



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2017-00325-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: DIANA MAYERLY GÓMEZ LOZANO y OTRA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema: Indemnización Sustitutiva

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por DIANA MAYERLY GÓMEZ LOZANO y MAYRA ALEJANDRA CORTÉS GÓMEZ en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, radicado con el N°. 73-001-33-33-004-2017-00325-00.

1. Pretensiones

Al interior de la audiencia inicial se consignaron como tales las siguientes pretensiones¹:

"A. DECLARACIONES

1) Que se declare la existencia del acto administrativo negativo ficto o presunto, resultante de la solicitud de fecha 28 de mayo de 2015, radicada bajo el No. 2015-17418 ante el FOMAG.

2) Que se declare la nulidad del acto administrativo negativo ficto o presunto, resultante de la solicitud de fecha 28 de mayo de 2015, radicada bajo el No. 2015-17418 ante el FOMAG, mediante el cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

3) Que se declare en favor del actor el derecho al pago de la indemnización sustitutiva reclamada.

B. CONDENAS

1) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene al FOMAG – REGIONAL TOLIMA, al

¹ Fl. 111 del expediente

reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 a favor de DIANA MAYERLY GOMEZ LOZANO y MAYRA ALEJANDRA CORTES GOMEZ, en calidad de compañera permanente e hija, respectivamente, del señor JAIME CORTES SANTANA (QEPD).

4) Que Se dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192, 193 y 195 del CPACA y, finalmente, que se condene en costas a la parte accionada. “

Se establecieron como hechos relevantes dentro del presente medio de control los siguientes en la audiencia inicial²:

1. Que entre los señores JAIME CORTÉS SANTANA (Q.E.P.D.) y DIANA MAYERLY GÓMEZ LOZANO, existió unión marital de hecho desde el 1° de enero de 1997 y hasta el 14 de octubre de 2011, según sentencia judicial del 6 de octubre de 2013, proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Ibagué. (Hecho 1).
2. Que de dicha unión nació MAYRA ALEJANDRA CORTÉS GÓMEZ. (Hecho 2).
3. Que el señor CORTÉS SANTANA falleció el 14 de octubre de 2011, habiendo laborado como docente al servicio del departamento del Tolima, desde el 14 de marzo de 2002 hasta el 3 de mayo de 2009, tiempo durante el cual efectuó sus aportes al FOMAG. (Hechos 3 y 4).
4. Que el 11 de febrero de 2014 la señora DIANA MAYERLY GÓMEZ LOZANO, obrando en nombre propio y en representación de su menor hija, solicitó ante el FOMAG el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por el deceso de su compañero y padre, el señor CORTÉS SANTANA, lo cual fue denegado mediante resolución No. 0965 del 24 de febrero de 2014. (Hechos 5 y 6).
5. Que en virtud de tal negativa, las demandantes solicitaron el 28 de mayo de 2015 ante el FOMAG, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, sin que a la fecha hayan recibido respuesta alguna. (Hechos 7 y 8).

2 Contestación de la Demanda.

El FOMAG no contestó demanda³ y el departamento del Tolima contestó de forma extemporánea⁴.

² Fl. 112 del expediente

³ Fl. 65 del expediente

⁴ Fl. 82 del expediente

3. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 5 de octubre de 2017 (fol. 50), correspondió por reparto a éste Juzgado, el cual, mediante auto del 17 de octubre del mismo año, ordenó la admisión de la demanda. (Fls. 51 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el FOMAG no contestó demanda⁵ y el departamento del Tolima contestó de forma extemporánea⁶.

Posteriormente, mediante providencia del 24 de septiembre de 2019, se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (Fl. 110), la cual, se llevó a cabo el día 7 de octubre del presente año, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma, y, en razón a que no se requirió la práctica de ninguna prueba, se prescindió de la audiencia de pruebas y el Despacho se constituyó de manera inmediata en audiencia de alegaciones y juzgamiento, anunciando que el sentido del fallo sería favorable a las pretensiones de la demanda. (Fls. 111 y ss).

4. Alegatos de conclusión

4.1. Parte demandante

Reiteró los argumentos de la demanda y solicitó que se acceda a las pretensiones, bajo el entendido de que a partir de la prueba documental aportada al expediente, se pudo establecer el derecho que les asiste a las accionantes, a la devolución de los aportes efectuados por el causante, a la luz del artículo 49 de la Ley 100 de 1993.

4.2. Ministerio de Educación Nacional

Refirió que en los aplicativos de la entidad, no reposa petición alguna en relación con el reconocimiento de pensión ni de indemnización sustitutiva por parte de los accionantes, por lo que no pudo pronunciarse al respecto.

4.3. Departamento Del Tolima

Sostuvo que la petición de indemnización sustitutiva fue presentada por la parte actora exclusivamente ante el FOMAG, razón por la cual la entidad no pudo manifestarse al respecto. Así mismo, solicitó la exclusión de cualquier tipo de condena, bajo el argumento de que en caso de accederse a las pretensiones, el pago de las mismas recaería solamente en el FOMAG.

⁵ Fl. 65 del expediente

⁶ Fl. 82 del expediente

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar, *"si las demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, luego del deceso del señor JAIME CORTÉS SANTANA (q.e.p.d.) o si por el contrario el acto administrativo que se demanda se encuentra ajustado a derecho"*.

3. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

El ficto o presunto resultante de la solicitud de fecha 28 de mayo de 2015, radicada bajo el No. 2015-17418 ante el FOMAG.

4. CUESTIÓN PREVIA

De la configuración del silencio administrativo negativo

Al interior del expediente aparece demostrado que la parte demandante presentó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima, el 28 de mayo de 2015, derecho de petición orientado a obtener, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, prevista en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, sin que se evidencie en el cartulario, respuesta alguna de la entidad a tal solicitud.

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Administración contaba con el término de 15 días para dar respuesta a la petición formulada, sin embargo, no lo hizo así.

Según lo dispuesto en el artículo 83 *ibídem*, transcurrido el término de tres meses contados a partir de la presentación de una petición, sin haberse obtenido respuesta, se entenderá que la misma es negativa.

Por lo anterior, habiendo transcurrido más de tres (3) meses sin que la administración hubiera dado respuesta a la petición de la parte actora, se configura la existencia del acto administrativo ficto negativo.

Definido lo anterior, procede el Despacho a determinar si la parte demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la prestación antes mencionada.

5. FONDO DEL ASUNTO.

El fondo del presente asunto radica en establecer si las demandantes, tienen derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, luego del deceso del señor JAIME CORTES SANTANA, quien en vida fuera su compañero permanente y padre, respectivamente.

6.FUNDAMENTOS DE LA TESIS DEL DESPACHO.

Para resolver el fondo del asunto, sea lo primero indicar que el extinto docente, señor JAIME CORTÉS SANTANA (q.e.p.d.) se vinculó al servicio educativo oficial en data 14 de marzo de 2002, según se expone en el certificado de historia laboral visto a folio 26 del cartulario así como en el texto de la resolución No. 0965 del 24 de febrero de 2014, vista a folio 23.

Siendo ello así, resulta claro que el régimen prestacional aplicable resulta ser el anterior a la expedición de la ley 812 de 2003⁷, conforme lo indica dicho texto legal en su artículo 81, que a la letra dice:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres".

Por tanto, en lo que atañe al régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, se debe señalar que la Ley 43 de diciembre 11 de 1975 *"por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios,*

⁷ La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa”, ordenó que los docentes fueran nacionalizados, en virtud de la cual se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

La mentada disposición en su art. 15 señaló:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...”.

De lo anterior es dable colegir, que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y posteriormente la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, la que al no contener distinción en cuanto a los funcionarios a quienes se dirige, se ha entendido que le es aplicable a todos los niveles, pues con la misma, lo que se pretendió fue unificar los regímenes existentes a la época y así crear un régimen pensional del que se beneficiaran los empleados oficiales de todos los órdenes; por lo tanto, la misma le es aplicable a los docentes de conformidad con el art. 15 de la Ley 91 de 1989.

No obstante lo anterior, para las personas que como el causante, el señor JAIME CORTES SANTANA, no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de su fallecimiento, el Decreto 224 de 1972 por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7º previó la siguiente prestación:

“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."

Al amparo de dicha norma, se expidió la resolución No. 0965 del 24 de febrero de 2014, mediante la cual, el departamento del Tolima negó a las demandantes, el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, argumentando que el causante solamente laboró como docente, desde el 14 de marzo de 2002 hasta el 3 de mayo de 2009, es decir, por un lapso de 7 años, 1 mes y 9 días, tiempo inferior al previsto en la mentada norma.

Por lo anterior y en aplicación del principio de favorabilidad, la parte actora solicita que en su caso no se aplique el régimen pensional especial, que por demás, no contempla la prestación aquí pretendida sino el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, a fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, prevista en el artículo 49 de dicha norma.

Dispone en consecuencia el artículo 49 de la Ley 100 de 1993:

"ARTÍCULO 49. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley".*

La mentada disposición, a pesar de referirse al régimen general, tiene vocación de ser aplicada al régimen exceptuado de los docentes, tal y como lo ha venido decantando en numerosas sentencias la H. Corte Constitucional, quien finalmente en la sentencia T-164 de 2017, tuvo a bien determinar las conclusiones más importantes de ese devenir jurisprudencial:

"59. De todo lo expuesto puede concluirse frente al derecho a la indemnización sustitutiva del servidor público que: (i) por virtud del derecho a la igualdad, favorabilidad pensional y el efecto útil de la norma, se aplica indistintamente de si el trabajador fue afiliado o no por la entidad territorial a una caja o fondo prestacional; (ii) distintas Salas de Revisión de esta Corporación han concluido, que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, al ser de orden público, son de aplicación inmediata para todos los

habitantes, incluso frente a situaciones en curso o no consolidadas a su entrada de vigencia; (iii) todos los tiempos servidos -debidamente acreditados- antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 son computados para efectos de la liquidación, de conformidad con el artículo 37 Ibíd, y en especial, el Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005; (iv) cuando el vínculo laboral terminó sin que la entidad territorial trasladara el riesgo a una caja o fondo, ésta mantiene la responsabilidad de asunción del reconocimiento y pago de la indemnización; y, (v) debe verificarse que el reclamante esté en imposibilidad de acceder a una pensión de vejez”.

Concordando entonces en que la norma que establece la indemnización sustitutiva es plenamente aplicable al sector docente, es pertinente señalar que con la expedición del Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005, se establecieron los lineamientos para el reconocimiento de la prestación específicamente para los servidores públicos afiliados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuyo riesgo de vejez en consecuencia fue transferido a una caja de previsión social, fondo o administradora de pensiones.

Dispuso dicha regulación lo siguiente:

“Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con, posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez

o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del decreto ley 1295 de 1994".

Artículo 2°. Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

En caso de que la Administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la Caja o Fondo que reconozca las pensiones.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

Artículo 3°. Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 4º. Requisitos. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez el afiliado debe acreditar el estado de invalidez de conformidad con los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, el grupo familiar del afiliado debe acreditar la muerte del afiliado y la calidad de beneficiario por la cual se reclama.

Para acceder a la indemnización sustitutiva a la que se refiere el literal d) del artículo 1º de este decreto, el pensionado por invalidez o su grupo familiar, deberán acreditar que disfrutaban de la pensión de invalidez o sobrevivencia respectivamente, causada por un riesgo profesional, y que ésta fue concedida con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994. Los miembros del grupo familiar del pensionado por riesgo profesional fallecido, deberán acreditar además de lo antes señalado, la muerte del causante y la calidad de beneficiario en virtud de la cual reclaman.

La entidad a cargo del reconocimiento de la indemnización podrá verificar toda esta información”.

Conforme lo expuesto, advierte el Despacho que en este caso hay lugar a la aplicación de la normatividad general contenida en el la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 en aras de garantizar el principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de nuestra Carta Política, y así salvaguardar el derecho a la seguridad social de las demandantes, en sus calidades de compañera permanente e hija respectivamente, del causante JAIME CORTÉS SANTANA (q.e.p.d.).

En éste sentido el despacho debe indicar las demandantes no pretenden el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 46 de la reseñada ley de seguridad social y en cambio sí solicitan el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva correspondiente a dicha pensión, conforme a la normatividad general contenida en la precitada ley 100 de 1993.

Ahora bien, hallándose acreditado mediante sentencia judicial⁸, la calidad de compañera permanente de la señora DIANA MAYERLY GÓMEZ LOZANO, así como también la de la hija de MAYRA ALEJANDRA CORTÉS GÓMEZ, a través del correspondiente registro civil de nacimiento⁹, el Despacho ordenará a la entidad demandada que reconozca y pague a favor de la demandantes, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, la cual deberá se liquidada conforme lo indica el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, debiéndose tener en cuenta que las cotizaciones efectuadas por el causante se realizaron en vigencia de la precitada Ley 100 de 1993.

Por otra parte, atendiendo reciente pronunciamiento efectuado por el H. Consejo de Estado, en el presente asunto se declarará probada de oficio la **falta de legitimación en la causa por pasiva del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, por cuanto, la Entidad encargada de realizar el pago de la prestación reclamada es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien se le impondrá el pago de la sanción moratoria a la que se ha hecho alusión.

Frente al particular, el máximo Tribunal dispuso:

“Además, se precisa que la sanción se impondrá con cargo al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por todo el tiempo de la mora, pues es la autoridad encargada del pago de la prestación. En reciente pronunciamiento de la Sala¹⁰, en torno a esa responsabilidad se señaló lo siguiente:

En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el a quo no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la

⁸ Fls. 3-14 del expediente.

⁹ Fl. 19 del expediente.

¹⁰ Sección segunda, subsección A, auto del 26 de abril de 2018, radicación 68001 23 33 000 2015 00739 01, número interno: 0743-2016, M.P. William Hernández Gómez.

obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales.

Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbad por la entidad fiduciaria y es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane.

Así pues, el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017,¹¹ y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹², consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.

Esto, ya que las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en la secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹³. (Resaltado Original).

Siguiendo esa línea, la Sala declarará probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación del municipio de Ibagué¹⁴.

Así las cosas, trayendo a colación estos argumentos, que tuvieron por origen la reclamación de un sanción mora por el no pago oportuno de las cesantías, considera el despacho que su aplicación es enteramente pertinente al caso que se estudia por cuanto el pago de la indemnización sustitutiva compete exclusivamente al FOMAG.

¹¹ Cita propia del texto transcrito: «Dentro del proceso con radicación 66-001-23-33-000-2014-00114-01, número interno: 2587-2015»

¹² Cita propia del texto transcrito: «En las sentencias del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo (i) de la Subsección “A”: Consejero ponente Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO del 2 de julio de 2015, Expediente: 25000-23-25-000-2012-00262-01(0836-13) Actor: Abel Rodríguez Céspedes, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio. Consejero ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del 12 de julio de 2017 Expediente: 08001-23-33-000-2012-00400-01(1874-14) Actor: Víctor Manuel Solano Ospina Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. (ii) de la Subsección “B” con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE del 5 de diciembre de 2013 Expediente: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12) Actor: Hugo Guerrero Cáceres, Demandado: Ministerio de Educación Nacional. Otra del mismo Ponente del 10 de julio de 2014, Expediente: 05001233100020050421801 (2713-2013) Actor: Gustavo de Jesús García Rúa. Adicionalmente y más recientes, dos con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del 8 de septiembre de 2016 Expediente: 15001-23-33-000-2013-00082-01(1530-14) Actor: Julio Bonilla Briceño Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del 15 de noviembre de 2017. Expediente: 41001-23-33-000-2015-00686-01(4155-16) Actor: Adriana Murcia Villaneda, Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Neiva - Departamento del Huila».

¹³ Sección segunda, subsección A, auto del 26 de abril de 2018, radicación 68001 23 33 000 2015 00739 01, número interno: 0743-2016, M.P. William Hernández Gómez.

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda de fecha 21 de Marzo De 2019; CP. Rafael Francisco Suarez Vargas; Rad. 73001-23-33-000-2014-00609-01(3768-15).

PRESCRIPCIÓN

Tal y como lo ha referido la H. Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, como es el caso de la sentencia T 809 de 2011, el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva no prescribe y que *la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad que se divulga del derecho a la pensión, también debe predicarse del derecho a reclamar la indemnización sustitutiva o devolución de saldos.*

COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Es así como el artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, por lo que es del caso aplicar este criterio y condenar al pago de las costas procesales a los accionados en partes iguales, incluyendo en la liquidación el valor de **\$ 560.000**, equivalente al 4% de lo pedido, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor del Departamento del Tolima, por las razones esbozadas en precedencia.

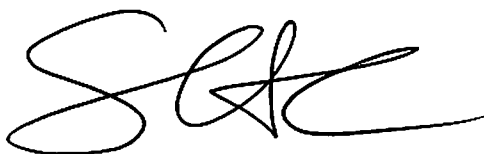
SEGUNDO: DECLARAR la existencia y nulidad del acto administrativo presunto, originado en el silencio de la parte accionada, frente a la petición presentada por la parte demandante el día 28 de mayo de 2015, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reconozca y pague a favor de las demandantes, DIANA MAYERLY GÓMEZ LOZANO y MAYRA ALEJANDRA CORTÉS GÓMEZ, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, con ocasión del deceso del docente JAIME CORTES SANTANA.

CUARTO: CONDENAR en costas a la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor del accionante, la suma de \$ **560.000**. Por Secretaría, liquídense

QUINTO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente. Por Secretaría efectúese la devolución de los dineros consignados por la actora por gastos de proceso, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'SLC', written in a cursive style.

SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA