó a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

En respuesta a la anterior petición, la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, mediante Resolución No. 0033 del 26 de enero de 2017, manifestó que no era posible acceder al reconocimiento de la prestación solicitada, toda vez que el causante no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972 para hacerla beneficiaria de dicho reconocimiento.

A lo cual la parte accionante interpone recurso de apelación sin obtener respuesta, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo.

⁹ Ver folio 29 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00228-01

Frente a la negativa antes referida, la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO, acudió ante esta Jurisdicción, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad de la Resolución No. 0033 del 26 de enero de 2017 y la del silencio administrativo negativo, lo que, en términos apropiados, configura una discusión concerniente a una de las instituciones del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a saber, la pensión de sobreviviente.

En efecto, las condiciones de hecho y de derecho que circunscribe la presente acción contenciosa administrativa no se encuadra en el debate jurídico planteado entre un afiliado al sistema pensional y una entidad pública o privada del régimen de Seguridad Social Integral.

Como se dijo anteriormente, se trata de la solicitud formulada por una beneficiaria del sistema, ante un ente territorial, tendiente a obtener el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, causada por un empleado público.

Relación jurídico-procesal en la que resulta menester tener presente, en primer lugar, la naturaleza del causante de la prestación pensional reclamada, esto es, de un servidor público del Departamento de Bolívar y, en segundo lugar, la del extremo pasivo de la presente controversia, a saber, la de un ente territorial de derecho público como lo es el referido departamento.

En este punto la Sala no puede pasar por alto, el hecho de que las anteriores consideraciones son de recibo incluso frente a la regla de competencia prevista en el artículo 104¹⁰ de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que como ya lo ha señalado la doctrina nacional *“sin perjuicio de la competencia general de seguridad social asignada por la Ley 712 a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, cuando el conflicto tuviera nítido contenido estatal, tanto la naturaleza jurídica del ente que lo administra, como por el vínculo del*

¹⁰ “ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. (...)”

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.”.

13001-33-33-008-2017-00228-01

afiliado, dicho conflicto debía corresponder a la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo¹¹."

Así las cosas, tal y como lo señaló el Tribunal en la sentencia consultada la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para resolver el problema jurídico planteado, a través de la presente controversia, toda vez que, como quedó visto, no se trata en estricto sentido de un conflicto originado entre una entidad pública o privada del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala entrará a conocer el fondo del presente asunto.

3.2. ASUNTO DE FONDO

3.2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que de acuerdo a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se concreta en los siguientes cuestionamientos:

¿Determinar si en el presente asunto resulta aplicable el régimen pensional establecido en el Acuerdo No. 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990?

Y de ser afirmativa la respuesta al primer planteamiento jurídico, se debe resolver lo siguiente:

¿Determinar si se cumplen con los requisitos establecidos en el Acuerdo No. 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, para que la actora sea beneficiaria del reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su cónyuge?

3.2.2. Tesis

La Sala sostendrá en el presente asunto no resulta aplicable el contenido del Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, por cuanto el causante no se encontraba afiliado en pensiones al ISS, siendo esta

¹¹ La delimitación de competencias entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los asuntos de Seguridad Social. Arenas Monsalve, Gerardo. Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Págs. 251 a 262.

13001-33-33-008-2017-00228-01

normatividad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 ibídem, aplicable única y exclusivamente a los trabajadores afiliados a dicha entidad.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la pensión de sobrevivientes y el régimen pensional especial aplicable a los docentes.

La Ley 43 de 1975¹², ordenó que los docentes fueran nacionalizados, por lo que se expidió la Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

La mencionada disposición en su artículo 15 estableció que, a partir de la vigencia de dicha Ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 01 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(i) Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

(ii) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

En ese sentido, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045

¹² "Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones."

13001-33-33-008-2017-00228-01

de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Es así como debemos remitirnos a las normas que se hallaban vigentes a la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989, entre las que se encuentra la Ley 33 de 1985 la que, al no contener distinción en cuanto a los funcionarios a quienes se dirige, se ha entendido que le es aplicable a todos los niveles, pues con la misma lo que se pretendió fue unificar los regímenes existentes en la época y así crear un régimen pensional del que se beneficiaran los empleados oficiales de todos los órdenes, por lo tanto la misma le es aplicable a los docentes de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

No obstante lo anterior, para las personas que como el causante señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de su fallecimiento, el Decreto 224 de 1972¹³, en su artículo 7º previó que, si el causante laboró como docente durante 18 años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán al pago de 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.

Si bien el H. Consejo de Estado¹⁴ ha afirmado en reiteradas ocasiones la inexistencia de un régimen especial en materia pensional para los docentes y la observancia de las reglas contenidas al respecto dentro de la Ley 91 de 1989 que remiten a la aplicación para los docentes nacionales y nacionalizados de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público, tal como se dilucidó con anterioridad, debe advertirse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como la pensión gracia y la pensión que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando éste último no logró alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al sistema para

¹³ "Por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente."

¹⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-01888-01(0620-17)

13001-33-33-008-2017-00228-01

acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios.

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972 que contiene el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos sin cumplir con los requisitos para percibir pensión de jubilación, consagra el derecho a la *pensión post mortem* pero sólo cuando los docentes hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se dispone para el cónyuge 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, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973.

4.2 De la normatividad contenida en el Acuerdo No. 049 de 1990 aprobada mediante el Decreto 758 de 1990

La ley 90 de 1946, estableció el Seguro Social Obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. A su vez, el Decreto 433 de 1971 reorganizó el Instituto y precisó en su artículo 2 quienes estarían sujetas al Seguro Social Obligatorio.

Ahora en relación con los riesgos de invalidez, vejez y muerte el Decreto 3041 de 1966¹⁵, delimitó en su artículo 1 quiénes estaban sujetos a la norma, de la siguiente manera:

- a. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento;*
- b. Los trabajadores que presten servicios a entidades empresas de derecho público semioficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal expresa;*
- c. Los trabajadores que mediante, contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público, en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos*

¹⁵ "Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte"



13001-33-33-008-2017-00228-01

comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o copartícipes;

d. Los trabajadores que presten servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato sindical, caso en el cuál la entidad profesional se entiende patrono de los trabajadores.

Por su parte, en el artículo 20 ibídem previó que cuando la muerte del causante sea de origen no profesional habrá derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

- a) Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5, para el derecho a pensión de invalidez;
- b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.

Posteriormente, a través del Decreto 758 de 1990 el Gobierno Nacional aprobó el Acuerdo 049 del 1 de febrero de 1990 (modificando lo dispuesto en el Decreto 3041 de 1966) por el cual se expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio, consagrando en su capítulo I denominado "campo de aplicación" quiénes son los beneficiarios de la misma; además, en los artículos 6¹⁶, 25¹⁷, 26¹⁸, 27¹⁹, previó los requisitos de la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común,

¹⁶ "ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser invalido permanente total o invalido permanente absoluto o gran invalido y,
b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez."

¹⁷ "ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento."

¹⁸ "ARTÍCULO 26. CAUSACION Y PERCEPCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente Reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado."

¹⁹ "ARTÍCULO 27. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derechos habientes:
En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de este, el compañero o la compañera permanente del asegurado.
(...)"

13001-33-33-008-2017-00228-01

causación y percepción de la pensión de sobrevivientes y los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por muerte común.

De conformidad con lo anterior, se tiene que el Decreto 758 de 1990 dispuso el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el trabajador que fallezca reúna *“el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”*, esto es, *“haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los últimos seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”*.

4.3. Del principio de favorabilidad en materia pensional

En lo relacionado con el contenido y alcance del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, se tiene que hay lugar a su aplicación, cuando existan dos normas vigentes aplicables al mismo caso concreto o varias interpretaciones respecto a una misma norma, el operador judicial deberá preferir la más favorable al trabajador, en aras de resolver la situación de hecho planteada.

Al respecto el H. Consejo de Estado²⁰ en reiterada jurisprudencia precisó: *“la aplicación del principio de favorabilidad supone el conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente “vigentes” al momento en que se realice el análisis del caso particular, o cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones. En aplicación de tales lineamientos, se ha procedido a la aplicación del principio de favorabilidad cuando el régimen especial vigente establece beneficios inferiores a los dispuestos en el régimen general aplicable al común de la población sin que exista causa válida para este tratamiento diferencial, en razón a que la situación discriminatoria riñe con los principios de igualdad y favorabilidad que erigen el Estado Social de Derecho.”*

5. CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados

²⁰ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-01888-01(0620-17)

13001-33-33-008-2017-00228-01

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO, en donde consta que nació el 02 de octubre de 1955.²¹
- Copia de Resolución NO. 0033 del 26 de enero de 2017, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión post-mortem 18 años al señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA.²²
- Copia de hoja de revisión de la pensión post-mortem 18 años a nombre del señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA.²³
- Copia del recurso de apelación interpuesto por la accionante, radicado el día 02 de marzo de 2017 en contra de la Resolución No. 0033 del 26 de enero de 2017.²⁴
- Copia de registro civil de matrimonio de fecha 13 de diciembre de 1982, expedido por la Notaria Cuarta de Barranquilla, en donde consta que el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA y la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO estuvieron casados, desde el 23 de diciembre de 1979.²⁵
- Declaración extra proceso rendida ante la Notaria Única del Circulo de San Juan de Nepomuceno – Bolívar el día 05 de julio de 2017, por la señora ISABEL ELVIRA BARRIOS RODRIGUEZ²⁶, en la cual manifestó bajo la gravedad de juramento: *“(...) conozco a la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO, (...), y por ese conocimiento que tengo de ella es que se y me consta que era la esposa del señor RODOLFO BARRIOS CABRERA (Q.E.P.D.), (...) y convivieron bajo el mismo techo en unión matrimonial por un periodo de 14 años hasta el día de su muerte.”*
- Declaración extra proceso rendida ante la Notaria Única del Circulo de San Juan de Nepomuceno – Bolívar el día 05 de julio de 2017, por el señor JORGE ROMERO ROMERO²⁷, en la cual declaró bajo la gravedad de juramento: *“(...) conozco a la señora ANA ESTELA*

²¹ Folio 11 cdr.1

²² Folio 18 cdr.1

²³ Folio 19 cdr.1

²⁴ Folios 21-25 cdr.1

²⁵ Folio 26 cdr.1

²⁶ Folio 27 cdr.1

²⁷ Folio 28 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00228-01

MIRANDA CUETO, (...), y por ese conocimiento que tengo de ella es que se y me consta que era la esposa del señor RODOLFO BARRIOS CABRERA (Q.E.P.D.), (...) y convivieron bajo el mismo techo en unión matrimonial por un periodo de 14 años hasta el día de su muerte."

- Copia del registro civil de defunción, en donde consta que el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA falleció el día 03 de mayo de 1993.²⁸
- Copia del Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, expedido por el FOMAG a nombre del señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, en donde consta que estuvo vinculado como docente nacional desde el 12 de marzo de 1981 hasta el 23 de enero de 1990.²⁹

5.2. SOLUCIÓN AL CASO

5.2.1. De la aplicación del Acuerdo No. 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto No. 758 de 1990

La Sala debe resaltar en primer lugar, que las normas que rigen la prestación reclamada en el asunto de marras son las vigentes al momento del deceso del causante, esto es, el 03 de mayo de 1993, según consta en el registro de defunción³⁰, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del afiliado, tal como lo ha reiterado el H. Consejo de Estado en diferentes oportunidades³¹.

En efecto, para la mencionada fecha, se hallaba vigente el Régimen Especial consagrado en el Decreto 224 de 1972, que dictó normas relacionadas con los docentes y, en específico, creó la pensión post-mortem para los beneficiarios de las personas que, como el causante señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de su fallecimiento, con la salvedad que debía cumplir en su labor como docente 18 años continuos o discontinuos, para ser acreedor de tal beneficio.

²⁸ Folio 29 cdr.1

²⁹ Folios 32-33 cdr.1

³⁰ Folio 29 cdr.1

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011), Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08), Actora: ROMELIA LASSO VELASCO, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

13001-33-33-008-2017-00228-01

En ese sentido, el A-quo en la sentencia recurrida, determinó que el causante, no logró cumplir con dicho requisito para que sus beneficiarios obtuvieran el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, de acuerdo a los argumentos en la demanda y en el recurso de apelación presentado, la situación deviene en si en el presente asunto, resulta aplicable el Régimen General contenido en el Acuerdo No. 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto No. 758 de 1990 por resultar más favorable al demandante que el Régimen Especial descrito con anterioridad.

Así las cosas, la Sala entrará a analizar cada régimen en particular, para finalmente llegar a la conclusión de cuál resulta más favorable aplicar en el caso en concreto, atendiendo las siguientes consideraciones:

Como quedó expuesto en el marco normativo de esta providencia, el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, estableció que, en caso de duda, se debe dar aplicación e interpretación de las normas que sean más favorable al trabajador. De igual manera, el H. Consejo de Estado³² en reiterada jurisprudencia determinó que el principio de favorabilidad se aplica cuando el régimen especial vigente establece beneficios inferiores a los dispuestos en el régimen general aplicable al común de la población sin que exista causa válida para este tratamiento diferencial, en razón a que la situación discriminatoria riñe con los principios de igualdad y favorabilidad que rigen el Estado Social de Derecho.

En razón de lo anterior, veamos los requisitos establecidos en cada uno de los regímenes para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes o post-mortem:

RÉGIMEN ESPECIAL ESTABLECIDO EN EL DECRETO 224 DE 1972	RÉGIMEN GENERAL ESTABLECIDO EN EL DECRETO 758 DE 1990
Que el causante haya laborado como docente en planteles oficiales durante un periodo mínimo	Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los últimos seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o

³² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-01888-01(0620-17)

13001-33-33-008-2017-00228-01

de 18 años continuos o discontinuos. ³³	o trescientas (300) semanas, en cualquier época ³⁴
--	---

Ahora, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 758 de 1990 son beneficiarios de las previsiones contenidas en dicha norma, los siguientes: "1. En forma forzosa u obligatoria: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y, c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él. 2. En forma facultativa: a) Los trabajadores independientes; b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y, c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS. 3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios".

Por su parte, el Consejo de Estado³⁵ ha sostenido que, son destinatarios de los beneficios allí establecidos sólo los trabajadores del sector privado que realicen cotizaciones al ISS o excepcionalmente en aplicación al principio de favorabilidad, los empleados públicos que estuvieren afiliados al riesgo de pensión a esta entidad y por ende efectúen cotizaciones al ISS, o a este y otras entidades de previsión social, situación fáctica en la que no se encontraba el causante, puesto que acorde al material probatorio aportado al expediente, éste laboró al servicio de la docencia desde el 12 de marzo de 1981 hasta el 23 de enero de 1990³⁶, periodo en el cual las cotizaciones a seguridad social pensiones fueron efectuadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto en el evento de existir la obligación de pago de pensión le correspondería asumirlo a la entidad empleadora.

En ese orden de ideas, habida cuenta de que la aplicación de la referida norma de marca su campo de aplicación a trabajadores del sector privado que efectúen cotizaciones al ISS, a los afiliados obligatorios a dicha entidad o en forma excepcional a los servidores públicos que durante su vinculación

³³ Ver artículo 7 ibidem.

³⁴ Ver artículo 6 en concordancia con el artículo 25 ibidem.

³⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-01888-01 (0620-17)

³⁶ Folios 32-33 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00228-01

estuvieron afiliados al ISS, no es procedente aplicar en forma extensiva dicha norma a la demandante en orden a hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en ella contemplada, pues no se encuadran en ninguno de estos supuestos fácticos.

Lo anterior por cuanto, dentro del asunto bajo estudio, no se acreditó que el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA en su calidad de docente hubiera estado afiliado al ISS para el riesgo de pensiones, no siendo posible aplicar en forma extensiva esta norma, puesto que la misma es clara al indicar sus beneficiarios, dentro de los cuales no se halla la causante, por haberse desempeñado como docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien no realizó cotizaciones al ISS para efectos pensionales.

En estas condiciones, es obligatorio concluir que la demandante no es beneficiaria del Decreto 224 de 1972 pues el señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA no completó 18 años de servicios a la fecha de su muerte y tampoco se encuentra cobijada por el Decreto 758 de 1990 por cuanto el difunto, no se encontraba en ninguno de los supuestos previstos por el artículo 1 *ibidem*, siendo procedente negar la pensión de sobrevivientes o post-mortem, por esta reclamada con fundamento en dicha norma.

En conclusión, la señora ANA ESTELA MIRANDA CUETO no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida, en calidad de cónyuge supérstite del señor RODOLFO RAFAEL BARRIOS CABRERA, puesto que no cumple con los requisitos dispuestos en el Decreto 224 de 1972 que regula el régimen especial docente, el cual exige el cumplimiento de 18 años de servicios al momento en que ocurra el fallecimiento del afiliado, requisito con el que no cumplió el docente fallecido, pues se probó que laboró 12 años, 1 mes y 22 días³⁷.

De igual manera, no es de recibo el argumento tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes contenida en el Decreto 758 de 1990 “*por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios*”, puesto que como ya se dijo, el mismo es aplicable solamente a los trabajadores particulares afiliados al ISS y excepcionalmente a los

³⁷ Folios 32-33 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00228-01

empleados públicos cuyas cotizaciones hubieren sido realizadas a esta entidad, situación en la que no se encontraba el causante.

De acuerdo con lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas en segunda instancia a la parte demandante, por resultarle desfavorable la resolución del recurso de apelación, las cuáles serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia dictada en audiencia de fecha veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia y las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia, de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

13001-33-33-008-2017-00228-01


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2017-00228-01
Accionante	ANA ESTELA MIRANDA CUETO Notificaciones 17@silviarugelesabogados.com
Accionado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	PENSIÓN SOBREVIVIENTE - aplicación del Decreto 758 de 1990