



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja,

24 MAY 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: HERALDO DE JESÚS MARTÍNEZ DÍAZ Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2015-0004-00

Agotados los ritos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

I. A N T E C E D E N T E S

1.1. La demanda:

HERALDO DE JESÚS MARTÍNEZ DÍAZ, identificado con cedula de ciudadanía N° 4.290.279 de Umbita, y sus hijos **EDWIN FELIPE, DANIELA NATALIA y LAURA VALENTINA MARTÍNEZ NUÑEZ**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (Fls. 7 y 8)

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 002476 del 25 de abril de 2014, mediante la cual se atiende en forma desfavorable la solicitud presentada por el demandante en su nombre y en representación legal de sus menores hijos para el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobreviviente en sus condiciones

respectivas de cónyuge sobreviviente e hijos legítimos de Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.).

1.2.2. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 1920 del 24 de Octubre de 2003, mediante la cual se resuelve en forma desfavorable el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1572 del 17 de Octubre de 2002.

1.2.3. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 1572 del 17 de octubre de 2002, mediante la cual se atiende en forma desfavorable la solicitud presentada por el demandante en su nombre y en representación legal de sus menores hijos, para el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes en sus condiciones respectivas de cónyuge sobreviviente e hijos legítimos de Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.).

1.2.4. Que se condene a la entidad accionada a reconocer a favor de Herardo de Jesús Martínez Díaz, en su condición de cónyuge sobreviviente, y de sus hijos Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez, en calidad de hijos legítimos de Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.), la pensión de sobrevivientes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 del 29 de 2003, efectiva a partir del 05 de Julio de 2002.

1.2.5. Que se condene a la demandada a pagar la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas a los demandantes desde el momento en que se debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones.

1.2.6. Que se condene a la entidad demandada a pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2.7. Que se condene a la accionada a dar estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo disponen los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2.8. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir el demandante.

1.3. Fundamentos Fácticos (Fl. 8 a 10):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

1.3.1. Que el demandante contrajo matrimonio con Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.)

1.3.2. Que de esa unión nacieron tres hijos, Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez.

1.3.3. Que Edwin Felipe Martínez Núñez, cumplió su mayoría de edad el 12 de Octubre de 2013.

1.3.4. Que las menores Daniela Natalia y Laura Valentina, están bajo el cuidado de su señor padre.

1.3.5. Que la menor Laura Valentina presenta cuadro clínico de parálisis cerebral espástica, con lo cual se evidencia su incapacidad, y dependencia total de por vida.

1.3.6. Que Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.) falleció el 05 de Julio de 2002.

1.3.7. Que por lo anterior el día 06 de septiembre de 2002, el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

1.3.8. Que mediante Resolución N° 1572 del 17 de Octubre de 2002, la entidad accionada atiende en forma desfavorable la solicitud exponiendo como argumentos, entre otras cosas, que *"Que de acuerdo a certificado expedido por la Secretaria de Educación de Boyacá de fecha 29 de Julio de 2002, sobre el tiempo de servicio como docente Departamental, se nota que inicio a prestar servicios el día 23 de enero de 1991 y que a la fecha de su deceso esto es el 05 de julio de 2002, la docente MARTHA ELENA NUÑEZ VALERO (q.e.p.d.) había acumulado un tiempo de servicio equivalente a 11 años, 05 meses y 12 días. / Que los docentes tienen un Régimen Especial, por lo que para el caso que nos ocupa, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto 224 de 1.972, dispone que para tener Derecho a la Pensión de Sobreviviente el causante debe haber laborado por lo menos 18 años continuos o discontinuos al servicio del Estado. / Que en la documentación aportada por el señor: HERALDO DE JESÚS MARTÍNEZ DÍAZ, se pudo establecer por este despacho que la docente MARTHA ELENA NUÑEZ VALERO*

(q.e.p.d.) no acumulo tiempo laborado suficiente al momento de su deceso o sea el 05 de Julio de 2002, para que les reconozca a sus beneficiarios Pensión de Sobrevivientes..."

1.3.9. Que dentro del término de Ley el demandante interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 1572 del 17 de Octubre de 2002, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 1920 del 24 de Octubre de 2003, confirmándola en todas sus partes.

1.3.10. Que en la actualidad, el señor Heraldo de Jesús Martínez Díaz, como sus hijos, Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez, se encuentran económicamente desamparados, pues el padre no cuenta con un trabajo fijo ni un ingreso mensual estable, aunado a los grandes gastos económicos que conllevan mantener tres hijos y el tratamiento para la enfermedad de su menor hija.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación (Fl. 11 a 21):

Como normas violadas se establecieron las siguientes:

- ✚ De orden Constitucional: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución.
- ✚ De orden legal: Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003
- ✚ Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado.

Como concepto de la violación, se arguye que el demandante y sus hijos tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, puesto que su cónyuge y madre Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.) laboró para el Estado más de 11 años, y más de 26 semanas antes de su deceso, por lo que se debe dar aplicación al principio constitucional de la condición más favorable al pensionado, y por tanto se debe aplicar la Ley 100 de 1993 que establece el derecho a la pensión de sobrevivientes de quien haya cotizado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte, requisito que la causante cumplió a cabalidad.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día catorce (14) de enero de 2015 ante la Oficina de Apoyo a los Juzgados Administrativos y repartida a éste Despacho (Fl. 24 y Acta individual de reparto).

Posteriormente, y luego de ser subsanada la demanda, mediante auto del veinticuatro (24) de junio de 2015 notificado mediante estado N° 17 del veinticinco (25) de junio de 2015, se admitió la demanda (Fls. 153-154) y se ordenó la notificación personal a la accionada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita de folios 159 a 167 del expediente.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por el inciso 5° del artículo 199 del CPACA -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012- y el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 168), luego de lo cual se corrió traslado de las excepciones propuestas por la accionada desde el día 19 y hasta el 23 de noviembre de 2015. Así, transcurrido tal término, mediante auto del quince (15) de diciembre del año 2015 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (Fls. 194-195).

Tal diligencia se llevó a cabo el día veintiséis (26) de enero del año 2016, según consta en el acta que reposa a folios 197 a 202 del expediente, de la cual puede destacarse que hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día dieciséis (16) de marzo del 2016, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (Fls. 319-321), diligencia en la que se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la demanda.

La **entidad accionada**, a través de su apoderada se opone a las pretensiones solicitadas por la parte actora, manifestando que la situación del causante no cumplió con los requisitos del régimen legal que le es aplicable, y no es viable acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes consagrada en el régimen general de seguridad social,

toda vez que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de regulación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón de la existencia de un régimen propio de prestaciones económicas que amerita un tratamiento normativo especial y diferencial para los docentes.

En este sentido señala que la entidad accionada solo reconoce dos clases de pensiones post mortem; (i) Pensión post mortem 20 años, la cual se reconoce de forma vitalicia a los beneficiarios del afiliado que fallece habiendo cumplido 20 años de servicio oficial, y (ii) Pensión post mortem 18 años, que se reconoce durante 5 años al cónyuge y a los hijos del afiliado que fallece habiendo cumplido 18 años de servicio docente oficial. En consecuencia indica que en el presente caso no es posible reconocer la pensión post mortem 18 años porque la causante laboró únicamente un periodo un poco mayor a los 11 años, es decir no acredita el tiempo que exige la norma para el efecto.

2.2. Militan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución N° 1572 del 17 de octubre de 2002, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor del demandante y de sus hijos, por el fallecimiento de la docente Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.), *"en razón de no cumplir con el requisito del tiempo de servicio para acceder a dicha prestación de acuerdo a lo exigido en el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 (...)"* (fls. 25-27)
- Copia de la Resolución N° 1920 del 24 de octubre de 2003, mediante el cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución N° 1572 del 17 de octubre de 2002, confirmándola en todas sus partes (fls. 28-30)
- Copia del Oficio N° O.P.S. 1158-3, mediante el cual le informan al accionante que la Fiduciaria la Previsora *"negó el Visto Bueno para el reconocimiento de la pensión solicitada con base en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en cuanto ésta norma no es aplicable a los docentes"* (fl. 31)
- Copia autentica del registro civil de defunción de la señora Martha Elena Núñez Valero, que tiene como fecha de defunción el 05 de julio de 2002. (fl. 32)
- Copia del certificado de factores salariales devengados por la docente Martha Elena Núñez Valero durante el tiempo transcurrido entre noviembre de 1999 a julio de 2002 (fls. 33-34)
- Copia autentica de los Registros civiles de nacimiento de Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez (fls. 35-37)
- Copia de la historia clínica de la menor Laura Valentina Martínez Núñez (fls. 38-70)

- Copia de la cedula de ciudadanía de Edwin Felipe Martínez Núñez (fl. 71)
- Copia de la certificación expedida por la UPTC el día 17 de marzo de 2014, en la que hace constar que Edwin Felipe Martínez Núñez se encuentra matriculado en la Facultad de Ingeniería, y cursa cuarto semestre de su carrera (fl. 72)
- Copia autentica del Registro Civil de Matrimonio del señor Herardo de Jesús Martínez Díaz y la señora Martha Elena Núñez Valero (fl. 73)
- Copia de la declaración extra proceso rendida por Juan de Jesús Valero Sánchez y Jairo Alberto Gómez Arias (fls. 74-75)
- Copia de la solicitud elevada por el demandante ante la accionada el día 18 de febrero de 2009, mediante la cual solicita la revisión de los documentos de la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge de Martha Elena Núñez Valero (fls. 76-79)
- Oficio N° 430-01-00.2013EE00034298 del 15 de abril de 2013, mediante el cual la Fiduprevisora le informa a la apoderada del accionante que no se otorgó la aprobación previa a la solicitud elevada (fls. 80-81)
- Copia de la tutela presentada por la apoderada del accionante a fin de que se reconociera la pensión de sobreviviente (fls. 82-91)
- Copia del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito dentro de la tutela anteriormente mencionada, en el cual se negaron las pretensiones (fls. 92-104)
- Copia de la Resolución N° 002476 del 25 de abril de 2014, mediante la cual se niega la solicitud de pensión de sobreviviente del demandante (fls. 105-108)
- Copia de la impugnación presentada por la apoderada del accionante contra el fallo de tutela anteriormente mencionado (fls. 109-115)
- Copia del fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja dentro de la tutela en cita (fls. 117-134)
- Copia autentica del expediente de pensión de sobreviviente de la docente Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d) (fls. 215-316)
- Certificado de tiempo de servicio prestado por la docente Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d) (fls. 317-318)

2.3. Alegatos de conclusión.

2.3.1. Alegatos de la parte demandante:

La parte actora, mediante escrito presentado el día 17 de marzo de 2016 presentó sus alegatos de conclusión, no obstante una vez leído los mismo se observa que lo allí expuesto no concuerda con el caso que aquí se analiza, pues en dichos alegatos se

argumenta el derecho de la parte actora a que se incluya -en la pensión reconocida- todos los factores salariales devengados, cuando lo pretendido con el presente medio de control es el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de los demandantes con ocasión de la muerte de la docente Martha Elena Núñez Valero, en consecuencia indica el Despacho que dicho escrito de alegatos de conclusión no será tenido en cuenta por cuanto no hace ningún aporte a la tesis presentada por la parte actora en la demanda.

2.3.2. Alegatos de la parte demandada:

La entidad accionada, en el término concedido para presentar su escrito de alegatos de conclusión, guardo silencio.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

2.1. Problema Jurídico:

El fundamento del presente proceso es decidir sobre la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° 002476 del veinticinco (25) de abril de 2014, N° 1920 del 24 de octubre de 2003, y N° 1572 del 17 de octubre de 2012, por medio de los cuales se niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los demandantes. Para efectos de dictar sentencia dentro del presente proceso, se hace necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho el señor **HERALDO DE JESÚS MARTÍNEZ DÍAZ**, y sus hijos **EDWIN FELIPE, DANIELA NATALIA y LAURA VALENTINA MARTÍNEZ NUÑEZ** al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobreviviente de que trata la Ley 100 de 1993 con ocasión del fallecimiento de la docente Martha Elena Núñez Valero y en aplicación del principio de favorabilidad?.

2.2. Cuestiones previas.-

1.2.3. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas o bien durante el trámite de la audiencia inicial adelantada el día veintiséis (26) de enero del año dos mil dieciséis (2016) (Fls. 197-202) o, durante el trámite de la audiencia de pruebas (fls. 319-321), sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹.

Aclarado lo anterior, el Despacho se adentra a resolver el problema jurídico planteado, para lo cual se exponen los siguientes:

2.3. Argumentos y sub argumentos para resolver el problema jurídico planteado.

En orden a resolver el problema jurídico planteado, el Despacho procederá a determinar si los demandantes tienen derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobreviviente del régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993 con ocasión del fallecimiento de la docente Martha Elena Núñez Valero y en aplicación del principio de favorabilidad, frente al régimen especial consagrado para los beneficiarios de los docentes del Decreto N° 224 de 1972. En este sentido, el Despacho analizará: (i) La naturaleza de la pensión de sobreviviente, (ii) La pensión de sobreviviente para los beneficiarios del docente fallecido, (iii) La pensión de sobreviviente en el régimen general de pensiones, (iv) El principio de favorabilidad, (v) La aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional ante la existencia de regímenes especiales, y (vi) El caso concreto.

2.3.1. De la naturaleza de la pensión de sobreviviente:

¹ Ver el artículo 626

La pensión de sobreviviente ha sido instituida por el legislador a fin de brindar protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, pues con esta se pretende evitar *"que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección"*² y, por tanto, busca que *"las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido"*³.

Respecto de la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes, la H. Corte Constitucional en sentencia C-111 de febrero 22 de 2006, indicó que en desarrollo de los principios de justicia retributiva y de equidad, *"la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"*.

2.3.2. De la pensión especial de sobreviviente para los beneficiarios del docente fallecido:

Al respecto debe decir el Despacho que si bien se ha manifestado en decisiones anteriores que los docentes, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones, lo cierto es que también se ha dicho que la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales, tales como recibir simultáneamente pensión y sueldo (Art. 5 del Decreto 224 de 1972), gozar de pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), y gozar de pensión de sobreviviente que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando éste último no lograba alcanzar 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.

Así, frente a pensión de sobreviviente, el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 consagró:

² sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006

³ sentencia C-1094 de noviembre 19 de 2003

“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.~~”

Los apartes tachados fueron derogados tácitamente por virtud de los dispuesto en los artículos 1, 2, 4 de la Ley 33 de 1973, según lo aclaró la H. Corte Constitucional en sentencia C-480 de 1998, en la que se indicó que *"en relación con el límite temporal del derecho para ser titular de la pensión de sobrevivientes, el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 33 de 1973, derogó tal limitación. Entonces, se puede colegir que, por virtud de este último parágrafo, las cónyuges titulares de la referida pensión, que al momento de la expedición de la ley 33 de 1973, gozaban de la prestación social, les es modificado su derecho por la nueva ley, en forma vitalicia"*; criterio que fue acogido por el H. Consejo de Estado en providencia del 10 de julio de 2014, en la que señaló que *"en cuanto a su regla temporal, esto es los 5 años por los cuales se reconocía la citada prestación pensional, se entiende derogado por la Ley 33 de 1973 en primer lugar, porque a través de ésta se transforman en vitalicia las pensiones reconocidas a favor de las viudas de los docentes y, en segundo lugar, porque su artículo 4 derogó las disposiciones que le fueran contrarias"*⁴

Ahora bien, de acuerdo con la norma transcrita, para tener derecho a este reconocimiento pensional post mortem de un docente fallecido, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

- ✓ La prestación del servicio docente en planteles oficiales.
- ✓ La ausencia del requisito de edad pensional.
- ✓ La prestación del servicio docente por espacio de por lo menos 18 años continuos o discontinuos.
- ✓ Tener la calidad de cónyuge o de hijos menores.

Así mismo, la norma señala el monto pensional a reconocer, que es el equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al momento de la muerte.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, diez (10) de julio de dos mil catorce (2014), Radicación número: 05001-23-31-000-2005-04218-01(2713-13)

2.3.3. De la pensión de sobreviviente en el Régimen General de Pensiones:

La Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", consagra el Régimen General de Pensiones, cuyo objeto es *"garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones (...)"*⁵

Frente a la contingencia de muerte del afiliado, el Sistema General de Pensiones consagra la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del mismo y establece como requisitos para su obtención los siguientes:

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

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos:
 - a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. (...)"

El numeral segundo del artículo anteriormente transcrito fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en el sentido de aumentar a cincuenta las semanas que debe haber cotizado dentro de los últimos tres años el afiliado al sistema que fallezca.

Respecto al orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el artículo 46 de dicha Ley 100 de 1993 establece lo siguiente:

ARTICULO. 47.- Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente.
En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante [por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez

⁵ Artículo 10 Ley 100 de 1993

o invalidez y] hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido⁶;

b) 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; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

c) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Por último, frente a la cuantía a reconocer a los beneficiarios de acuerdo con el número de semanas cotizadas, el artículo 48 de la misma normativa consagra:

ARTICULO. 48.-Monto de la pensión de sobrevivientes. 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.
 (...)”

2.3.4. Del principio de favorabilidad:

El principio de favorabilidad fue consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de la siguiente manera:

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

... situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”

Así, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en

⁶ Aparte en corchetes declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1176/01 Expediente D-3531, por constituir una restricción demasiado amplia y desproporcionada del derecho a la pensión de sobrevivientes que desconoce evidentemente su finalidad. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, es decir opera en los casos en (i) Que exista controversia respecto de la aplicación de dos normas, ó en caso de (ii) Que exista una sola norma que admite diversas interpretaciones.

Según la jurisprudencia constitucional, el principio de favorabilidad tiene dos elementos: i) la noción de *duda* ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y ii) la noción de interpretaciones concurrentes⁷.

Sobre el primer elemento, la Corte ha indicado que *"la duda debe revestir un carácter de seriedad y objetividad"* y que éstas características *"dependen a su vez de la **razonabilidad de las interpretaciones**"* y de su *"fundamentación y solidez jurídica"*⁸. Así las cosas, y dada la importancia de la razonabilidad de una interpretación dentro del principio de favorabilidad, señalo algunos criterios que permiten identificar una interpretación como razonable, esto son: *"i) La correcta fundamentación jurídica de las interpretaciones, que comporta la adecuación al marco normativo respectivo y a la interpretación autorizada de las normas constitucionales; ii) La aplicación administrativa y judicial reiterada; y iii) La correcta argumentación jurídica, de manera que se proscriba la arbitrariedad del operador jurídico."*⁹

Respecto del segundo elemento, la Corte ha advertido que las interpretaciones que generan duda deben, además, *"ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas"*¹⁰

En este orden de ideas la aplicación del principio de favorabilidad tiene su origen en un juicio de pertinencia y conveniencia que debe hacer el juez cada vez que surja duda frente a la aplicación de dos normas u ordenamientos legales vigentes que regulen aspectos en común ó una sola norma que admite diversas interpretaciones.

2.3.5. De la aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional ante la existencia de regímenes especiales:

⁷ Sentencias T-248-08, T-545-04 y T-871 de 2005.

⁸ Sentencia T-871-05.

⁹ Sentencia T-248-08.

¹⁰ Ibidem.

La jurisprudencia emanada desde la H. Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que *"la existencia de regímenes especiales en materia pensional era un trato admisible a la luz de los enunciados constitucionales¹¹"*, sin embargo también ha indicado algunos límites y alcances que se deben tener en cuenta al momento de aplicar los regímenes especiales, frente a estos dijo:

"(...) el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

(...) la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta¹²"
 (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, el establecimiento de regímenes pensionales especiales por parte del legislador se ajusta a la Constitución, pero la aplicación de un régimen especial solo es admisible cuando conduzca a una situación más favorable que la que plantea el régimen general, pues la excepción en la aplicación del régimen general debe tener por objeto la protección de bienes o derechos, y por ende no debe resultar discriminatorio. Al respecto en pronunciamiento más reciente indico la citada Corporación:

"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 quienes 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 otro tipo de prestaciones del régimen general, individualmente consideradas.¹³"

El criterio anterior también fue adoptado por la jurisprudencia emanada desde el H. Consejo de Estado, quien respecto a los regímenes pensionales especiales indicó:

¹¹ sentencia C-461 de octubre 12 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹² Sentencia C-461 de octubre 12 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹³ Sentencia T-547 de 2012

“(…) 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.”¹⁴

Ahora bien, para verificar si estamos en presencia de una situación desfavorable producida por un régimen especial frente al régimen general, que dé como consecuencia la aplicación imperiosa de la norma general, la H. Corte Constitucional ha dicho que se deben cumplir los siguientes requisitos: **(i)** la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, **(ii)** la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y **iii)** la carencia de compensación al interior del régimen especial debe ser evidente¹⁵.

2.4. Caso en concreto:

Como se indicó en el acápite de antecedentes, **la parte actora** arguye que el demandante y sus hijos tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, puesto que su cónyuge y madre Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.) laboró para el Estado más de 11 años, y más de 26 semanas antes de su deceso, por lo que se debe dar aplicación al principio constitucional de la condición más favorable al pensionado, y por tanto se debe aplicar la Ley 100 de 1993 que establece el derecho a la pensión de sobrevivientes de quien haya cotizado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte, requisito que la causante cumplió a cabalidad.

La **entidad demandada**, por el contrario, manifiesta que la situación del causante no cumplió con los requisitos del régimen legal que le es aplicable, y no es viable acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes consagrada en el régimen general de seguridad social, toda vez que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de regulación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón de la existencia de un régimen propio de prestaciones económicas que amerita un tratamiento normativo especial y diferencial para los docentes.

¹⁴ Al respecto se pueden ver las siguientes providencias:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07)

¹⁵ Sentencia T-167 de marzo 11 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas documentales allegadas al expediente, encuentra el Despacho acreditado lo siguiente:

- ✓ Que el señor Heraldo de Jesús Martínez Díaz contrajo matrimonio con la señora Martha Elena Núñez Valero el día dos de enero de 1992 (fl. 73)
- ✓ Que de la unión anteriormente mencionada nacieron tres hijos; Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez (fls. 35-37)
- ✓ Que actualmente el joven Edwin Felipe Martínez Núñez cuenta con 22 años de edad, la joven Daniela Natalia Martínez Núñez cuenta con 18 años de edad, y la menor Laura Valentina Martínez Núñez cuenta con 13 años de edad (fls. 35-37, 71)
- ✓ Que según consta en la historia clínica obrante a folios 38 a 70 del expediente, la menor Laura Valentina Martínez Núñez fue diagnosticada con "Parálisis cerebral espástica", enfermedad que le ha traído, entre otras, las siguientes consecuencias; (i) Trastorno mental grave con deterioro del comportamiento nulo o mínimo, (ii) Microcefalia, (iii) Hemiplejia infantil, (iv) Retardo psicomotor, (v) Crisis convulsivas, (vi) Deformidades osteomusculares, (vii) Disfasia severa (No habla, sin frases) (fls. 38-70)
- ✓ Que la señora Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.), presto sus servicios como docente a la Secretaria de Educación de Boyacá, por el tiempo transcurrido entre el 23 de enero de 1991 hasta el cuatro de julio de 2002, tiempo durante el cual le realizaron aportes al Fondo Prestacional del Magisterio (fls. 317-318)
- ✓ Que, según consta en el registro civil de defunción, la docente Martha Elena Núñez de Valero falleció el día 05 de julio de 2002. (fl. 32)
- ✓ Que según la declaración extra proceso rendida por Juan de Jesús Valero Sánchez y Jairo Alberto Gómez Arias, el demandante convivió bajo el mismo techo con la docente Martha Elena Núñez de Valero hasta sus últimos días. (fls. 74-75)

- ✓ Que el demandante en calidad de cónyuge, en nombre propio y en nombre de sus hijo, elevo petición ante la accionada a fin de que les fuera reconocida la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la docente Martha Elena Núñez Valero (q.e.p.d.), petición que fue resuelta negativamente mediante Resolución N° 1572 del 17 de octubre de 2002, *"en razón de no cumplir con el requisito del tiempo de servicio para acceder a dicha prestación de acuerdo a lo exigido en el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 (...)"* (fls. 25-27)
- ✓ Que el demandante interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución N° 1572 del 17 de octubre de 2002, el cual fue resuelto mediante Resolución N° 1920 del 24 de octubre de 2003, confirmándola en todas sus partes (fls. 28-30)
- ✓ Que el demandante el día 18 de febrero de 2009 elevo nueva petición, mediante la cual solicitó la revisión de los documentos de la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge de Martha Elena Núñez Valero, y el consecuente reconocimiento de la misma (fls. 76-79)
- ✓ Que la entidad accionada, mediante Resolución N° 002476 del 25 de abril de 2014, dio contestación a la petición anteriormente mencionada, negando nuevamente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al demandante y a sus hijos (fls. 105-108)
- ✓ Que la negativa anteriormente mencionada se fundamentó en que la Fiduciaria la Previsora como administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no otorgo la aprobación, circunstancia que fue informada al accionante mediante Oficio N° 430-01-00.2013EE00034298 del 15 de abril de 2013, en el que la Fiduprevisora le indicó que *"NO PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACION, LA PENSION DE SOBREVIVIENTE NO RIGE PARA LOS DOCENTES VINCULADOS AL FNPSM POR LA LEY 91 / 89 Y DCTO 196 / 95, EN ESTE CASO LA DOCENTE, SE ENCUENTRA VINCULADA DESDE 1991 / 01 / 23 COMO DEPARTAMENTAL -RECURSOS PROPIOS. NO SE RIGE POR LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 100 / 93 Y 797 / 0. LOS DOCENTES AFILIADOS AL FNPSM POR LA LEY 91 DE 1989, NO SE LES APLICA LAS NORMAS DE PENSIONES CONSAGRADAS EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL LEY 100 DE 1993 DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART 279 DE LA CITADA NORMA"* (fls. 80-81)

- ✓ Que ante la negativa de la entidad en reconocer la pensión de sobreviviente, el demandante interpuso acción de tutela el día 13 de agosto de 2014, la cual fue tramitada por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento (fls. 82-91)
- ✓ Que el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento, mediante fallo del 28 de agosto de 2014, negó en primera instancia el amparo solicitado (fls. 92-104)
- ✓ Que el demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo anteriormente mencionado (fls. 109-115)
- ✓ Que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja dentro de la tutela en cita profirió sentencia de segunda instancia el día 06 de octubre de 2014, confirmando el fallo emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento (fls. 117-134)
- ✓ Que, según consta en la certificación expedida por la UPTC el día 17 de marzo de 2014, el joven Edwin Felipe Martínez Núñez se encuentra matriculado en la Facultad de Ingeniería, y cursa cuarto semestre de su carrera (fl. 72)

En orden a resolver el presente asunto, y dado que lo solicitado es la aplicación del régimen general de pensiones frente al régimen especial de pensión de sobreviviente consagrado para los docentes, debe decir el Despacho que vistos como quedaron dichos regímenes en los acápites anteriores, se encuentra que existe una diferencia ostensible entre ellos en cuanto a los requisitos para acceder a la prestación, pues mientras el Decreto 224 de 1972 exige la prestación del servicio docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993 resulta ser más beneficiosa para los familiares del afiliado fallecido, pues sólo requiere 26 semanas de cotización –norma vigente al momento del fallecimiento de la aquí causante, señora Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.)-.

Ante la anterior circunstancia, tanto la H. Corte Constitucional en sede de tutela como el H. Consejo de Estado han precisado que aun cuando el personal docente cuente con un régimen especial de pensión de sobreviviente, en determinados casos es posible aplicarles la pensión de sobreviviente consagrada en el régimen general de pensiones, pues –

conforme se expuso en el acápite en el que se analizó la aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional ante la existencia de regímenes especiales- la aplicación de un régimen especial solo es admisible cuando conduzca a una situación más favorable que la que plantea el régimen general, ya que la excepción en la aplicación del régimen general debe tener por objeto la protección de bienes o derechos, y por ende no debe resultar discriminatorio, taxativamente ha indicado el H. Consejo de Estado:

“De la lectura de los dos regímenes se observa, que existe una diferencia ostensible en los requisitos para acceder a la prestación, pues mientras el Decreto 224 de 1972, establece un requisito bastante alto como lo es exigir la prestación del servicio del docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993, resulta ser más benéfica al requerir tan solo 26 semanas de cotización.

En este caso, la aplicación del artículo 7° del Decreto 224 de 1972 conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales están encaminadas a mitigar los efectos de la viudez.

Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso¹⁶, 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.¹⁷”

En pronunciamiento más reciente dicha Corporación indicó:

“Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que, excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.¹⁸”

Aplicando la jurisprudencia anteriormente transcrita al caso que nos ocupa, tenemos que la causante, señora Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.), falleció el cinco (05) de julio de 2002, según reposa en el acta de defunción obrante a folio 32, y de otro lado que laboró como docente al servicio de la educación oficial desde el 23 de enero de 1991

¹⁶ 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.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07)

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, diez (10) de julio de dos mil catorce (2014), Radicación número: 05001-23-31-000-2005-04218-01(2713-13)

hasta el 04 de julio de 2002, para un total de 11 años, 5 meses y 10 días, de acuerdo al certificado de tiempo de servicio obrante a folios 317 a 318, tiempo que resulta ser insuficiente frente al requisito que establece el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, esto es haber prestado el servicio docente durante 18 años.

Así las cosas, se encuentra que en el presente caso, en virtud del principio de favorabilidad, es procedente aplicar el régimen general de pensiones, en tanto el régimen especial de pensión de sobreviviente consagrado para los beneficiarios de la docente Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.), resulta ser más exigente frente al general, en consecuencia procede el Despacho a determinar si los demandantes pueden acceder a la prestación pretendida, a partir de los presupuestos consagrados en la Ley 100 de 1993, pues los requisitos que se exigen en esta le son más favorables que aquellos previstos en el Decreto 224 de 1972. Lo anterior, no sin antes aclarar que en el asunto bajo estudio sólo se analizara el cumplimiento de los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta la modificación que sobre la misma hizo la Ley 797 de 2003, pues al momento del fallecimiento de la causante solo se encontraba vigente la primera y no así la segunda.

En este sentido, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, encuentra el Despacho que en efecto la docente Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.) cumplía con los requisitos exigidos en el literal a del numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues al momento de su fallecimiento se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y había cotizado más de 26 semanas antes de su fallecimiento, según se observa del certificado de tiempo de servicios obrante a folios 317 a 318.

Ahora bien, de las documentales obrantes en el expediente se acredita la condición de beneficiarios de la docente Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.) que ostentan los demandantes, pues; **(i)** según se acredita con el registro civil de matrimonio obrante a folio 73 el señor Heroldo de Jesús Martínez Díaz, en vida de la causante, fue su cónyuge, y **(ii)** según se acredita con los registros civiles de nacimiento obrantes a folios 35 a 37, Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez son hijos de la causante, procreados dentro de la unión marital que en vida sostuvo con el señor Heroldo de Jesús Martínez Díaz. Respecto al segundo requisito que deben cumplir los hijos de la causante, se observa que el joven Edwin Felipe al momento de la presentación de la demanda acredito encontrarse estudiando en una institución de educación superior; la joven

Daniela Natalia si bien actualmente cuenta con su mayoría de edad, lo cierto es que al momento de la presentación de la demanda aún era menor de edad, por ende el requisito de estudio sólo debe acreditarlo a partir del 16 de marzo del presente año, fecha de cumplimiento de la mayoría de edad (fl. 36); y, respecto a la menor Laura Valentina, tenemos que además de ser menor edad, también se encuentra en estado de invalidez en razón a la "Parálisis cerebral espástica" que le fue diagnosticada; así que en el orden de beneficiarios que consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los aquí demandantes ocupan los dos primeros lugares, cumpliendo a cabalidad los requisitos que como beneficiarios exige la normativa, en consecuencia el Despacho ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, de la siguiente manera, y bajo las siguientes condiciones:

Atendiendo a que se encuentra acreditado que la docente Martha Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.) presto sus servicios como docente durante 11 años, 5 meses y 10 días, equivalentes a 593 semanas, -de conformidad con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993- sus beneficiarios tiene derechos al reconocimiento del 45% del ingreso base de liquidación por las primeras 500 semanas y además tienen derecho a un 2% por las 50 semanas adicionales a las quinientas iniciales, que determinan una pensión equivalente al 47% del ingreso base de liquidación.

Ahora bien, conforme el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, por "ingreso base de liquidación" debe entenderse "el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"

En este sentido, respecto a los factores salariales que constituyen la base de cotización, el artículo 18 de la misma normativa, prescribe que el salario base de cotización para los servidores del sector público será el que señale el Gobierno de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992. Así, lo señalado por la norma antes mencionada fue reglamentado en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, el cual estableció:

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*

Así las cosas, para dar cumplimiento a la orden de reconocimiento de la pensión de sobreviviente que aquí se dará, la entidad deberá liquidar dicha pensión en el equivalente al 47% del ingreso base de liquidación de la docente causante, para lo cual deberá tener en cuenta los factores que para calcular el ingreso base de cotización determina el Decreto 1158 de 1994; en todo caso el monto de la pensión no podrá ser inferior al salarios mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 35 de la misma normativa.

Ahora bien, en cuanto a la proporción que corresponde a cada uno de los aquí demandantes respecto a la suma que resulte liquidada, debe decir el Despacho que -de conformidad con el numeral 1º del artículo 8 del Decreto 1889 de 1994¹⁹, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"- al señor Heráldo de Jesús Martínez Díaz, en calidad de cónyuge supérstite, le corresponde el 50%, y el 50% restante será repartido en partes iguales entre Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez, hasta que Edwin Felipe cumpla los 25 años de edad o no acredite su incapacidad por escolaridad, ocurrido lo anterior, el 50% será distribuido en partes iguales entre Daniela Natalia y Laura Valentina, hasta que Daniela Natalia cumpla los 25 años de edad o no acredite su incapacidad por escolaridad, sucedido esto se deberá acrecentar la mesada pensional a favor de la menor Laura Valentina en un 50%, quien tiene derecho al reconocimiento vitalicio de la pensión de sobreviviente en razón al estado de invalidez en que se encuentra.

2.5. Prescripción de mesadas:

¹⁹ DECRETO 1889 DE 1994. **ARTICULO 8o.** DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:
 1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

Frente a la prescripción de las mesadas pensionales, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 determina que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres (3) años atrás de la solicitud relevante²⁰, en consecuencia, y teniendo en cuenta que la parte actora formuló y radicó la petición ante la entidad accionada el día 18 de febrero de 2009 (Fis. 76-79), las mesadas ocasionadas con anterioridad al dieciocho (18) de febrero de 2006 quedarían prescritas.

No obstante lo anterior, advierte el Despacho que la prescripción que aquí se decretará corresponderá únicamente al 50% de la mesada pensional correspondiente al señor Heraldo de Jesús Martínez Díaz, pues el término de prescripción de los derechos prestacionales que le asistían a los jóvenes Edwin Felipe y Daniela Natalia Martínez Núñez, sólo podía empezar a contabilizarse una vez cumplieran la mayoría de edad, es decir, a partir de los días 12 de octubre de 2012 para el Joven Edwin Felipe y 16 de marzo de 2016 para la joven Daniela Natalia –fechas en las cuales cumplieron la mayoría de edad teniendo en cuenta sus fechas de nacimiento, esto es el 12 de octubre de 1993 y 16 de marzo de 1998, respectivamente (fis. 35-36). De la misma manera, para el caso de la mesada pensional de la menor Laura Valentina Martínez Núñez, se encuentra que a la misma no es posible aplicarle el fenómeno prescriptivo, pues además de ser menor de edad, también se encuentra en estado de invalidez, como quedo acreditado anteriormente.

Lo anterior, dado que –conforme lo consagran los artículos 2530 y 2541 del Código Civil²¹– el término de la prescripción trienal se suspende en el caso de los menores de edad hasta tanto cese su condición, en razón a la incapacidad relativa que se predica de los mismos, por lo que se entiende que éstos no podrían hacer exigible directamente sus derechos

²⁰ Al respecto manifestó la H. Corte Constitucional en Sentencia C-198 del 07 de abril de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero: "... dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho"

²¹ **ARTÍCULO 2530** <Modificado por el artículo 3º de la Ley 791 de 2002>. La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse: en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.

1. La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentren bajo tutela o curaduría.

(...) (...)

ARTICULO 2541. <SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA>. La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en el número 1o. del artículo 2530.

hasta cumplir la mayoría de edad. Sobre la suspensión de la prescripción extintiva en el caso de los menores de edad, el H. Consejo de Estado²² ha indicado lo siguiente:

“De otro lado, en atención a que el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 regula el término de la prescripción extintiva y su interrupción, pero no regula lo concerniente a su suspensión, ante el vacío normativo, en este aspecto es válido hacer la integración normativa con las disposiciones del Código Civil.

Esto porque, cabe destacar, la interrupción difiere de la suspensión del término prescriptivo, pues, la primera implica que el término empezó a correr, pero con la reclamación del derecho en oportunidad todo el tiempo de prescripción transcurrido se elimina, es decir, todo queda como si no hubiese corrido ese término; mientras que la segunda se da cuando ocurren circunstancias especiales que hacen que el término prescriptivo no empiece o deje de correr, y una vez cesa la causa de la suspensión, sigue corriendo, sin que se elimine el tiempo ya transcurrido de prescripción.

Así, los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 791 de 2002, establecían:

(...) (...)

Tanto la Sección Segunda del Consejo de Estado como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia han sostenido el criterio que admite la suspensión de la prescripción laboral en beneficio de los menores de edad.

(...)

Y, en sentencia de 29 de abril de 2010²³, señaló:

“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 el cumplimiento de su mayoría de edad.”

Así mismo, la Corporación en mención, en un asunto de iguales pretensiones al que se analiza indicó:

“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 Luis Alberto Hurtado

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección B. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D. C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación No. 05001-23-31-000-2004-04969-01 (2412-2010)

²³ Radicación número: 68001-23-15-000-2005-01238-01(1259-09). MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 el cumplimiento de su mayoría de edad.²⁴

Así las cosas, en el presente caso y respecto del 50% de la mesada pensional correspondiente a Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez se ordenara el reconocimiento de la pensión desde el día siguiente al fallecimiento de la señora María Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.), esto es el 06 de julio de 2002 (fl. 32), sin aplicar para el efecto el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas pensionales causadas, pues la petición presentada por el señor Heráldo de Jesús Martínez Díaz en nombre de los mismos, fue elevada ante la entidad accionada el día 18 de febrero de 2009, momento en el cual aún se encontraba suspendido el fenómeno de la prescripción en razón a minoría de edad que para ese momento tenían.

2.6. El ajuste al valor:

Al efectuarse la liquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la pensión de sobreviviente, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda -Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 68001-23-15-000-2005-01238-01(1259-09)

providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

2.7. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del CPACA.

2.8. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A :

Primero.- Declarar la nulidad de las Resoluciones N° 002476 del veinticinco (25) de abril de 2014, N° 1920 del 24 de octubre de 2003, y N° 1572 del 17 de octubre de 2012, expedidas por la **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a través de la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ**, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento, se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reconocer y pagar al señor **HERALDO DE JESÚS MARTÍNEZ DÍAZ**, en calidad de cónyuge supérstite, y a **EDWIN FELIPE, DANIELA**

NATALIA y LAURA VALENTINA MARTÍNEZ NÚÑEZ, esta última representada por su progenitor **HERALDO DE JESÚS MARTÍNEZ DÍAZ**, en calidad de hijos de la causante, la pensión de sobrevivientes de **MARIA ELENA NÚÑEZ VALERO (Q.E.P.D)**, en cuantía del 47% del ingreso base de liquidación de la docente causante, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y para lo cual deberá tener en cuenta los factores que para calcular el ingreso base de cotización determina el Decreto 1158 de 1994; en todo caso el monto de la pensión no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Tercero.- La suma reconocida le corresponde en proporción del 50% al señor **HERALDO DE JESÚS MARTÍNEZ DÍAZ**; el 50% restante será repartido en partes iguales entre **EDWIN FELIPE, DANIELA NATALIA y LAURA VALENTINA MARTÍNEZ NÚÑEZ**, hasta que Edwin Felipe cumpla los 25 años de edad o no acredite su incapacidad por escolaridad, ocurrido lo anterior, el 50% será distribuido en partes iguales entre Daniela Natalia y Laura Valentina, hasta que Daniela Natalia cumpla los 25 años de edad o no acredite su incapacidad por escolaridad, sucedido esto se deberá acrecentar la mesada pensional a favor de la menor Laura Valentina en un 50%, quien tiene derecho al reconocimiento vitalicio de la pensión de sobreviviente en razón al estado de invalidez en que se encuentra.

Cuarto.- Declarar probada la excepción de prescripción de mesadas propuesta por la apoderada de la entidad accionada, pero sólo respecto del 50% de la mesada pensional, el cual corresponde al señor Heraldo de Jesús Martínez Díaz, en consecuencia se declara la prescripción de las mesadas pensionales causados a favor del mismo con anterioridad al día dieciocho (18) de febrero de 2006, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Quinto.- Declarar no probada la excepción de prescripción de mesadas, respecto del 50% de la mesada pensional, que corresponde a Edwin Felipe, Daniela Natalia y Laura Valentina Martínez Núñez, en consecuencia la pensión de sobreviviente para estos será efectiva a partir del día siguiente al fallecimiento de la señora María Elena Núñez de Valero (q.e.p.d.), esto es el 06 de julio de 2002 (fl. 32), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sexto.- Al efectuarse la liquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

Índice Final

R= RH -----

Índice Inicial

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada a los demandante por concepto de la pensión de sobreviviente, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mesada, y así sucesivamente.

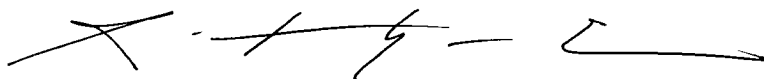
Séptimo.- Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

Octavo.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Noveno.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Décimo.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Notifíquese y cúmplase



MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez

