



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta (30) de septiembre de 2022

Expediente: 19001-33-33-008-2021-00025-00
Demandante: MARLY JOHANA GRANDA MEDINA y OTROS
Demandado: LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 139

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El grupo accionante conformado por MARLY JOHANA GRANDA MEDINA, identificada con la cédula de ciudadanía nro. 36.384.748, quien actúa en nombre propio y en representación de la menor de edad cuyo nombre tiene las iniciales S.M.C.G.; ARLES ANDRÉS CAMAYO GRANDA identificado con la cédula de ciudadanía nro. 1.061.815.510, y KAREN ISABELLA CAMAYO GRANDA identificada con la cédula de ciudadanía nro. 1.002.971.139, por medio de apoderado judicial formularon demanda contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG, en acción contencioso administrativa - medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a que se declare la nulidad de las Resoluciones nro. 0600-06- 2013 de 20 de junio de 2013 y 1667-10-2013 de 21 de octubre de 2013, mediante las cuales les fue negado el reconocimiento de la pensión post mortem regulada en la Ley 224 de 1972.

Pretenden los actores, a título de restablecimiento del derecho, que se condene a la NACION– MINISTERIO DE EDUCACIÓN– FOMAG, a reconocer y pagar la pensión establecida en el artículo 7 de la Ley 224 de 1972, desde la fecha que cumplieron con el estatus de pensionados y hasta que efectivamente se pague teniendo como base para la liquidación el promedio mensual devengado en el último año de prestación del servicio del señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA (q.e.p.d), incluyendo todos los factores salariales de dicho periodo, conforme las normas del régimen pensional para los servidores públicos, con reconocimiento de intereses moratorios de que trata los artículos 141 de la Ley 100 de 1993 y 192 de la Ley 1437 de 2011, con la correspondiente indexación y condena por concepto de costas procesales.

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que la señora MARLY JOHANA, madre cabeza de familia quien tiene a cargo a los demás accionantes, sus hijos, fue compañera permanente del fallecido ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA, quien estuvo vinculado al departamento del Cauca mediante autorizaciones núm. 11 de 1994 como docente en el Instituto Agrícola Luis Nelson Cuellar, en el municipio de Inzá; y posteriormente en propiedad mediante el Decreto 099 de 1995 como docente en la misma institución, cumpliendo así un tiempo de servicio de 18 años, 7 meses y 1 día.

Agregó que era él quien sostenía a su familia, y al fallecer, solicitaron post mortem el reconocimiento de la pensión, con respuesta negativa, fundamentada en que no se tenía derecho al reconocimiento de la prestación, toda vez, que el causante debió trabajar 18 años de servicio oficial, negación que fue confirmada al resolver el recurso de reposición por ellos interpuesto.

Como normas violadas se invocaron los artículos 1, 2, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 93 y 209 de la Constitución Política. Y de orden legal las leyes 100 de 1993, artículo 46; 797 de 2003, artículo 12 y el Decreto 224 de 1972.

En el concepto de violación, se argumentó que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por infracción de las normas en que debieron fundarse, puesto que la entidad debió reconocer y liquidar la pensión solicitada en cuanto está consagrada en la ley y se cumplen los requisitos para reconocerla, atendiendo la condición más beneficiosa para el trabajador y demás principios constitucionales aplicables al tema.

En la etapa de alegatos de conclusión, la parte actora reiteró los argumentos planteados en la demanda.

1.2.- Postura y argumentos de defensa del Ministerio de Educación Nacional- FOMAG.

La entidad accionada, actuando a través de la Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG, dentro del término de traslado contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, argumentando que los demandantes no tienen derecho al reconocimiento la pensión solicitada porque el Decreto 224 de 1972 establece el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos que no cumplieron los requisitos para acceder a ella, con la exigencia de que el causante haya laborado en planteles oficiales un tiempo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, para que los beneficiarios puedan acceder a una pensión equivalente al 75 % de la asignación mensual recibida.

Señaló que el texto original del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha del fallecimiento del señor Francisco Isaías Cifuentes Becoche (sic) preceptuó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en primer orden, al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite y, en segundo, a los hijos menores de 18 años y a los mayores de 18 hasta los 25; así como los requisitos que deben acreditar unos y otros para tener derecho al beneficio prestacional, monto regulado en el artículo 48 de la misma normativa, coligiendo que con el régimen general de pensiones los beneficiarios del afiliado al sistema que fallezca tendrán derecho a la mencionada pensión de sobrevivientes siempre que aquel hubiere cotizado por lo menos 50 semanas durante los tres años precedentes al deceso, aunque, aclaró, el artículo 279 de la aludida Ley 100 de 1993 estableció excepciones en cuanto al personal que sería cobijado por esta, exceptuando a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Adujo que, si en gracia de discusión el despacho efectúa el estudio de la pensión de sobrevivientes reclamada conforme a lo señalado en el Sistema General de Pensiones, se tiene que el causante falleció el 26 de octubre de 2012, por lo que la norma aplicable sería la señalada en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, y, siendo así, no se encuentra acreditada la convivencia de la demandante con el causante al momento del deceso, motivo por el cual deberán negarse las súplicas de la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: *“presunción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, “prescripción”, “buena fe”, excepción genérica” e “inexistencia del derecho y de la obligación”.*

En la etapa de alegatos de conclusión, esta entidad puso de manifiesto que en el caso concreto no es posible el reconocimiento pensional reclamado, pues ha sido aceptado que el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 812, es decir, al 27 de junio de 2003, resultando que el régimen prestacional de esos servidores, nacionalizados y territoriales, es el aplicado a todos los empleados públicos regidos por la Ley 33 de 1985, en los términos del artículo 1.º.

Insistió en que el docente ostentaba la calidad de docente nacionalizado y por ende la normativa que le aplica no tiene estipulada la pensión de sobrevivientes (la Ley 91 de 1989 y el Decreto 196 de 1995), por lo cual el derecho a la pensión se consolida cuando se cumplen los requisitos para acceder a ella, y que en estas condiciones, el docente por ser nacionalizado, no se rige por las disposiciones consagradas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, pues fueron exceptuados de su aplicación, no habiendo lugar a predicar la favorabilidad para invocar la extensión de unas normas que los exceptuó expresamente, rigiéndose por tanto por los Decretos 1848 de 1969 y 1160 de 1989.

1.3.- Concepto del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este despacho no rindió concepto en este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Por la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la fecha de presentación de la demanda y el lugar de prestación del servicio del actor y de expedición de los actos administrativos atacados, este juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece la oportunidad para presentar la demanda, y tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el numeral 2.d., expresa que se deberá instaurar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo. Igualmente, el mismo articulado establece que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, aspecto que ha sido abordado en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹.

De acuerdo con lo expuesto, es dable concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por los actores no ha caducado, atendiendo que la demanda busca el reconocimiento de una prestación periódica de carácter pensional.

2.2.- Problemas jurídicos.

Corresponde al despacho determinar si los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos por desconocer normas superiores del derecho. Para ello se determinará si los demandantes, como consecuencia del fallecimiento del docente ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión post mortem propia de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, o de la pensión de sobrevivientes con cargo a la entidad pública demandada, aplicando para ello lo previsto en los artículos 46 y ss de la Ley 100 de 1993, atendiendo el principio de favorabilidad.

Asimismo, deberá establecerse si debe la NACION– MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG, reconocer el derecho al pago de intereses moratorios e indexación de las sumas de dinero eventualmente adeudadas.

2.3.- Tesis.

Se accederá a las pretensiones de la demanda, por considerar que los actos administrativos no fueron expedidos conforme a Derecho, toda vez, que desconocen el precedente jurisprudencial y pasan por alto la aplicación del principio de favorabilidad de la ley.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico, (iii) Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados, (iv) La Prescripción de mesadas pensionales, y, (v) Causación de intereses moratorios.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

- ❖ El señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA nació el 3 de enero de 1968 y falleció el 26 de octubre de 2012.

¹ Consejo de Estado- Sección Segunda- Subsección "A", consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA – sentencia del 12 de octubre de 2006 -Radicación N° 73001- 23-315- 000- 2001- 02277-01 No. Interno: 4145-05 P3.

- ❖ Los señores MARLY JOHANA GRANDA MEDINA y ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA (Q.E.P.D) son los padres de S.M. (aún menor de edad), ARLES ANDRÉS y KAREN ISABELLA CAMAYO GRANDA.
- ❖ Obra formato único para expedición de certificado de salarios en el cual consta que el señor CAMAYO VALENCIA, fue docente vinculado al departamento del Cauca, desde el año 2004 al año 2012.
- ❖ Los días 5 y 12 de abril de 2013 la gobernación del Cauca fijó avisos para que las personas que se creyeran con derecho a reclamar prestaciones sociales del señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA se hicieran presentes.
- ❖ Obra certificación núm. 55405 expedida por la gobernación del Cauca el 13 de noviembre de 2018, en la cual se hace constar que el señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA se vinculó como docente en la Institución Educativa Agrícola Luis Nelson Cuellar, para el año 1994 (desde el 1. ° de febrero hasta el 30 de noviembre - 300 días – docente hora cátedra – 24 horas semanales; y para el año 1995 (desde 1. ° de enero de 1995 hasta el 30 de junio de 1995 – 180 días- horas cátedra - 24 horas semanales).
- ❖ Los días 12 de junio y 30 de septiembre de 2013 se registra en la hoja de revisión del docente ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA, que ingresó a la docencia en el 95-09-01 y falleció el 2012-10-20 (ajustado en la segunda fecha al 2012-10-26) no alcanzando a contabilizar 18 años de servicio y por consiguiente no procede el reconocimiento de la pensión *post mortem* 18 años.
- ❖ Mediante Resolución nro. 0600 de 20 de junio de 2013 la gobernación del Cauca negó la pensión post mortem 18 años a la actora MARLY JOHANA GRANDA MEDINA, debido a que consideró que el docente CAMAYO VALENCIA no había cumplido 18 años de servicio al momento de su muerte, porque ingresó al servicio el 1. ° de septiembre de 1995 y falleció el 26 de octubre de 2012.
- ❖ La señora GRANDA MEDINA como supérstite y compañera permanente, presentó recurso de reposición contra la decisión contenida en el citado acto, la cual fue resuelta negativamente mediante la Resolución nro. 1667 de 21 de octubre de 2013, confirmando así la resolución impugnada, insistiendo en que el docente no cumplía con los 18 años de servicio continuo o discontinuo, sin importar la edad, ya que al momento de morir contaba poco más de 17 años y 1 mes.
- ❖ El 22 de octubre de 2013 los señores JHON EDISON SOLANO CAMACHO y LEIDER ZEMANATE GUZMAN rindieron declaración extraprocesal ante el Notario Tercero del Círculo de Popayán, en la cual pusieron de manifiesto haber conocido en vida al señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA, por espacio de 14 y 15 años, constándoles que este convivió en unión libre de forma continua y permanente durante más de 14 años con la señora MARLY JOHANA GRANDA MEDINA, hasta el día del fallecimiento del primero, de cuya relación procrearon tres hijos de nombres ARLES ANDRES, KAREN ISABELLA y STEPHANY MARIA CAMAYO GRANDA.
- ❖ El 22 de enero de 2014 a través de la Resolución Nro. 0167-01-2014 la gobernación del Cauca resolvió reconocer y pagar en favor de los accionantes una pensión de sobrevivientes Ley 812 de 2003 en cumplimiento de fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Popayán, causada por el fallecimiento del docente ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA, a partir del 27 de octubre de 2012, en un 50 % de la prestación en favor de la señora MARLY JOHANA en calidad de compañera permanente, y el otro 50 % dividido en partes iguales entre los tres hijos del mismo. No obstante, en hoja de revisión nro. 2066 del 20 de enero de ese año se registra que el pago se liquida como Ley 100.

SEGUNDA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos jurídicos.

❖ Presunción de legalidad de los actos administrativos.

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo y en la actualidad²:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

❖ Fundamento legal en materia de pensión de sobrevivientes y post mortem.

La muerte constituye una contingencia establecida en el sistema de seguridad social, y de acuerdo a ello, se han determinado prestaciones sociales y/o pensionales, con el fin de cubrir las necesidades de las personas que dependían del afiliado que fallece. Es el caso de la pensión post mortem, solicitada por los accionantes, como beneficiarios del docente causante de la misma, razón por la cual, pasará el despacho a hacer referencia a esta prestación bajo el régimen aplicable a este tipo de servidores públicos, partiendo del hecho de que estos, aunque cuentan con un régimen especial, no tienen un sistema jurídico prestacional propio, pero en el caso de las pensiones de sobrevivientes y gracia, si existe una regulación específica, como pasa a verse.

El Decreto 224 de 1972, *"Por el cual se señalan las asignaciones de los Rectores, Directores, Prefectos y profesores de Enseñanza Primaria, Secundaria y Profesional Normalista al servicio del Ministerio de Educación Nacional y se establecen estímulos de diversa índole para los mismos funcionarios"*, instituyó una pensión especial denominada pensión post mortem, señalando en el artículo 7:

"ARTÍCULO 7º.- 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~~". (Destacamos).

De acuerdo con la disposición legal anteriormente citada, solo al verificarse que el docente hubiera laborado en instituciones oficiales al menos 18 años continuos o discontinuos tendría derecho su cónyuge o sus hijos menores de edad a obtener la prestación periódica denominada pensión post mortem, y equivaldría al 75 % de la asignación devengada por el causante al momento de su muerte.

² CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

Necesario precisar que, si bien la norma antes transcrita solo contemplaba la posibilidad de que la o el cónyuge del causante obtuvieran el reconocimiento de la pensión post mortem, a la luz de la Constitución Política de 1991 y a la definición amplia de familia establecida en ella³, deberá extenderse este derecho igualmente a la compañera permanente.

De igual manera, la Ley 71 de 1998, señaló una normatividad sobre pensiones y en su artículo 3, prescribió:

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

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

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

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

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

Por lo tanto, solo al no haber cónyuge o compañera permanente, así como tampoco hijos menores o inválidos, tendrían derecho otros parientes del causante a que les sea reconocida la pensión especial *post mortem*, siempre que el docente causante de la pensión no estuviera percibiendo pensión alguna y hubiera laborado por lo menos 18 años continuos o discontinuos.

Las reglas a las que hemos aludido serían en principio las aplicables a la situación expuesta en la demanda, como quiera que el docente ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA falleció el 26 de octubre de 2012, sin que estuviera gozando de alguna pensión o tuviese una expectativa pensional vigente.

Ahora bien, menester verificar en el presente asunto la aplicación por principio de favorabilidad de los preceptos señalados en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 224 de 1972, normas en las cuales se consagran requisitos para acceder a la pensión denominada de sobrevivientes, y *post mortem*, en su orden, lo que impone al despacho a efectuar el estudio respectivo.

Sea lo primero indicar que en materia laboral los operadores jurídicos no se deben limitar a las normas reglamentarias, sino que deben observar los principios constitucionales, así el principio de la *"situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho"*, se configura en un elemento orientador obligatorio, elevado a rango constitucional en el artículo 53⁴.

³ "ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla" (Subrayas del despacho).

⁴ El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; ..." (Subrayas del despacho).

Cuando coexisten varias normas laborales reguladoras todas de la misma materia y, por ende, susceptible de ser aplicadas a la solución del mismo caso, se presenta un conflicto normativo, que se resuelve con aplicación del precepto más favorable. Principio que además está recogido en la legislación laboral que en el artículo 21 del C. S. T., señala que, en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador.

En el presente caso, están en disputa dos regímenes pensionales, por un lado, el establecido para el personal docente, cuando se trata del reconocimiento de la pensión *post mortem* – 18 años señalada en el acápite anterior, y por el otro, el régimen general de seguridad social en pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 que contiene el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que exige haber cotizado 50 semanas al sistema de seguridad social en pensiones, por lo cual, deberá decidir el despacho cuál es el régimen a aplicar.

La pensión de sobrevivientes, como ya se dijo, está consagrada en la Ley 100 de 1993, ley general de seguridad social, y en su artículo 46, señala los requisitos para obtenerla, en los siguientes términos:

"ARTICULO. 46.- Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere 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, y

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.

PARAGRAFO.- Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley".

Norma que fue modificada por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, que dispone:

"Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento. NOTA: Los literales a) y b) fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556 de 2009". (Subrayas del despacho).

De acuerdo a la norma antes transcrita, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, solo es necesario acreditar que el afiliado que fallece hubiese cotizado 50 semanas tres años antes de la fecha de su fallecimiento, tiempo que por supuesto está por debajo del exigido a los docentes para acceder a la pensión *post mortem* 18 años; con lo que se evidencia que el régimen especial en este aspecto es más gravoso, siendo un evidente contrasentido, pues los regímenes especiales tienen razón de ser si consagran prerrogativas más favorables que el régimen general, de lo contrario, perdería su naturaleza de especiales, pues aplicar el régimen menos beneficioso para el administrado conllevaría al desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado constitucionalmente.

La Corte Constitucional ha señalado que la Ley 100 de 1993 se debe aplicar de preferencia a las normas especiales, cuando las específicas resulten desfavorables o contengan situaciones de desigualdad o discriminación, así:

"... 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 tratamiento discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta..."⁵ (Subrayas del despacho).

En cuanto a la obligación de los jueces para interpretar las normas aplicando el principio constitucional de favorabilidad laboral, el tribunal constitucional en sentencia de tutela, señaló⁶:

"Desde esta perspectiva, se concluye que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que las autoridades judiciales se encuentran sujetas a la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en materia laboral. En este orden de ideas, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. En consecuencia, una conducta contraria configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional".

Asimismo, el organismo vértice de esta jurisdicción contencioso administrativa, ha considerado que excepcionalmente se puede dar aplicación a normas generales, como en este caso referidas a reconocimiento pensional, cuando las mismas resulten más beneficiosas y favorables, pues de lo contrario, no se compadecería con los principios de equidad y justicia social:

"Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, 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;⁷ 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 caso que se examina, 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 lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por el Ente demandado, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial.

Sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales, la Corte Constitucional se ha pronunciado, señalando que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector.⁸ 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 otrora esbozó la Corte resultan perfectamente aplicables al presente caso, en cuanto ellos se refieren a la aplicación de la norma más favorable contenida en el régimen general".⁹

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 461 del 12 de octubre de 1995 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶ Sentencia T – 350 de 15 de mayo de 2012, M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

⁷ 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.

⁸ Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección "A"-, consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010).

En cuanto al principio de favorabilidad e igualdad en la aplicación de la ley general, Ley 100 de 1993, su artículo 288 dispone:

"ARTICULO. 288.-Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en las 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".

Y respecto al principio de favorabilidad en materia de pensiones, específicamente de la pensión de sobrevivientes para los funcionarios del magisterio, la Corte Constitucional, en sentencia T – 151 de 2014, entre otros aspectos, señaló:

"La jurisprudencia constitucional ha permitido la creación de regímenes especiales para determinados sectores, que por razones de la labor que desempeñan requieren prerrogativas adicionales que garanticen sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la seguridad social.

Al respecto, consideró que "la regulación de regímenes especiales de pensiones se ajusta a la Constitución, siempre y cuando establezcan un nivel de protección igual o superior al dispuesto para la generalidad de la población, pues el tratamiento dista de ser discriminatorio en la medida en que favorece a los trabajadores a quien se aplica. Esta regla se complementa con la tesis, según la cual, una persona que es titular de un beneficio prescrito en un régimen especial no puede ser objeto de prestaciones de régimen de género, individualmente consideradas". De esta forma, en aquellos casos donde la aplicación del régimen especial resulte menos favorable frente al régimen general, se configura una violación al principio de igualdad consagrado en la Carta Política.

Así las cosas, "la jurisprudencia es clara en señalar que, en materia de pensión de sobrevivientes del régimen del Magisterio, el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 sólo debe ser aplicado cuando resulte conveniente para el grupo de beneficiarios del docente. Pero, cuando de la aplicación del régimen especial se produce un tratamiento discriminatorio, se ha de privilegiar la aplicación de los enunciados normativos de la Ley 100 de 1993 que otorga la pensión de sobrevivientes con requisitos menos onerosos." (Se destaca).

Por lo tanto, de acuerdo al compendio normativo antes señalado, en principio, para este despacho es procedente aplicar el régimen general de seguridad social en pensiones, considerando que resulta más favorable que el régimen especial, en cuanto consagra requisitos más flexibles para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y aunque, el artículo 279 de la mencionada Ley 100 de 1993 excluye de manera expresa a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicha exclusión no puede tenerse en cuenta, pues se desdibujaría, como ya se dijo, la naturaleza misma del régimen especial, por cuanto desmejoraría la situación del administrado.

Así, en un caso similar al que nos ocupa, el Consejo de Estado en sentencia de 17 de noviembre de 2017¹⁰, dijo:

"Vistas las consideraciones que anteceden, la señora... tiene derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida, en calidad de cónyuge supérstite del señor..., puesto que el mismo laboró por espacio de 17 años, 4 meses y 11 días como directivo docente, lo cual sobrepasa el tiempo exigido por el art. 46 numeral 2 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, esto es, haber cotizado al menos 50 semanas con anterioridad a la muerte del causante. Última norma que como se dejó advertido, es aplicable al presente asunto en atención al principio de favorabilidad y prevalencia de los derechos a la seguridad social e igualdad de la parte actora, dado que el régimen especial contenido en el Decreto 224 de 1972 contempla requisitos considerablemente más exigentes con respecto al régimen general, por lo que es procedente resolver el presente asunto prefiriendo el régimen más favorable en su integridad, como es el previsto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia. Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00295-01(0603-17). C.P. Cesar Palomino Cortes. 17 de noviembre de 2017.

Por lo expuesto hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora ... en calidad de cónyuge supérstite del señor ..., de conformidad con el art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, la cual deberá ser reconocida en la cuantía indicada en dicha norma, a partir del 20 de agosto de 2012 fecha de muerte del causante, tal como lo concluyó el a quo”.

Lo anterior se ratifica en sentencia de 4 de febrero de 2021¹¹, en la que el Consejo de Estado resuelve que la Ley 100 de 1993, resulta mucho más favorable que el Decreto 224 de 1972:

“Quiere decir lo anterior, que el régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes, es más favorable que el régimen especial contemplado en el Decreto 224 de 1972, pues mientras este último prevé como requisito para acceder a la prestación un tiempo de servicios de 18 años, la Ley 100 de 1993, contentiva del régimen general, tan solo exige 50 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la muerte del causante, resultando de esta manera más beneficioso”.

TERCERA: Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados.

Aterrizando al caso bajo estudio, debemos precisar que el señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA (QEPD), en efecto estuvo vinculado al departamento del Cauca como docente.

Ahora, si bien es cierto los actos administrativos que negaron el reconocimiento pensional post mortem a los actores, se fundan en que el señor CAMAYO VALENCIA no alcanzó el tiempo de servicio requerido para el efecto, ello atemperado a lo señalado en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972, la administración no tuvo en cuenta el tiempo laborado por el causante como docente en la Institución Educativa Agrícola Luis Nelson Cuellar, para el año 1994 (desde el 1. ° de febrero hasta el 30 de noviembre - 300 días – docente hora cátedra – 24 horas semanales; y para el año 1995 (desde 1. ° de enero de 1995 hasta el 30 de junio de 1995 – 180 días- horas cátedra - 24 horas semanales), teniendo como periodo único del servicio oficial, el causado al vincularse en propiedad, a saber, entre el 1. ° de septiembre de 1995 y el 26 de octubre de 2012, fecha de su deceso. La inclusión de estas horas cátedra en el conteo permitiría satisfacer a plenitud el requisito de tiempo de servicio que contempla el Decreto 224 anteriormente citado, ya que desde el 1. ° de febrero de 1994 al 26 de octubre de 2012, prestó el servicio por más de cuatro horas diarias, por un tiempo superior a los 18 años, con mayor precisión, 18 años, 5 meses y 26 días.

En tal sentido, ha de advertir el juzgado que la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 22 de enero de 2015¹², consideró que los tiempos de servicios prestados a través de órdenes de prestación de servicios como docente -hora cátedra- debían ser tenidos en cuenta a efectos de cumplir el requisito de tiempo de servicios, para obtener el derecho pensional; al respecto, indicó:

“(...) Con relación al cómputo del tiempo de servicio docente por hora cátedra, la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 1999, dijo lo siguiente:

“(...) Sostuvo que, en ningún caso, esos parámetros de contratación son imputables al docente quien, sin importar la forma como ha de ser vinculado, cumple funciones similares en el campo educativo y, en consecuencia, está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales y hora cátedra, a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado (...)”.

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia. Radicación número: 08001-23-33-000-2017-00379-01(0176-19). C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. 04 de febrero de 2021.

¹² CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON (E). Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-02017- 01(0775-14).

Sobre el particular la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2000¹³ indicó que era posible tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión gracia el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra y señaló que para su cálculo se daría aplicación al parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Posteriormente en sentencia de 8 de agosto de 2003¹⁴ se ratificó el anterior criterio, para lo cual se concluyó lo siguiente:

"(...) En lo que tiene que ver con el cómputo de tiempo de servicio que da lugar a la pensión de jubilación, el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 señala que sólo se computaran como jornadas completas de trabajo las de cuatro horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro, el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los del descanso remunerado y de vacaciones conforme a la ley.

En estas condiciones como el personal docente oficial labora de lunes a viernes y los sábados y los domingos corresponden a días de descanso remunerados, se deberán adicionar estos días, al igual que los días de vacaciones escolares de semana santa (1 semana) y de vacaciones intermedias (4 semanas) de conformidad con el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 0174 de 1982 modificado por el artículo 3° del Decreto 1235 de 1982 en armonía con el artículo 58 del Decreto Reglamentario 1860 de 1994.

Así las cosas, deben entenderse que cuatro horas diarias de labor académica deberán computarse como una jornada completa de trabajo, lo que significa que veinte horas semanales suman ochenta mensuales..."

Así las cosas, la Sala considera que no le asiste la razón al Tribunal que negó las súplicas de la demanda porque a su juicio la vinculación como docente externa de hora cátedra comprendido entre los años 1985 y 1993, no tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia por cuanto no medió una vinculación laboral con el Departamento de Sucre, en consecuencia se revocará la sentencia apelada para en su lugar entrar a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del a pensión gracia (...)"

Ahora bien, la demandante se ha desempeñado como docente en propiedad 17 años, 4 meses y 23 días, hasta el 12 de diciembre de 2011, fecha de expedición de la certificación de tiempo de servicios. Sumando los 4 años 5 meses y 24 días años en que estuvo vinculada como docente externa, la Sala encuentra que cuenta con más de 20 años de servicios, pues acreditó un total de 21 años, 10 meses y 17 días (...)"

El anterior criterio jurisprudencial fue reiterado por el Consejo de Estado en sentencia de 19 de enero de 2017¹⁵, en los siguientes términos:

"(...) De igual forma, en lo que respecta a este tipo de vinculación, en particular cuando se trata de maestros, la Corte Constitucional es del criterio que la «[] primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional []»¹⁶ , y si el intérprete judicial, «[en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP []».

En estos casos, dada la naturaleza de la función docente, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades cobra especial relevancia, puesto que la labor desempeñada a través de órdenes de prestación de servicios desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, como

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 24 de agosto de 2000, expediente No. 1053-00, M.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 8 de agosto de 2003, expediente No. 0396-03, M.P. Dr. Jesús María Lemos.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Expediente: 54001-23-33-000-2012-00180-01 (1706-2015).

¹⁶ Sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

quiera que los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación, se insiste, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia.

Por tanto, la Sala valida el tiempo laborado por el accionante como docente mediante contratos de prestación de servicios, para que, sea contabilizado con el ejercido en propiedad. circunstancia que le permite, previo estudio de su caso particular, acceder al reconocimiento de la pensión gracia (...)"

De acuerdo con el criterio jurisprudencial antes expuesto, es dable concluir que los tiempos laborados por un docente externo, es decir, a través de la figura del docente-contratista, debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que ha sido jurisprudencia pacífica y reiterada del Consejo de Estado sostener que cuando existe una orden de prestación de servicios para la prestación del servicio docente tácitamente se configuran los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, ello en razón a que la labor desempeñada a través de esta modalidad de vinculación desentraña una verdadera relación de trabajo, como quiera que los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación, se insiste, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario.

Ahora, en tratándose de la actividad docente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor docente¹⁷. Este argumento se sustenta en la definición que de la labor docente se ha establecido en el artículo 2 del Decreto 2277 de 1979 y reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación-Ley 115 de 1994, al prever que los educadores son los orientadores del proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos en cada establecimiento educativo y que se encuentran sometidos permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, como el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación correspondientes. De otra parte, respecto al horario que deben desarrollar los docentes, es el artículo 57 del Decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, el que establece el calendario académico de todos los establecimientos educativos estatales.

Colígese de lo anterior que la labor docente en los establecimientos educativos oficiales no es independiente, dado que por su particularidad (servicio público), requiere que el servicio se preste personalmente y que esté permanentemente subordinado al cumplimiento del horario, de los reglamentos y políticas educativas, además al constatar el requisito de la remuneración como contraprestación del servicio.

Así las cosas, a efectos de contabilizar los tiempos de servicio docente para el reconocimiento del derecho pensional, se deben tener en cuenta los prestados a través de órdenes de prestación de servicios docente, en tanto tal como quedó visto la labor desempeñada a través de esta modalidad de vinculación desentraña una verdadera relación de trabajo, dadas las características y particularidades propias de la actividad docente.

Ha de precisarse entonces que los tiempos de servicios docentes prestados a través de órdenes de prestación de servicios deben ser tenidos en cuenta únicamente a efectos pensionales, ello en atención al carácter fundamental e imprescriptible del derecho a la seguridad social.

Aclara el despacho que, si bien no se ha acreditado que el señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA para los años 1994 y 1995 haya suscrito contratos de prestación de servicios, las autorizaciones para desempeñar el cargo de docente hora catedra en los periodos indicados, de estas anualidades, no es posible afirmar algo diferente a que esa fue la única forma legalmente establecida para su vinculación provisional al servicio, pues recordemos que las personas naturales se vinculan con el Estado para prestar sus servicios u oficios, a través de tres tipos de relaciones: (i) como empleados públicos en virtud de una relación

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá D.C. 14 de agosto de 2008. Radicación No. 0157-08.

legal y reglamentaria; (ii) como trabajadores oficiales por medio de un contrato laboral; y (iii) como contratistas mediante contrato estatal de prestación de servicios. Al respecto, la Corte Constitucional ha mencionado que las dos primeras modalidades suponen la existencia de un vínculo de carácter laboral, mientras que la última no, dado su carácter “*contractual estatal*”.¹⁸

Para concluir este aparte, consideramos que la aplicación de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reconocida a los accionantes el 22 de enero de 2014 a través de la Resolución nro. 0167-01-2014 a partir del 27 de octubre de 2012, es favorable con respecto a la pensión *post mortem* establecida para el sector oficial docente en el Decreto 224 de 1972, pero en cuanto al tiempo de servicio requerido para su concesión, pues, como se ha indicado, mientras la primera exige la acreditación de que el afiliado que fallece hubiese cotizado 50 semanas tres años antes de la fecha de su fallecimiento, la segunda para la obtención de la pensión impone que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o discontinuos, por lo que, se itera, en principio, por favorabilidad, debía ser aplicada la norma general para el reconocimiento de la prestación, en los términos en que actualmente se encuentra reconocida.

A pesar de lo expresado, habiendo demostrado los accionantes que antes de su fallecimiento el señor ARIEL ADOLFO prestó el servicio oficial docente por más de 18 años, debe aplicarse para efectos del reconocimiento pensional *post mortem* en favor de los mismos, lo establecido en el artículo 7 del Decreto Ley 224 de 1972, además por cuanto dicha regulación normativa es más favorable en cuanto al monto de la prestación, ya que mientras esta indica que su pago equivale al 75 % de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte, la regla fijada por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 conlleva a que la liquidación de la prestación se sujete al número de semanas cotizadas por el afiliado, es decir, en promedio “*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*”, así, solo 1.250 semanas cotizadas (25 años) de servicio permitirían reconocer la pensión en el 75 %, y aunado a lo anterior el monto claramente se verá reducido por ser este promediado por el tiempo total de servicio prestado.

Ahora, para el despacho, ciertamente se encuentra demostrado que los demandantes conformaban el núcleo familiar del señor ARIEL ADOLFO al momento de su fallecimiento. De lo anterior da cuenta los registros civiles de nacimiento de los hijos que procreó con la señora MARLY JOHANA GRANDA MEDINA, ellos son, S.M. (menor de edad), ARLES ANDRÉS y KAREN ISABELLA CAMAYO GRANDA.

En cuanto a la relación existente entre el docente fallecido y la señora GRANDA MEDINA, también se encuentra acreditada con la declaración extraprocesal rendida el 22 de octubre de 2013 ante el Notario Tercero de esta ciudad por parte de los señores JHON EDISON SOLANO CAMACHO y LEIDER ZEMANATE GUZMAN, quienes pusieron de manifiesto haber conocido en vida al señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA, por espacio de 14 y 15 años, constándoles que este convivió con la citada accionante en unión libre de forma continua y permanente durante más de 14 años, hasta el día de su fallecimiento. Aclara el despacho que esta prueba anticipada puede ser valorada de manera plena, sin necesidad de ratificación dado que esto último no fue solicitado por la demandada, ello a la luz de lo previsto en el artículo 222 del estatuto procesal vigente¹⁹.

Aunado a lo anterior, en sede constitucional de tutela el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Popayán ordenó reconocer y pagar en favor de los hoy accionantes la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del docente, a partir del 27 de octubre de 2012, en un 50 % de la prestación en favor de la señora MARLY JOHANA en calidad de compañera permanente, y el otro 50 % dividido en partes iguales entre los tres

¹⁸ Auto 492 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁹ La norma reza: “ARTÍCULO 222. RATIFICACIÓN DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO. Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite “...”” (Se destaca).

hijos del mismo, demostrando ello que en el proceso tutelar se acreditó tal condición, y además, las fechas de nacimiento de los tres hijos entre ellos procreados dejan ver una relación duradera y permanente, pues S.M. nació el 16 de febrero de 2011, KAREN ISABELLA el 23 de febrero de 2000 y ARLES ANDRES el 16 de septiembre de 1999.

En suma, dado que el 22 de enero de 2014 a través de la Resolución nro. 0167-01-2014 la gobernación del Cauca resolvió reconocer y pagar en favor de los accionantes una pensión de sobrevivientes en cumplimiento de fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Popayán, causada por el fallecimiento del docente ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA, a partir del 27 de octubre de 2012, deberá la entidad demandada reconocer esta prestación en favor de los accionantes, pero atendiendo lo estipulado en el artículo 7° del Decreto Ley 224 de 1972, realizando el descuento de los montos pensionales que se hayan pagado desde esa fecha por concepto de pensión de sobrevivientes en favor de los mismos.

Superado lo anterior pasaremos a estudiar el fenómeno de la prescripción.

CUARTA: La prescripción de mesadas pensionales

Del desarrollo normativo de la seguridad social se desprende la regla jurídica, según la cual, toda pensión constituye un derecho imprescriptible. Sin embargo, respecto de las mesadas pensionales dejadas de cobrar, el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (D.L. 2158 de 1948, modificado por la Ley 712 de 2001), en su artículo 151, dispuso la forma de interrumpir el término de la prescripción, bajo el entendido que *"las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual"*.

Por su parte, la normativa aplicable para los empleados oficiales, reglamentada en el Decreto 3135 de 1968 *"por el cual se prevé a integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"*, estipuló la interrupción de la prescripción en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 41. 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 Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, hizo la misma consagración en su artículo 102.

Así las cosas, el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, el cual se interrumpe desde la interposición de la reclamación administrativa, y luego de presentada la petición del derecho, el interesado cuenta con 3 años para demandar su reconocimiento judicial, en caso de que la entidad requerida sea renuente a dar respuesta. Lo anterior so pena de activarse el fenómeno prescriptivo, y de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo²⁰.

Entonces, en lo que atañe al fenómeno procesal de la prescripción trienal, el despacho tendrá en cuenta los tres años anteriores a la presentación de esta demanda (17 de febrero de 2021), así que para el reconocimiento de las mesadas pensionales en favor de los accionantes en los términos anotados en esta providencia, se contará desde el 17 de febrero de 2018, de acuerdo con lo previsto en la citada normativa, toda vez que la muerte del señor ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA aconteció el 26 de octubre de 2012 y la señora

²⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 2 de febrero de 2012. Radicado: 150012333000201300718 01 (1218-2015). Actor: María Consuelo del Pilar Barrera Rossi. Demandado: CAJANAL (hoy UGPP). M.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

MARLY JOHANA GRANDA MEDINA solicitó en sede administrativa el reconocimiento de la prestación pensional *post mortem 18 años* el 11 de febrero de 2013, lo que fue resuelto de manera negativa y en definitiva mediante la Resolución nro. 1667-10-2013 del 21 de octubre de ese año, con la cual se confirmó la Resolución nro. 0600-06-2013 del 20 de junio de 2013, habiéndose activado de nuevo el fenómeno prescriptivo por término similar, claramente superado al momento de poner en marcha el presente medio de control.

En conclusión, este juzgado declarará la nulidad de los actos administrativos atacados al considerar que procede el reconocimiento de la pensión *post mortem 18 años* en favor de los accionantes, puesto que el fundamento de los actos demandados contraría el principio de favorabilidad establecido constitucionalmente.

A título de restablecimiento, se ordenará reconocer y pagar a los accionantes la pensión *post mortem*, a partir del 17 de febrero de 2018, por efecto de la prescripción trienal, bajo las previsiones establecidas en el artículo 7 del Decreto Ley 224 de 1972, esto es, en el equivalente al 75 % de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA para el 26 de octubre de 2012, fecha de su fallecimiento, hasta el momento en que se realice el ajuste prestacional, y se deberá efectuar el descuento respectivo de los montos pensionales que se hayan pagado desde el 17 de febrero de 2018 por concepto de pensión de sobrevivientes reconocida en favor de los mismos a través de la Resolución nro. 0167-01-2014 expedida por la gobernación del Cauca.

Y teniendo en cuenta las fechas de nacimiento de los tres hijos procreados entre los señores CAMAYO VALENCIA y GRANDA MEDINA, solo esta última en calidad de compañera permanente y las accionantes STEPHANY MARIA quien nació el 16 de febrero de 2011, y KAREN ISABELLA quien nació el 23 de febrero de 2000, tendrán derecho a recibir las mesadas pensionales desde el 17 de febrero de 2018, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, fechas en que esta será trasladada a la señora MARLY JOHANA GRANDA. Se excluye del derecho al accionante ARLES ANDRES CAMAYO GRANDA, por cuanto al haber nacido el 16 de septiembre de 1999, al 17 de febrero de 2018 adquirió la mayoría de edad.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, deberán ajustarse utilizando la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el correspondiente a las sumas dejadas de pagar mes a mes, 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 falleció el causante).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar en debida forma, y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTA: Causación de intereses moratorios.

Igualmente pretende la parte accionante el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo cual será negado, por cuanto, conforme lo anotado en esta sentencia, los accionantes ya vienen percibiendo, desde el 27 de octubre de 2012, la pensión de sobrevivientes de que trata la norma general, la misma en que se consagra la citada sanción por mora.

No obstante, los intereses se reconocerán en las condiciones contempladas en el artículo 192 del CPACA.

3. - COSTAS.

Conforme el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

En el presente asunto no se condenará en costas a la entidad vencida en juicio, toda vez, que, no todas las pretensiones de la demanda prosperaron. Lo anterior con fundamento en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

4. - DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad absoluta de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 0600-06-2013 de 20 de junio de 2013 y 1667-10-2013 de 21 de octubre del mismo año, mediante los cuales el DEPARTAMENTO DEL CAUCA negó a los accionantes el reconocimiento de la pensión post mortem regulada en la Ley 224 de 1972.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a:

- Reconocer y pagar a los accionantes MARLY JOHANA GRANDA MEDINA, identificada con la cédula de ciudadanía nro. 36.384.748, STEPHANY MARÍA CAMAYO GRANDA R.C. NUIP 1.061.756.387 y KAREN ISABELLA CAMAYO GRANDA identificada con la cédula de ciudadanía nro. 1.002.971.139, la pensión post mortem, a partir del 17 de febrero de 2018, por efecto de la prescripción trienal, bajo las previsiones establecidas en el artículo 7 del Decreto Ley 224 de 1972, esto es, en el equivalente al 75 % de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente ARIEL ADOLFO CAMAYO VALENCIA para el 26 de octubre de 2012, fecha de su fallecimiento.
- Las accionantes STEPHANY MARIA y KAREN ISABELLA CAMAYO GRANDA tendrán derecho a recibir las mesadas pensionales desde el 17 de febrero de 2018, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, fechas en que esta será trasladada a la señora MARLY JOHANA GRANDA en el porcentaje que a estas correspondió.
- Se excluye del derecho al accionante ARLES ANDRES CAMAYO GRANDA, por cuanto al haber nacido el 16 de septiembre de 1999, al 17 de febrero de 2018 ya adquirió la mayoría de edad.
- La NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO deberá efectuar el descuento respectivo de los montos pensionales que se haya pagado a los actores desde el 17 de febrero de 2018 hasta el momento en que se realice el ajuste prestacional, por concepto de la pensión de sobrevivientes reconocida en favor de los mismos a través de la Resolución nro. 0167-01-2014 expedida por la gobernación del Cauca.
- Las sumas que se causen a favor de las demandantes serán ajustadas en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Archívese el expediente una vez cobre firmeza esta providencia. Por secretaría liquidense los gastos del proceso.

Sentencia NREDE núm. 139 de 30 de septiembre de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008-2021-00025-00
Accionante: MARLY JOHANA GRANDA MEDINA Y O.
Demandado: LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

QUINTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437.

Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos:
mapaz@procuraduria.gov.co; notjudicial@fiduprevisora.com.co;
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co; abogados@accionlegal.com.co;
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co; andrewx22@hotmail.com;
t_lcordero@fiduprevisora.com.co; t_gsierra@fiduprevisora.com.co;

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La jueza



ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:

Zuldery Rivera Angulo

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

008

Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a72c643b1081415a4e9d7700ec1414397587d3047dbf3cf8ac7130aa0d176d65**

Documento generado en 30/09/2022 10:21:17 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>