



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, dos (2) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 73001-33-33-006-2019-00148-00
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y LIBARDO ÁLVAREZ ROMERO en nombre propio y en representación del menor JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ
Demandado: NACIÓN – MIINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Tema: RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, se procede a dictar sentencia anticipada en el presente proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió **JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y LIBARDO ÁLVAREZ ROMERO en su nombre y en representación del menor JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ** en contra de la **NACIÓN – MIINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.**

1.PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 0987 del 23 de mayo de 2008 y No. 3280 de treinta (30) de mayo de 2017, proferidas por la GOBERNACION DEL TOLIMA, SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en las cuales se negó el reconocimiento y pago de la PENSION POST-MORTEM, de la extinta docente ENERIED ALVAREZ ARANGO (Q.E.P.D) a favor de los señores, LIBARDO ÁLVAREZ ROMERO, en representación legal del menor de edad JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ALVAREZ, identificado con la tarjeta de identidad No. 1.104. 545.806 de Ibagué y JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.005. 713. 701 de Ibagué hijos de la causante su señora madre la docente ENERIED ALVAREZ ARANGO (Q.E.P.D).

1.2 Que como consecuencia de la anterior declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, se ordene:

A la NACION – GOBERNACION DEL TOLIMA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO TOLIMA (sic), representada por su secretario o directores generales o quien haga sus veces, dando aplicación a la LEY 100 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1993 Y EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, reconocer liquidar y pagar con la indexación y demás derechos prestacionales la pensión post mortem de la docente ENERIED ALVAREZ ARANGO, (Q.E.P.D), a favor de los señores LIBARDO ALVAREZ ROMERO, en representación legal del menor de edad JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y al señor JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ hijos de la extinta docente.

1.3 Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la suma de CIENTO SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTIUN PESOS MCTE (\$176.272.521.00) que es el valor real adeudado conforme al Índice de Precios al Consumidor I.P.C.

1.4 Condenar a las entidades demandadas a que den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término consignado en el Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.5 Condénese en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

2. HECHOS

2.1 Que JULIÁN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ a través de su representante legal y JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ son reclamantes de la pensión post-mortem, por el fallecimiento de la extinta docente ENERIED ALVAREZ ARANGO Q.E.P.D.

2.2 Que por medio de sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia, confirmada parcialmente por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, se concedió la patria potestad y cuidado personal de los hijos de la causante ALVAREZ ARANGO Q.E.P.D. a los señores LIBARDO ÁLVAREZ ROMERO y LUZ NERY ARANGO DE ÁLVAREZ.

2.3 Que la docente ENERIED ÁLVAREZ ARANGO Q.E.P.D. laboró al servicio de la Institución Educativa Pablo VI sede San Francisco del Municipio de San Antonio desde el 29 de septiembre de 2004 hasta el 15 de mayo de 2007, esto es 03 años y 06 días.

2.4 Que la docente falleció el 15 de mayo de 2007.

2.5 Que la Secretaría de Educación y Cultura – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio retiró del servicio activo a la señora ENERIED ÁLVAREZ ARANGO Q.E.P.D.

2.6 Que el señor LIBARDO ÁLVAREZ ROMERO en representación de los menores JAVIER HUMBERTO Y JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, presentó derecho de petición el 23 de abril de 2008, por medio del cual solicita el reconocimiento pago de la pensión post-mortem a favor de sus nietos.

2.7 Que la Secretaría de Educación y Cultura – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de Resolución No. 0987 del 23 de mayo de 2008, negó el reconocimiento y pago de la pensión pedida.

2.8 Que contra la anterior decisión el 05 de julio de 2008, se presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 1530 del 28 de agosto, confirmando la decisión recurrida.

2.9 Que por medio de derecho de petición radicado el 02 de mayo de 2017 se presentó nuevamente solicitud de reconocimiento y pago de la pensión post-mortem, conforme al principio de favorabilidad, el cual fue resuelto por medio de resolución No. 3280 del 30 de mayo de 2017, indicando que el reconocimiento solicitado es improcedente.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Dentro del término legal para ello, la entidad accionada guardó silencio.

3.2. DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL

Dentro de la oportunidad legal para contestar la demanda, la entidad accionada presentó escrito mediante el cual manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho.

Señala el profesional que la entidad que representa carece de legitimación en la causa por pasiva como quiera que la obligación de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes oficiales, por disposición legal le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

Durante la oportunidad legal el apoderado de la parte actora presentó escrito donde manifiesta que a los hijos de la extinta Eneried Alvarez Arango no les fue reconocida

la pensión post – mortem, haciendo referencia de manera similar a los hechos señalados en la demanda.

Señala el abogado que en atención al contenido y alcance del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, según el cual cuando existan dos normas vigentes aplicables al mismo caso concreto o varias interpretaciones respecto de una misma norma, el operador judicial deberá preferir la más favorable al trabajador, en aras de resolver la situación de hecho planteada, y con ello salvaguardar el mínimo vital de quienes le sobreviven al titular de derechos, exactamente el caso de la docente Eneried Álvarez Arango.

En tal sentido indica el profesional que revisado el régimen general y el especial aplicable a los docentes, observa que aunque las prestaciones que los dos regulan comparten la misma naturaleza, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, ya que el Decreto 224 de 1972, norma especial para docentes, establece como requisito para acceder a la prestación un tiempo de servicio de 18 años, mientras que 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 ésta manera más beneficiosa dicha disposición.

Por lo anterior, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda

4.2 Parte demandada

4.2.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Durante el término legal para alegar de conclusión, la entidad demandada presentó escrito donde inicialmente hace un recuento normativo de la naturaleza jurídica, funciones y competencias del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Posteriormente, señala que los docentes gozan de una especialidad normativa en cuanto a la regulación de algunos derechos prestaciones como es la pensión gracia y la pensión que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando éste último no alcanzó a lograr el tiempo mínimo de vinculación y cotización al sistema para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios, esto es, la pensión post mortem, pero solo cuando el docente hubiese laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos en cuantía del 75% de la asignación mensual para el cargo desempeñado al momento del fallecimiento.

Culmina la profesional indicando que como quiera que la causante no cumplió la totalidad de semanas requeridas para la procedencia de la prestación, las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas por el Despacho.

4.2.2. Departamento del Tolima

Durante la oportunidad legal para presentar escrito de alegatos de conclusión, la entidad territorial guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

5. PROBLEMA JURIDICO.

Se trata de determinar si ¿es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y en consecuencia reconocer la pensión de sobreviviente a favor de Javier Humberto Fernandez Álvarez y Julián David Fernandez Álvarez, en calidad de hijos de la señora Eneried Álvarez Arango q.e.p.d, quien prestó sus servicios como docente al servicio del Departamento del Tolima, aplicando para ello las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como quiera que le son más favorables que las contenidas en el Decreto 224 de 1972?

6. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

6.1. Tesis de la parte accionante

Considera que, en aplicación a los principios de favorabilidad e igualdad, es procedente el reconocimiento de la mesada pensional pretendida, con fundamento en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, Régimen General de Seguridad Social.

6.2. Tesis de la parte accionada

Argumenta que, se deben denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto en el *sub lite* debe darse aplicación a lo dispuesto en el decreto 224 de 1972 y por lo tanto la señora Eneried Álvarez Arango al fallecer no cumplía con los requisitos exigidos en dicha normatividad para el reconocimiento de la prestación pretendida, por lo que no existe causal de nulidad alguna, como quiera que debe primar el régimen especial sobre el general.

6.3. Tesis del despacho

Considera el despacho que como quiera que la causante, señora Eneried Álvarez Arango q.e.p.d., alcanzó a cumplir el número de semanas mínimas requeridas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el Despacho accederá las pretensiones de la demanda en aplicación del principio de favorabilidad solicitado, ordenando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de JAVIER HUMBERTO Y JULIAN DAVID FERNÁNDEZ

ÁLVAREZ en los términos y condiciones señalados la norma general de seguridad social integral.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que la señora Eneried Álvarez Arango, licenciada en Español y Literatura, fue nombrada en provisionalidad en la Institución Educativa Pablo VI del Municipio de San Antonio	Documental: Copia Decreto No. 0390 del 14 de julio de 2006 (fl. 11-15 cuaderno principal)
2. Que la señora Eneried Álvarez Arango fue nombrada como docente en provisionalidad en la institución educativa San Jerónimo por medio de acto administrativo 00390 del 14 de julio de 2006, tomando posesión del cargo el 29 de abril de 2004 y con fecha de retiro el 15 de mayo de 2007	Documental: Certificado de historia laboral del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio del 29 de enero de 2021 (carpeta denominada certificado de historia laboral del proceso escaneado)
3. Que a la señora Álvarez Arango se le concedió licencia de enfermedad por el término de 30 días comprendido entre el 28 de abril al 27 de mayo de 2007	Documental: Copia Resolución No. 572 del 16 de mayo de 2007 (fl. 17-18 cuaderno principal)
4. Que a la señora Eneried Álvarez Arango se le legalizó licencia por enfermedad por el término de 26 días comprendido entre el 2 al 27 de abril de 2007.	Documental: Copia Resolución No. 727 del 09 de julio de 2007 (fl. 19-20 cuaderno principal)
5. Que la señora Eneried Álvarez Arango falleció el 15 de mayo de 2007.	Documental: Copia registro civil de defunción (fl. 10 cuaderno principal)
6. Que la señora Eneried Álvarez Arango fue retirada del servicio en razón a su fallecimiento.	Documental: Copia Resolución No. 629 del 30 de noviembre de 2007 (fl. 21-22 cuaderno principal)
7. Que Javier Humberto Fernandez Álvarez y Julián David Fernandez Álvarez son hijos de la señora Eneried Álvarez Arango y eran menores de edad para el momento de su fallecimiento.	Documental: Copia Registros Civiles de Nacimiento (fl. 7-8 cuaderno principal)
8. Que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio negó el reconocimiento y pago de la pensión post – mortem al señor Libardo Álvarez Romero en calidad de representante legal de Javier Humberto Fernandez Álvarez y Julián David Fernandez Álvarez.	Documental: Copia de Resolución No. 0987 de 2008 (fl. 23-25)
9. Que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio resolvió recurso de reposición, confirmando la decisión recurrida.	Documental: Copia de resolución No. 1530 del 28 de agosto de 2008 (fl. 26-28)
10. Que el señor Libardo Álvarez Romero en representación de Julián David Hernández Álvarez y Javier Humberto Hernández Álvarez, y por conducto de apoderado solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocimiento y pago de la pensión post mortem con aplicación de la Ley 100 de 1993.	Documental: Copia de radicación de derecho de petición de fecha 05 de mayo de 2017 (fl. 29-37)
11. Que el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura negó por	Documental. Copia de la Resolución No. 3280 del 30 de mayo de 2017 (fl. 38-40).

improcedente el reconocimiento de la pensión post mortem de la causante Eneried Álvarez Arango en cabeza de Julián David Hernández Álvarez y Javier Humberto Hernández Álvarez.	
12. Que el Juzgado Cuarto de Familia decretó la privación de los derechos de patria potestad que ejerce JHON EDWIN FERNANDEZ ESCOBAR sobre sus hijos JAVIER HUMBERTO Y JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y designó a los señores Libardo Álvarez Romero y Luz Nery Arango de Álvarez como guardadores generales de JAVIER HUMBERTO Y JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, con la facultad de administrar los bienes y representarlos.	Documental. Copia de sentencia del Juzgado Cuarto de Familia de fecha 12 de febrero de 2010 (Fl. 63-71)
13. Que la Sala Civil Familia del Tribunal Superior confirmó parcialmente la anterior decisión, designando como guardador único de los menores JAVIER HUMBERTO Y JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ al señor Libardo Álvarez Romero, abuelo materno, y a la señora Luz Nery Arango como guardadora suplente.	Documental. Copia de sentencia de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de fecha 24 de agosto de 2010 (Fl. 72-85)
14. Que Javier Humberto Fernandez Álvarez se encuentra estudiando el programa de periodismo informativo en la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior – CUN -	Documental. Copia certificación expedida por el Director Regional Tolima de fecha 14 de marzo de 2019 (Fl. 9)

8. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO

De acuerdo con el Decreto 224 de 1972, *“Por el cual se señalan las asignaciones de los Rectores o 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, se dispone, en cuanto al reconocimiento de pensión post mortem, en su artículo 7 lo siguiente:*

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

Ahora bien, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, estableció como requisito para la pensión de sobrevivientes lo siguiente:

“ARTICULO. 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” (Negrilla fuera de texto)

A su turno, el artículo 47 ibídem, acerca de los beneficiarios de la mencionada prestación, señala:

“ARTICULO. 47.- Modificado por el art. 13, Ley 797 de 2003. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
- c) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.
(...)”*

De acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral debe aplicarse tal y como lo señala el artículo 21 que dispone: *“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. **La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad**”* (Resaltado del despacho)

Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado que, en aplicación de los principios fundamentales de prevalencia de lo sustancial sobre lo material, el derecho a la igualdad y la progresividad de los derechos económicos políticos y sociales, en casos como el que hoy nos ocupa debe aplicarse la norma más benéfica en los siguientes términos:

“De acuerdo a lo anterior estimó la demandada, que la causante no completó el tiempo de servicios necesario para que sus beneficiarios tuviesen derecho a la pensión de sobrevivientes consagrada en el ordenamiento transcrito, como quiera que tan solo contaba con 17 años y 10 meses de servicios al momento de su deceso.

*Por su parte, el a quo consideró que la norma invocada como fundamento de los actos acusados se encontraba derogada de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-480 de 1998, **razón por la cual procedió a declarar la nulidad de los mismos y a reconocer el derecho con fundamento en la norma general que gobierna la pensión reclamada, esto es, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993**; proceder que censura la parte demandada en el recurso propuesto, al considerar que tal situación no fue alegada en el libelo demandatorio*

por el interesado y que por ende transgrede el principio de “Justicia Rogada” que gobierna la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Lo anterior amerita el siguiente pronunciamiento:

Considera la Sala, que aun cuando el marco para juzgar la legalidad de los actos sometidos al examen de ésta Jurisdicción lo fija el demandante de manera concreta y específica en la demanda, en virtud del principio de la jurisdicción rogada que se impone para al ejercicio de las acciones impugnatorias conforme al artículo 137 numeral 4º del Código Contencioso Administrativo, ello no impide que el operador judicial se releve de dar aplicación a las disposiciones que carezcan de vigencia dentro del ordenamiento jurídico, aun cuando su derogatoria no haya sido alegada por la parte interesada, lo cual más allá de transgredir un principio procesal, observa la prevalencia del principio de legalidad y el deber de los Jueces de ajustarse al imperio de la Ley en sus decisiones.

De manera pues, que demandado un derecho o alegada una defensa con fundamento en una norma insubsistente dentro del Ordenamiento Legal, corresponde al Juez abstenerse de darle aplicación, con las consecuencias que de ello se deriven, desde luego observando que la situación de hecho alegada frente a la misma, no se subsuma dentro del periodo en donde cobró efectos jurídicos, razón suficiente para desestimar las reflexiones propuestas en este sentido por el recurrente.”¹

Así, el régimen general de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de las personas en aras de una calidad de vida digna, a través de la protección de las diversas contingencias que les afecten, para lo cual estableció como orientación del mismo, el principio de universalidad, en virtud del cual, dicho sistema se concibe como una garantía de protección para todas las personas, sin discriminación alguna.

De la lectura de los dos regímenes se observa, que existe una diferencia ostensible en los requisitos para acceder a la prestación, pues mientras el Decreto 224 de 1972, establece como requisito la prestación del servicio por más de 18 años, la Ley 100 de 1993, resulta ser más beneficiosa al requerir tan solo 50 semanas de cotización en los últimos 3 años.

Respecto a lo anterior nuestro máximo órgano de cierre señaló:

“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; 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 la Ente demandado, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial”

¹ Sección Segunda C.P. dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. No 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07). Demandante: Cesar Augusto Jiménez Mejía demandado: Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En concordancia con lo anterior, ha de decirse que para el caso que nos ocupa habrá de optarse por la norma más benéfica, debiendo verificarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la ley 797 de 2003, en prevalencia de los derechos a la igualdad, favorabilidad y el principio de efectividad de lo sustancial sobre lo material.

9. CASO CONCRETO

En atención a los fundamentos jurídicos acabados de señalar y conforme lo reclamado en las pretensiones de la demanda, esto es, el reconocimiento de la pensión post mortem, es procedente determinar en primer lugar el cumplimiento del tiempo requerido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para resolver sobre su viabilidad.

Es así, que revisado el contenido de la petición inicial presentada el 05 de mayo de 2017² se indica que la señora Eneried Álvarez Arango q.e.p.d. laboró como docente al servicio del Departamento del Tolima, Secretaría de Educación y Cultura desde el 29 de abril de 2004, sin interrupción hasta el 15 de mayo de 2007, esto es, tres (03) años, cero (00) meses y seis (06) días.

También se evidencia que en la resolución No. 0987 de 2008³, por medio de la cual se resolvió la primera solicitud de reconocimiento de pensión post mortem presentada el 23 de abril de 2008, se indicó que el tiempo de vinculación de la señora Eneried Álvarez Arango q.e.p.d. fue desde el 29 de abril de 2004 hasta el 15 de mayo de 2007, para un total de tres (03) años, cero (00) meses y seis (06) días.

Ahora, según la documental obrante en el proceso, se observa con total claridad que la docente fue nombrada en provisionalidad por medio del Decreto **390 del 14 de julio de 2006**, conforme se evidencia en acto administrativo de nombramientos⁴, y su desvinculación operó el **30 de mayo de 2007** con la expedición de la Resolución No. 629 de 2007⁵ mediante la cual es retirada del servicio por muerte, motivos por los cuales, podría pensarse que tan sólo laboró un periodo de ocho (08) meses y diecisiete (17) días, lo que en semanas equivale a 36.7 semanas, no siendo así posible acceder a la pretensión reclamada.

No obstante lo anterior, y conforme la certificación de historia laboral allegada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Despacho advierte que si bien, el acto de nombramiento es del año 2006 (**Decreto 390 del 14 de julio de 2006**), lo cierto es que la fecha de posesión de la extinta docente aconteció el **29 de abril de 2004**, luego es claro que el periodo de vinculación corresponde al momento en que la señora Eneried Álvarez Arango q.e.p.d. ingresó a prestar sus servicios como docente – acta de posesión - hasta su fallecimiento, y no desde la fecha de

² Ver folios 29 a 37 del cuaderno principal

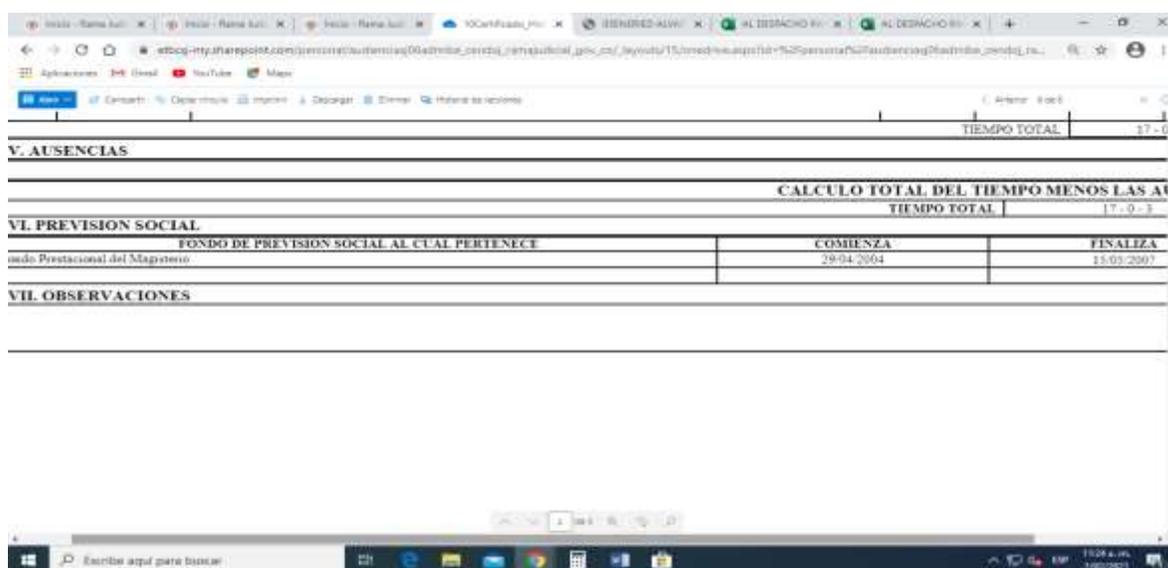
³ Ver folios 23 a 25 del cuaderno principal.

⁴ Ver folios 11 a 16 del cuaderno principal

⁵ Ver folios 21 a 22 del cuaderno principal.

expedición del acto administrativo de nombramiento, como erradamente lo ha entendido la demandada.

A más de ello, evidencia esta falladora judicial, que pareciera haber una inconsistencia en el año de expedición del acto administrativo de nombramiento respecto del año de posesión (2006-2004), sin embargo dicha incertidumbre se logra subsanar por completo con lo señalado en el certificado de historia laboral emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio del 29 de enero de 2021⁶ donde se establece con claridad las fechas indicadas en el párrafo anterior, ya que precisa el periodo de vinculación, indicando que **COMIENZA** el 29 de abril de 2004 y **FINALIZA** el 15 de mayo de 2007, y reitera que el tiempo total de servicios es de tres (03) años y diecisiete (17) días.



VI. PREVISION SOCIAL		
FONDO DE PREVISION SOCIAL AL CUAL PERTENECE		
Fondo Prestacional del Magisterio	COMIENZA 29-04-2004	FINALIZA 15-05-2007

En este orden de ideas, se encuentra demostrado que la señora Eneried Álvarez Arango q.e.p.d. se desempeñó como docente en la Institución Educativa Pablo VI sede San Francisco y San Jerónimo del municipio de San Antonio – Tolima, desde el 29 de abril de 2004 y hasta el 30 de mayo del año 2007, por lo que laboró al servicio de la Secretaría de Educación y Cultura un periodo de tres (03) años y diecisiete (17) días, lo que en semanas equivale a 157.26 semanas.

En consecuencia, al haber cumplido, el tiempo mínimo requerido de 50 semanas de cotización dentro de los tres (03) últimos años anteriores al fallecimiento, conforme lo dispone el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es acceder a lo solicitado en la demanda, en el sentido de ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de sus hijos JAVIER HUMBERTO Y JULIAN DAVID HERNÁNDEZ ÁLVAREZ.

El anterior reconocimiento deberá efectuarse en los términos y condiciones señalados en los términos de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la ley 797 de 2003, esto es, en proporciones iguales entre los dos hermanos.

⁶ Ver carpeta denominada certificado de historia laboral del proceso escaneado

10. DEL MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

El artículo 48 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al monto de la pensión de sobreviviente dispone:

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

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

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

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

Ahora bien, sobre los requisitos para determinar el ingreso base de liquidación, el Decreto 1158 de 1994, artículo 1º señala:

“ARTICULO 1o. El artículo [6o](#) del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados”*

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 que modificó la Ley 797 de 2003 y lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, se dispondrá que el monto de la pensión de sobreviviente a reconocer sea liquidada

sobre el 45% del Ingreso Base de Liquidación, teniendo en cuenta lo devengado y enlistado en la norma anterior, teniendo en cuenta que la fallecida laboró un total de 157 semanas; aclarando que en ningún caso dicho monto podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

En orden a ello, se declarará la nulidad de las resoluciones demandadas y en su lugar, se ordena que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconozca y pague la pensión de sobreviviente a los menores JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ALVAREZ hasta que cumpla los 18 años de edad (7 de enero de 2024), a través de su representante legal LIBARDO ÁLVAREZ ROMERO o hasta los 25 años (7 de enero de 2031), siempre y cuando acredite los estudios de conformidad con lo dispuesto en el literal c⁷ del artículo 47 de la Ley 100 de 1993; respecto de JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, los pagos se efectuarán hasta que cumplió 18 años (15 de septiembre de 2018) y en adelante hasta los 25 años de edad (15 de septiembre de 2025), si acredita el requisito de estudio ya referido.

11. PRESCRIPCIÓN

11.1 PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS DE LOS MENORES ACCIONANTES

En relación con la prescripción de la mesada pensional adeudada a los demandantes, considera el despacho que no puede darse aplicación a dicho fenómeno jurídico, como quiera que los mismos para el momento del fallecimiento de su madre (2007), eran menores de edad, por lo que no podían actuar por sí solos para reclamar la prestación a que tiene derecho, motivo por el cual las sumas adeudadas se les pagarán desde el 16 de mayo de 2007.

En relación con la decisión antes adoptada, el Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2010, Radicación: 68001-23-15-000-2005-01238-01(1259-09) Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren, dispuso:

“Se harán efectivas las consideraciones anteriormente consignadas al caso que ocupa la atención de la Sala, dejando de lado por razones de equidad las disposiciones del Decreto 224 de 1972, pues sin duda alguna, si se cumplían los requisitos contemplados en el régimen general para acceder a la pensión de sobrevivientes, resulta forzoso concluir, que en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, los beneficiarios del docente y en el caso particular su hijo, tenía derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993. Así las cosas, se tiene que el tiempo de servicios que ostenta la causante, corresponde a 590 semanas de cotización, que sin duda alguna y al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho a sus beneficiarios de percibir la pensión de sobrevivientes

⁷“(…)”

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”.

*allí consagrada, en la cuantía correspondiente de conformidad con el artículo 48 ibídem. Ahora, a diferencia de lo expuesto por el a quo, debe precisar la Sala que en el sub examine, el joven Luís Alberto Hurtado Pedraza si tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en discusión. En efecto, encontrándose probada su calidad de hijo de la señora Pedraza Acuña, y aun cuando no haya logrado probar eficazmente su escolaridad como lo afirmó el a quo (lo que constituye en últimas un requisito para extender el derecho pensional con posterioridad al cumplimiento de los 18 años), se observa con toda claridad que para la fecha de fallecimiento de la docente, esto es, para el 4 de octubre del 2000, éste contaba con tan solo 14 años de edad, lo que sin duda alguna habilita su derecho al menos hasta el momento en que cumplió la mayoría de edad el 16 de abril de 2004, pues así lo estableció el Legislador en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en donde se dispuso el derecho de los menores de edad a la pensión de sobrevivientes allí prevista, sin que éste se encuentre condicionado a circunstancia adicional alguna. Al respecto, debe precisar la Sala que el derecho a la sustitución pensional o en este caso a la pensión de sobrevivientes, surge para los beneficiarios del pensionado o afiliado fallecido a partir del momento de su deceso, independientemente de la fecha en que se reclame o se eleve la solicitud de reconocimiento ante la Administración, con observancia desde luego del fenómeno prescriptivo cuando a ello haya lugar, razón por la que causa extrañeza en el sub examine la forma en la que el a quo ignoró el derecho del demandante, partiendo de que al momento de elevar el derecho de petición respectivo en procura del agotamiento de la vía gubernativa, esto es, a 1° de febrero de 2005, el joven Hurtado Pedraza ya contaba con 18 años de edad, desconociendo el amplio periodo en que, fallecida la causante y siendo menor de edad, le asistía el derecho prestacional de sobrevivencia. **Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del a quo y en su lugar declarará la nulidad de los actos acusados con el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante a partir del día siguiente de fallecimiento de la causante y hasta la fecha en que éste adquirió la mayoría de edad, sin que opere en este caso afectación del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas, por tratarse de un derecho causado a favor de un menor de edad, el cual no podía ser exigible directamente por éste sino hasta al cumplimiento de su mayoría de edad**".*

Para la liquidación de las sumas a reconocerse debe tenerse en cuenta la siguiente fórmula:

R= Rh índice Final

Índice Inicial

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por los demandantes por concepto de pago, 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 la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas, o sea la fecha de fallecimiento del causante).

12. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, proferidos por la entidad demandada y se ordenará el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobreviviente en

cuantía del 45% del IBL, teniendo en cuenta los factores enlistados en el decreto 1158 de 1994, que hubiere devengado la docente Eneried Álvarez Arango, a favor de los hijos de la de cujus JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ALVAREZ y JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ.

13. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la misma, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas **favorablemente** razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionada, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 0987 del 23 de mayo de 2008 y No. 3280 de treinta (30) de mayo de 2017, proferidas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de JAVIER HUMBERTO Y JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ÁLVAREZ en los términos y condiciones señalados la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El anterior reconocimiento deberá efectuarse en proporciones iguales entre los dos hermanos y el pago de las mesadas pensionales deberá efectuarse desde el día siguiente al fallecimiento de la señora Eneried Álvarez Arango q.e.p.d. (16 de mayo de 2007) y hasta que JULIAN DAVID FERNÁNDEZ ALVAREZ cumpla los 18 años de edad (7 de enero de 2024), a través de su representante legal LIBARDO ÁLVAREZ ROMERO o hasta los 25 años (7 de enero de 2031), siempre y cuando

acredite los estudios de conformidad con lo dispuesto en el literal c⁸ del artículo 47 de la Ley 100 de 1993; respecto de JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, los pagos se efectuaran hasta que cumplió 18 años (15 de septiembre de 2018) y en adelante hasta los 25 años de edad (15 de septiembre de 2025), si acredita el requisito de estudio ya referido.

TERCERO: Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, y en ningún caso el monto total de la pensión reconocida deberá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO.- La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

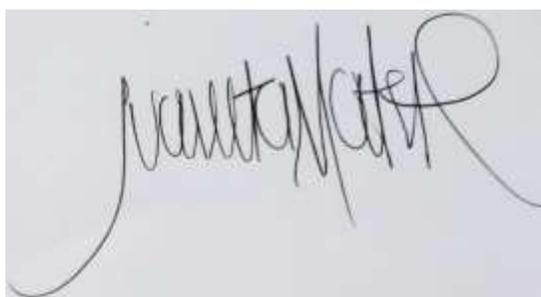
QUINTO.- CONDÉNESE en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija como agencias en derecho el 4% de lo pedido.

SEXTO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A. modificada por la Ley 2080 del 25 de enero de 2021.

SÉPTIMO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, y para su cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

OCTAVO: Archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES

JUEZ

⁸“(…)”

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”.

Firmado Por:

**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

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:
e43b791bb634598011c3e16b4952d67a588cb02e94c3b3383d1b9379ae8ecc18

Documento generado en 02/02/2021 03:32:11 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**