

Cartagena de Indias D, T y C, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2015-00206-01
Demandante	OSWALDO AREVALO BLANCO
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y OTROS
Tema	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, contra la sentencia de fecha 08 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1 Pretensiones.

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del oficio GOBOL – 14 – 007952 de fecha 18 de noviembre de 2014, mediante la cual se negó la revocatoria directa de la Resolución No. 153 de 10 de marzo de 2014.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 153 del 10 de marzo de 2014, proferida por la Asesora Encargada del FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE LA GOBERNACION D EBOLIVAR, mediante la cual se reconoció y pagó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor OSWALDO AREVALO BLANCO en su calidad de cónyuge supérstite de la señora YADIRA LUGO DE AREVALO (Q.E.P.D.), sin tener en cuenta que reunía los requisitos para que le fuese concedida la pensión de sobrevivientes, en virtud del principio de favorabilidad.

¹ Folios 1-22 CDR 1

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se CONDENE a la GOBERNACION DE BOLIVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes al señor OSWALDO AREVALO BLANCO, identificado con cedula de ciudadanía No. 9.260.888 de Mompós – Bolívar, en su calidad de cónyuge supérstite de la señora YADIRA LUGO DE AREVALO, efectiva a partir del 15 de octubre de 1982, fecha en la que se produjo el fallecimiento de la señora LUGO DE AREVALO. En igual sentido, se ordene ingresas en nómina, estos mayores valores reconocidos.

CUARTA: Que se CONDENE a la GOBERNACION DE BOLIVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, a reconocer y pagar al demandante señor OSWALDO AREVALO BLANCO, en su calidad de cónyuge supérstite de la señora YADIRA LUGO DE AREVALO, las mesadas pensionales conforme a la pretensión tercera del presente libelo, desde el día siguiente a la fecha en que se produjo el fallecimiento, esto es desde el día 16 de octubre de 1982. Las sumas así reconocidas deberán ser indexadas, hasta la fecha en que haga efectiva la sentencia, dando aplicación a la siguiente formula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el señor OSWALDO AREVALO BLANCO, en su calidad de cónyuge supérstite de la señora YADIRA AREVALO BLANCO, desde el 16 de octubre de 1982, fecha en que se produjo el fallecimiento de su esposa, por el guarismo que resulta de dividir el Índice Final de Preciso de Consumidor, certificado por el DANE y/o la entidad que haga sus veces, vigente en la fecha de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, de conformidad con la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

QUINTA: Igualmente solicito al Honorable Juez, que la sentencia que ponga fin al proceso debe ser cumplida por la GOBERNACION DE BOLIVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, dentro de los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: Que se condene a los demandados la GOBERNACION DE BOLIVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES a pagar los intereses moratorios a partir del momento en que se adquirió el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, conforme lo ordena el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

SEPTIMO: Que se condene a los demandados la GOBERNACION DE BOLIVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, a costas y agencias en derecho de acuerdo a lo señalado en el artículo 188 del CPACA.

OCTAVO: Que se de aplicación al precedente jurisprudencial contenido en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, derogado por el artículo 309 de la ley 1437 de 2011."

1.2. Hechos.

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

- La señora YADIRA LUGO DE AREVALO, nació el 17 de agosto de 1949, contrayendo nupcias con el señor OSWALDO AREVALO BLANCO, el día 01 de febrero de 1973, unión mantenida hasta el día del fallecimiento de la señora LUGO DE AREVALO, el día 15 de octubre de 1982.
- La señora YADIRA LUGO DE AREVALO prestó sus servicios personales como docente en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria y Orfebrería TOMASA NAGERA - Sede Tributaria ALONSO DE HEREDIA, de Mompós – Bolívar, desde el 06 de marzo de 1970 hasta el 15 de octubre de 1982, para un total de 12 años, 7 meses y 9 días.
- El señor OSWALDO AREVALO BLANCO, el 11 de enero de 2012, en calidad de cónyuge supérstite de la señora YADIRA LUGO DE AREVALO presentó ante el Fondo Territorial de Pensiones de Bolívar, el reconocimiento y pago de la Indemnización Sustitutiva de Pensión de Sobrevivientes.
- Mediante Resolución No. 153 del 10 de marzo de 2014, el Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación de Bolívar, ordena reconocer y pagar al señor OSWALDO AREVALO BLANCO la Indemnización Sustitutiva de Pensión de Sobrevivientes, en cuantía de SEIS MIOLLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS NUEVE PESOS (\$6.563.609,00), correspondientes a 661.86 semanas cotizadas en la Caja de Previsión Social de Bolívar.
- El 20 de octubre de 2014, por intermedio de apoderado judicial el señor OSWALDO AREVALO BLANCO, radicó en las oficinas de la GOBERNACION DE BOLIVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, una solicitud de revocatoria de la Resolución No. 153 de 10 de marzo de 2014.
- Mediante oficio GOBOL-14-007952, la Asesora del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación de Bolívar, dio respuesta negativa frente a la anterior solicitud de revocatoria directa.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Arguye la parte accionante que en el presente caso se vulneran de manera directa por falta de aplicación integral los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, artículo 1º de la Ley 717 de 2001, igualmente considera que se vulnera el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como también el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2. Contestación de la demanda²

La entidad demandada contestó la demanda, dentro del término legal establecido para ello, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitadas, por considerar que éstas carecen de motivaciones jurídicas o fácticas para invocarlas y lograr una sentencia favorable. Señala que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico y fueron expedido conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron su expedición.

Aduce también la entidad accionada que el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente no es procedente porque no reúne los presupuestos legales para su reconocimiento y ser incompatible con la indemnización sustitutiva de vejez, tal y como lo establece la ley.

Respecto al reconocimiento de las mesadas pensionales, manifiesta la entidad accionada que el accionante no tiene derecho su reconocimiento, debido a que no reúne los presupuestos legales para tal fin, pero que en caso que se le reconozca la existencia del derecho invocado, tales mesadas pensionales estarían prescritas por haber transcurrido más de tres (3) años desde su causación.

Por último, la entidad accionada propuso las siguientes excepciones:

- ✓ LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS
- ✓ PRESCRIPCION DE LAS MESADAS PENSIONALES

² Folio 67-75 cdr 1

3. Sentencia apelada³.

El Juzgado Décimo Tercero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 08 de septiembre de 2016, concedió las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas desde el 1 de abril de 1994 al 19 de octubre de 2011 que fuera elevada por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

2.1. Oficio GOBOL-14-007952 de 18 de noviembre de 2014, por medio de la cual se negó revocar la decisión de había reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y se niega la pensión de sobrevivientes.

2.2. Resolución No. 153 de 10 de marzo de 2014, mediante la cual se reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

TERCERO: ORDENAR al Departamento de Bolívar, Fondo de Pensiones, lo siguiente:

3.1. Reconocer y pagar de forma vitalicia al señor Oswaldo Arévalo Blanco, pensión de sobreviviente desde el 1 de abril de 1994, pero con efectos fiscales por prescripción a partir del 20 de octubre de 2011.

3.2. Pagar a favor del señor Oswaldo Arévalo Blanco la suma correspondiente a cuarenta millones novecientos noventa y seis mil ochocientos sesenta y tres pesos con cuatro centavos (\$40.996.863,04), que corresponde a las mesadas dejadas de percibir por el actor desde el 1 de abril de 1994 pero con efectos fiscales a partir del 20 de octubre de 2011.

A la suma anterior ya se le descontó el valor de \$6.563.609, este último correspondiente a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuera pagada al actor con fundamento en la Resolución No. 153 de 10 de marzo de 2014.

3.3. Pagar las mesadas dejadas de percibir por el señor Oswaldo Arévalo Blanco, desde el día siguiente a esta providencia hasta la fecha efectiva de pago, con los respectivos ajustes anuales de ley.

3.4. Descontar al demandante el valor de los aportes que ordene la ley en salud, pues esa es una carga que no se puede eludir.

³ Folios 179-192.

3.5. Los intereses reclamados por la parte actora serán cancelados en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011 y a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada.
(...)"

El A quo consideró que, sí puede aplicarse retrospectivamente la ley 100 de 1993, en atención al principio de favorabilidad en lo referente a la pensión de sobrevivientes, a situaciones generadas con anterioridad a la vigencia de esta ley, porque las normas que reglaban en materia pensional a los servidores públicos antes del 1 de abril de 1994, contemplan respecto de la pensión de sobreviviente o de sustitución pensional mayores requisitos a los contemplados en la actual ley de seguridad social integral, ya que el causante debía haber cotizados o laborado como mínimo 20 años de servicios exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez.

En esos términos adujo el juez de primer grado que, si se compara el régimen del sector oficial antes de la ley 100 de 1993, en cuanto corresponde a la pensión de sobrevivientes, con esta última norma, se tiene que los requisitos son más flexibles. Así, en el caso bajo estudio, se superaron con creces las 50 semanas cotizadas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, ya que la causante había cotizado 661.86 semanas, como lo exige la ley más favorable, esto es la ley 100 de 1993. Asimismo, se acreditó que, el cónyuge supérstite tuvo vida marital con la causante hasta el día de su fallecimiento, por tiempo superior a los 5 años que se piden cuando estamos ante un pensionado.

4. Recurso de apelación⁴.

La parte demandada presentó recurso de apelación reiterando lo expuesto en el libelo contestatario de la demanda, esto es, que, los actos administrativos anulados se encuentran plenamente ajustados al ordenamiento jurídico, y fueron expedidos conforme a las normas y hechos que le sirvieron de causa.

⁴ Folio 459-474 cdr.2.

Indicó que, la resolución No. 153 del 10 de marzo de 2014, mediante la cual se reconoce el pago de la indemnización sustitutiva de pensión, fue expedida atendiendo la solicitud de 11 de febrero de 2012, elevada por el actor, fundamentada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1730 de 2001, y teniendo en cuenta que a la fecha del fallecimiento la señora YADIRA LUGO AREVALO en octubre de 1982, la finada solo había cotizado 661,86 semanas ante la caja de previsión social de Bolívar. Asimismo, señala que, no es procedente la aplicación del principio de favorabilidad considerado por el juez de primera instancia.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 31 de marzo de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁵.

Mediante auto del 27 de junio de 2017 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión⁶.

Las partes demandante y demandada no alegaron de conclusión.

II. 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.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

⁵ Folio 5 cdr 2

⁶ Folio 9 cdr 2

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia las apelaciones contra sentencias proferidas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

El problema jurídico a resolver, consiste en determinar si

¿Tienen derecho el señor Oswaldo Arévalo blanco en su calidad de cónyuge de la finada docente Yadira Lugo de Arévalo, al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente contemplada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993?

3. Tesis

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda, en razón a que, al actor no le es aplicable el régimen especial contenido en el Decreto 224 de 1972; sino que en aplicación del principio de favorabilidad, le es aplicable el régimen general consagrado en la ley 100 de 1993, y en ese orden, cumple con los requisitos exigidos en los artículos 46 y 47 de dicha ley, para acceder a la pensión reclamada.

No obstante lo anterior, se modificará el punto 3.1. del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia recurrida, en el sentido de indicar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la ley 100 de 1993, el monto de la pensión que se reconoce al actor, es equivalente al 51% del ingreso base de liquidación, para lo cual se tendrán en cuenta los factores salariales acreditados correspondientes a sueldo básico, prima de navidad y prima de vacaciones.

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

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, consagrada 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 bastante exigente, como lo 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 viudez⁷.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en casos similares al que se juzga en este proceso⁸, que a 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 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

⁷ 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).

⁸ 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.

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 precisado que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector⁹, 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 cubre. 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 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 exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...).”

⁹ Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995.

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.

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. El caso concreto.

5.1. Hechos relevantes probados:

1. Se encuentra probado que la señora YADIRA LUGO DE AREVALO prestó sus servicios como docente del Departamento de Bolívar, en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria y Orfebrería TOMASA NAGERA- Sede Tributaria ALONSO DE HEREDIA, de Mompós – Bolívar, desde el 06 de marzo de 1970 hasta el 15 de octubre de 1982 cuando falleció, para un total de 12 años, 7 meses y 9 días.¹⁰
2. Que la señora YADIRA LUGO DE AREVALO, contrajo matrimonio con el señor OSWALDO AREVALO BLANCO, el 01 de febrero de 1973.¹¹
3. Se encuentra probado según las declaraciones con fines extraprocesales rendidas por terceros, donde se afirma bajo la gravedad de juramento que los señores OSWALDO AREVALO BLANCO y YADIRA LUGO DE AREVALO convivieron por más de diez (10) años hasta la fecha del fallecimiento de la señora YADIRA LUGO DE AREVALO, compartiendo el mismo techo, tiempo en el cual se prestaron ayuda mutua, socorro y afecto de esposos¹².
4. El fallecimiento de la señora YADIRA LUGO DE AREVALO mediante copia autentica del registra civil de defunción de la misma¹³
5. Que mediante Resolución No. 153 del 10 de marzo de 2014, se reconoció el pago de indemnización sustitutiva de pensión de vejez a favor del señor OSWALDO AREVALO BLANCO, en calidad de cónyuge supérstite¹⁴. **(Acto demandado)**
6. El 20 de octubre de 2014, el señor OSWALDO AREVALO BLANCO,

¹⁰ Folio 44 cdr 1

¹¹ Folio 35 cdr 1

¹² Folio 37

¹³ Folio 36 cdr 1

¹⁴ Folios 30-33 cdr 1

solicitó la revocatoria directa de la resolución No. 153 del 10 de marzo de 2014¹⁵

7. Oficio GOBOL- 14-007952 del 18 de noviembre de 2014 emanado del Fondo Territorial de Pensiones que niega la solicitud de revocatoria deprecada. **(Acto demandado)**

5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub judice, se solicita la nulidad de la Resolución No. 153 del 10 de marzo de 2014, proferida por la Asesora Encargada del FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE LA GOBERNACION DE BOLIVAR, mediante la cual se reconoció y pagó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor OSWALDO AREVALO BLANCO, en su calidad de cónyuge supérstite de la señora YADIRA LUGO DE AREVALO (Q.E.P.D) y del oficio GOBOL – 14 – 007952 de fecha 18 de noviembre de 2014, mediante la cual se negó la revocatoria directa de la Resolución No. 153 de 10 de marzo de 2014.

El A quo concedió las pretensiones de la demanda, en consideración a que, se cumplieron los requisitos necesarios para dar aplicación al principio de favorabilidad que prima en asuntos laborales. Asimismo, consideró que, se cumplieron los presupuestos legales para conceder el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente respectiva.

La parte demandada presentó recurso de apelación reiterando que, los actos anulados se ajustan al ordenamiento jurídico y fueron expedidos con observancia de la normativa que regula el tema, asimismo señaló que, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión concedida, obedeció a la una solicitud elevada por el actor, mediante la cual se deprecó el reconocimiento de dicha prestación indemnizatoria.

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 y el objeto del recurso de apelación.

¹⁵ Folios 26-29 cdr 1

Conforme los hechos probados relacionados en precedencia, se tiene que el 11 de enero de 2012, el señor OSWALDO AREVALO BLANCO, en calidad de cónyuge superviviente de la señora YADIRA LUEGO DE AREVALO, solicitó al Fondo Territorial de Pensiones de Bolívar, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión; petición que fue resuelta positivamente mediante la Resolución No. 153 de 10 de marzo de 2014, reconociendo el pago de la suma de seis millones quinientos sesenta y tres mil seiscientos nueve pesos (\$6.563.609, 00).

Posteriormente, el 20 de octubre de 2014, radicó ante las oficinas de la GOBERNACION DE BOLIVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, una solicitud de revocatoria directa de la resolución No. 153 de 10 de marzo de 2014, resuelta negativamente a través del oficio GOBOL-14007952.

Asimismo, observa la Sala que, la causante, señora; LUGO DE AREVALO, prestó sus servicios como docente del Departamento de Bolívar desde el 6 de marzo de 1970 hasta el 15 de octubre de 1982, fecha de su fallecimiento, para un total de 12 años, 7 meses y 11 días de servicio efectivo, motivo por el cual, se reconoció el pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

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.

A su turno, según el numeral 2º 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.

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.

Se encuentra acreditado en el plenario, que la señora YADIRA LUGO DE AREVALO prestó sus servicios como docente del Departamento de Bolívar, en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria y Orfebrería TOMASA NAGERA- Sede Tributaria ALONSO DE HEREDIA, de Mompós – Bolívar, desde el 06 de marzo de 1970 hasta el 15 de octubre de 1982 cuando falleció, para un total de 12 años, 7 meses y 9 días. Igualmente, se demostró su fallecimiento el día 15 de octubre de 1982 y al señor OSWALDO AREVALO BLANCO, como cónyuge supérstite de la señora YADIRA LUGO DE AREVALO.

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 invalido sea el establecido en el Código Civil."

De lo anterior concluye la Sala, que en el sub judice se cumple por parte del actor, 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, pues no solo se cotizaron más de 26 semanas, sino que, al momento de su fallecimiento, la docente había completado más de 661 semanas de cotizaciones durante el tiempo servido.

En relación con lo dispuesto en el artículo 47, el señor OSWALDO AREVALO BLANCO, quien es mayor de 30 años, acreditó su calidad de cónyuge a la fecha del fallecimiento de la causante, de haber hecho vida marital con la causante hasta su muerte y haber convivido con la fallecida por más de 9 años continuos con anterioridad a su muerte, razón por la cual el demandante es beneficiario de la pensión solicitada.

Así las cosas, el cónyuge de la causante tiene derecho al 100% de la pensión de sobreviviente que se reconozca, a partir del día siguiente al fallecimiento de la causante; esto es, el 15 de octubre de 1982.

Por otra parte, en cuanto al monto pensional a reconocer, el artículo 48 de la precitada Ley 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.”

De la norma en cita, se infiere, que el monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, es igual al 45% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que éste exceda el 75% del ingreso base de liquidación del causante, de donde resulta que al haber cotizado la señora LUGO DE AREVALO hasta el momento de su fallecimiento 661.86 semanas, el monto de la pensión a que tienen derecho sus beneficiarios equivale al 51% del ingreso base de liquidación, para lo cual se tendrán en cuenta los factores salariales acreditados correspondientes a sueldo básico, prima de navidad y prima de vacaciones.

En virtud de lo anterior, concluye la Sala que, el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Bolívar, reconoció de manera discriminatoria la indemnización sustitutiva de pensión de vejez al actor, toda vez que lo procedente era el reconocimiento de la pensión post mortem a favor del señor AREVALO BLANCO, ya que, en vez de aplicar el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, que es más favorable al peticionario, aplicó el régimen especial del magisterio desconociendo la jurisprudencia sobre casos similares de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, así como el principio de favorabilidad establecido artículo 53 de la Constitución Política.

En ese sentido, con base en el principio de favorabilidad, el Departamento de Bolívar debió privilegiar la interpretación más protectora de los derechos del accionante, aplicando el régimen general por ser más beneficioso, de manera integral conforme al principio de inescindibilidad en materia laboral.

Por lo anterior, al aplicarse en el sub judice el principio de favorabilidad y al encontrarse acreditados los requisitos establecidos en la ley más favorable, para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al actor, en calidad de cónyuge supérstite, debe confirmarse la decisión adoptada por el A quo, en sentencia de fecha 08 de septiembre de 2016, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, advierte la Sala, que si bien el A quo acertó al conceder las pretensiones de la demanda, no precisó el monto de la pensión reconocida; por lo que en ese sentido, se modificará el punto 3.1. del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia recurrida; en el sentido de ordenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que reconozca y pague al señor OSWALDO ARÉVALO BLANCO en su calidad de cónyuge de la finada docente YADIRA LUGO DE ARÉVALO, una pensión de sobrevivientes equivalente al 51% del ingreso base de liquidación, para lo cual se tendrán en cuenta los factores salariales acreditados correspondientes a sueldo básico, prima de navidad y prima de vacaciones, a partir del día siguiente al fallecimiento de la causante (15 de octubre de 1982).

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.

Prescripción del derecho

El artículo 187 del CPACA estableció que en la sentencia se decidirán las excepciones de fondo propuestas y cualquier otra que el fallador encuentre probada, entre estas, se incluye la prescripción de los derechos laborales, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁶, 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 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

¹⁶ "Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

En el sub examine, la pensión de sobreviviente se hizo exigible a partir del 16 de octubre de 1982, procediendo el señor OSWALDO ARÉVALO BLANCO el 20 de octubre de 2014 a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por lo que las mesadas causadas desde el 1º de abril de 1994, fecha ésta en que entra en vigencia el sistema pensional que contempla la Ley 100 de 1993 hasta el 19 de octubre de 2011 se encuentran prescritas.

III. 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 demandada.

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 del juzgado de primera instancia; 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 y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el punto 3.1. del numeral **tercero** de la parte resolutive de la sentencia apelada, el cual quedará así:

“TERCERO: ORDENAR al Departamento de Bolívar, Fondo de Pensiones, lo siguiente:

3.1. Reconocer y pagar de forma vitalicia al señor Oswaldo Arévalo Blanco, pensión de sobreviviente, equivalente al 51% del ingreso base de liquidación, para lo cual se tendrán en cuenta los factores salariales acreditados correspondientes a sueldo básico, prima de navidad y prima de vacaciones; desde el 1 de abril de 1994, pero con efectos fiscales por prescripción a partir del 20 de octubre de 2011.”

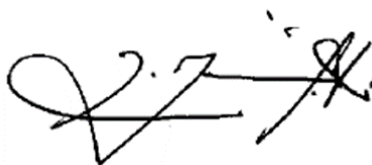
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada; liquídense por el juzgado de primera instancia; 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.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Ausente por incapacidad.



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN