



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -

Bogotá, D.C., 29 de julio de 2022.

Sentencia No. 34

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2020-00359-00¹
Demandantes: Nelson Ferrer Mortigo Segura, Andrea Katherin Mortigo Clavijo,
Francisco David Mortigo Clavijo.
Demandado: Nación – Ministerio de Educación - Fomag.

Asunto: Pensión post – mortem docente en forma vitalicia Art.7 Decreto Ley 224 de 1972 – Ley 33 de 1973 - Art. 3 Ley 71 de 1988.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

ANTECEDENTES

Pretensiones de la demanda: Declarar la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 1788 del 31 de marzo de 2015 *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Pensión Post-Mortem Dieciocho Años”* (Fl.11-13 PDF “01Demanda”).
- Resolución 2899 del 15 de mayo de 2015 *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 1788 del 31/03/2015”* (Fl.15-17 PDF “01Demanda”).

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho:

- i) Se ordene a la accionada reconocer a favor de los accionantes la pensión de sobrevivientes (post mortem) derivada del fallecimiento de la señora Liliana María Clavijo Álvarez, consagrada en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972, en porcentaje equivalente al 75% de forma vitalicia.
- ii) Se ordene a la accionada, efectuar el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir a partir del mes de agosto de 2019 y siguientes, debidamente indexadas.
- iii) Se condene en costas a la accionada.

Hechos.

- La señora Liliana María Clavijo Álvarez, contrajo matrimonio con el señor Nelson Ferrer Mortigo Segura, el 19 de marzo de 1999 (Fl.24 PDF “01Demanda”).
- La señora Liliana María Clavijo Álvarez, es madre de Andrea Katherin Mortigo Clavijo, nacida el 15 de noviembre de 2001 (Fl.22 PDF “01Demanda”).
- La señora Liliana María Clavijo Álvarez, es madre de Francisco David Mortigo Clavijo (Fl. 13 PDF “01Demanda”).
- Que según Certificado expedido por el Profesional Especializado de la Oficina de Personal de la Secretaría de Educación Distrital, la señora Liliana María Clavijo Álvarez, laboró por un término de 18 años, 01 mes y 11 días. (Fl.12 PDF “01Demanda”).
- La señora Liliana María Clavijo Álvarez, falleció el día 16 de julio de 2014 (Fl.20 PDF “01Demanda”).

¹ mauriciocelish@hotmail.com; notjudicial@fiduprevisora.com.co; notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co; t_amolina@fiduprevisora.com.co; nelsonfmortigo@gmail.com; lilitabejarano223035@hotmail.com;

.- Que mediante Resolución No. 1788 del 31 de marzo de 2015 se reconoció y ordenó el pago de una Pensión Post-Mortem, por el término de cinco (05) años (Fl.11-13 PDF "01Demanda").

.- Mediante radicado No. E-2014-71507 del 29 de abril de 2015, los interesados formularon recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento primigenio (Fl.15 PDF "01Demanda").

.- Que mediante Resolución 2899 del 15 de mayo de 2015 se resolvió un recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 1788 del 31/03/2015, confirmándola en todas sus partes (Fl.15-17 PDF "01Demanda").

Tesis del demandante: Considera que los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos por haber sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse por falta de aplicación del Art. 07 del Decreto 224 de 1972 y del Art. 03 de la Ley 71 de 1988, como quiera que este último artículo convirtió la sustitución pensional de 5 años en vitalicia a favor del cónyuge o compañero permanente y los hijos menores de edad en porcentaje equivalente al 50% para la pareja y el 50% restante para los hijos.

Que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como 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 este 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. Que aunque el Art. 7 del Decreto Ley 224 de 1972 se encuentra vigente, su regla temporal de los 5 años allí establecida fue sustituida por mandato de la Ley 33 de 1973 en los Art. 1, 2 y 4 y la Sentencia C-480 de 1998, por lo que no puede servir como fundamento para la expedición de los actos demandados el límite temporal de 05 años.

Que para los menores de edad, las condiciones temporales del reconocimiento son las establecidas en los Art. 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993. Conforme lo anterior, para los hijos menores de 18 años y los mayores de edad hasta los 25 años siempre y cuando se encuentren incapacitados para trabajar en razón de sus estudios, así como los hijos inválidos mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Para concluir considera que los actores tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes post-mortem 18 años en forma vitalicia conforme lo expuesto en la sentencia C-480 de 1998 y respecto a los hijos menores se les debe aplicar los Art. 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993.

Tesis de la demandada: Guardó silencio.

Alegatos de conclusión:

Parte demandante (PDF "27AlegatosDte"): Con memorial remitido al correo institucional del Despacho, el día 25 de enero de 2022, el apoderado judicial de la parte demandante alegó de conclusión manifestó que el Decreto 224 de 1972 por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7° previó lo siguiente:

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

Los apartes subrayados en la norma anterior fueron derogados tácitamente por virtud de lo dispuesto en los artículos 1,2,4 de la ley 33 de 1973, según lo dispuesto en la Sentencia C-480 de 1998, proferida por la Corte Constitucional. A pesar de estar derogados los apartes señalados, el Fomag los aplicó en el caso concreto, suspendiendo el pago de la pensión y violando derechos fundamentales a los demandantes.

Resalta que en este proceso judicial no se discute los requisitos de cumplimiento para acceder a la pensión de sobrevivientes, toda vez que la demandada había reconocido la pensión por cumplimiento de requisitos, lo que se discute es el término durante el cual se deberá conceder la prestación. Por lo expuesto, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada - FOMAG (PDF “23AlegatosFomag”): Con memorial allegado a través del buzón de correo electrónico del Despacho, la apoderada judicial de la parte demandada alegó de conclusión referenciando lo expuesto en el Art. 7 del Decreto 224 de 1972 y 46 de la Ley 100 de 1993, para después resaltar la exclusión que el Art. 279 de la Ley 100 de 1993 estableció para los afiliados al FOMAG.

Pese a lo anterior, indica que la Ley 812 de 2003, termina con la exclusión realizada en la norma citada, al prever en su artículo 81, que la Ley 100 de 1993 será aplicable a los docentes que afiliados al FOMAG vinculados a partir de su vigencia.

Identificación de los actos demandados: Se pretende la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 1788 del 31 de marzo de 2015 *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Pensión Post-Mortem Dieciocho Años”* (Fl.11-13 PDF “01Demanda”).
- Resolución 2899 del 15 de mayo de 2015 *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 1788 del 31/03/2015”* (Fl.15-17 PDF “01Demanda”).

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si hay que declarar la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y si en consecuencia la parte actora tiene derecho a que se le reconozcan la pensión de sobrevivientes (post mortem) que consagra el artículo 7 de Decreto Ley 224 de 1972, cuya liquidación se le aplica el 75% de forma vitalicia por haberse derogado el término de cinco años, a favor del cónyuge y los hijos menores de edad correspondientes en un 50% para cada uno.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho estudiará si los actos administrativos demandados fueron expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse.

Solución al problema jurídico: El cargo de nulidad formulado contra los actos administrativos demandados por infracción de las normas en que debería fundarse y que sirvió de fundamento para las pretensiones logró ser probado, por lo tanto, se desvirtúa la presunción de legalidad que los ampara.

Conforme lo anterior se accederá a las pretensiones de la demanda, ordenando al FOMAG, reconocer y pagar a favor del señor **Nelson Ferrer Mortigo**, la pensión de sobrevivientes (post mortem) derivada del fallecimiento de la señora Liliana María Clavijo Álvarez, en la forma y términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972, en porcentaje equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte de forma vitalicia y en porción equivalente al 50% en calidad de cónyuge, desde el 18 de julio de 2019.

Por otro lado, se ordenará a la demandada FOMAG, reconocer y pagar a favor de **Andrea Katherin Mortigo Clavijo** y **Francisco David Mortigo Clavijo**, la pensión de sobrevivientes (post mortem) derivada del fallecimiento de la señora Liliana María Clavijo Álvarez, en la forma y términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972, en porcentaje equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte y conforme los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, y en porción equivalente al 25% para cada uno de ellos en calidad de hijos, desde el 18 de julio de 2019 y hasta tanto concurren las establecidas en el articulado referido.

La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben los demás cuando falte alguno de ellos.

Análisis del Despacho

Marco normativo y jurisprudencial aplicable: La Ley 43 de diciembre 11 de 1975 *“por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarias; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa”*, ordenó que los docentes fueran nacionalizados, en virtud de la cual se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

La mentada disposición en su Art. 15 señaló:

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

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

De conformidad con lo anterior, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Es así como nos debemos remitir a las normas que se encontraban vigentes a la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las que se encuentra la Ley 33 de 1985 la que al no contener distinción en cuanto a los funcionarios a quienes se dirige, se ha entendido que le es aplicable a todos los niveles, pues con la misma lo que se pretendió fue unificar los regímenes existentes a la época y así crear un régimen pensional del que se beneficiaran los empleados oficiales de todos los órdenes, por lo tanto la misma le es aplicable a los docentes de conformidad con el art. 15 de la Ley 91 de 1989.

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

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

Si bien se ha afirmado en reiteradas ocasiones la inexistencia de un régimen especial en materia pensional para los docentes y la observancia de las reglas contenidas al respecto dentro de la Ley 91 de 1989 que remiten a la aplicación para los docentes nacionales y nacionalizados de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público, tal como se dejó arriba explicado, debe advertirse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como 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 logró 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.

Por otro lado, en lo que respecta al límite temporal de las pensiones y los derechos de los hijos del causante, el Art. 1 de la Ley 33 de 1973, estableció:

“(…) Artículo 1º. Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea éste oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

Parágrafo 1º. Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon. Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagará, el 50% al cónyuge y el resto

para los hijos por partes iguales. La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben los demás cuando falte alguno de ellos ~~o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital~~².

Parágrafo 2°. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley. (...)

Finalmente, el Art. 3 de la Ley 71 de 1988, extendió las previsiones de la Ley 33 de 1973, así:

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

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

En ese sentido, la H. Constitucional, en la sentencia C-480 de 1998, respecto a la vigencia de la prestación y el derecho de los hijos del causante, indicó:

“Entonces, para la Sala se puede colegir que, por virtud de este último párrafo, 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. En consecuencia, en criterio de la Corte, la norma atacada no está produciendo ningún efecto jurídico, por lo tanto, la Corte se inhibirá de pronunciarse en relación con la expresión atacada y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.

De otra parte, en relación con el derecho de los hijos menores al disfrute de la pensión, el artículo 1 de la ley 33 de 1973, en su párrafo 1, dispuso: “Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge superstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron o aclararon”, por lo tanto, en opinión de la Corte, tal norma amplió los términos para disfrutar el derecho a la sustitución pensional, incluyendo, naturalmente a los incapacitados, o por razón de sus estudios o por invalidez, en este último evento, deben aplicarse las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y las disposiciones que lo modificaron y aclararon”

Finalmente, en la sentencia T-021 de 2009, la Corte Constitucional, precisó la forma y términos en las que debe proceder el reconocimiento del beneficio para los hijos del causante, así:

“Así pues, respecto de los menores de edad es evidente la ampliación del término y puesto que, según lo consideró la propia Corte, los artículos 1 y 2 de la Ley 33 de 1973 “fueron modificados por los artículos 46, 47 48 y 289 de la Ley 100 de 1993” y que lo propio cabe sostener del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, es obvio que las condiciones conforme a las cuales debe pagarse la pensión establecida en el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 cuando sus beneficiarios son menores de edad son las previstas para el caso de la pensión de sobrevivientes en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con los citados artículos son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los hijos menores de 18 años y los mayores de esa edad “hasta los 25 años”, siempre y cuando se encuentren incapacitados para trabajar en razón de sus estudios, así como los hijos inválidos mientras subsistan las condiciones de invalidez.”

Caso concreto: Pretende la parte accionante, se ordene al FOMAG, reconocer a favor de los accionantes la pensión de sobrevivientes (post mortem) derivada del fallecimiento de la señora Liliana María Clavijo Álvarez, en la forma y términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972, en porcentaje equivalente al 75% de forma vitalicia y en porciones equivalentes al 50% para el cónyuge y el 50% restante para los dos hijos.

² Expresión declarada inexecutable mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-309 de 1996.

Para efecto de lo anterior, se revisará junto con el acervo probatorio allegado, si los actos administrativos demandados fueron expedidos vulnerando las normas en que deberían fundarse.

Consignó la parte accionada en la Resolución No. 2899 del 15 de mayo de 2015, que “(...) *el recurrente plantea que la norma aplicada, decreto ley 224 de 1972, está tácitamente sin efectos por jurisprudencia de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C/480 de 1998. Por lo que esta Administración señala que no existe derogatoria expresa del decreto 224 de 1972, en consecuencia no se encuentra suspendida su aplicación y capacidad regulatoria, el precepto sigue amparado por una presunción de validez respecto de las situaciones que cobijan a los docentes (...).*”

Respecto al derecho pensional causado por la señora Liliana María Clavijo Álvarez, se aportó al expediente (i) Certificado expedido por el Profesional Especializado de la Oficina de Personal de la Secretaría de Educación Distrital, que da cuenta que la señora Liliana María Clavijo Álvarez, laboró por un término de 18 años, 01 mes y 11 días. (Fl.12 PDF “01Demanda”). (ii) Registro Civil de Defunción, que da cuenta del fallecimiento de la señora Liliana María Clavijo Álvarez, acaecido el día 16 de julio de 2014 (Fl.20 PDF “01Demanda”). (iii) Resolución No. 1788 del 31 de marzo de 2015 mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una Pensión Post-Mortem, por el término de cinco (05) años y que da cuenta que en el presente asunto no se discuten los requisitos para hacerder al beneficio pensional (Fl.11-13 PDF “01Demanda”). (iv) Escrito radicado No. E-2014-71507 del 29 de abril de 2015, que demuestra que los interesados agotaron la vía administrativa formulando recurso de reposición contra el acto administrativo de reconocimiento primigenio (Fl.15 PDF “01Demanda”). (v) Resolución 2899 del 15 de mayo de 2015, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 1788 del 31/03/2015, confirmándola en todas sus partes, que demuestra que el FOMAG, tuvo en su momento la oportunidad de reevaluar la decisión adoptada (Fl.15-17 PDF “01Demanda”).

Por otro lado, respecto a la filiación de los accionantes con la causante, se allegaron a los autos las siguientes pruebas: (i) Registro Civil de Matrimonio que da cuenta de la relación marital de la señora Liliana María Clavijo Álvarez, con el señor Nelson Ferrer Mortigo Segura, desde el 19 de marzo de 1999 (Fl.24 PDF “01Demanda”). (ii) - Registro que indica que la señora Liliana María Clavijo Álvarez, es madre de Francisco David Mortigo Clavijo (Fl. 13 PDF “01Demanda”). (iii) Registro Civil de Nacimiento que demuestra que la señora Liliana María Clavijo Álvarez, es madre de Andrea Katherin Mortigo Clavijo, nacida el 15 de noviembre de 2001 (Fl.22 PDF “01Demanda”). Lo anterior, legitima a los accionantes como beneficiarios de la señora Clavijo Álvarez.

El Decreto 224 de 1972 por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7° previó la siguiente prestación:

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

Con posterioridad, el Art. 1 de la Ley 33 de 1973, “*Por la cual se transforman en vitalicias las pensiones de las viudas*”, eliminó el límite temporal que inicialmente se dio a dicha prestación. Finalmente, el Art. 3 de la Ley 71 de 1988, extendió el beneficio al cónyuge y a los hijos.

Al respecto la H Corte Constitucional, en sentencia C-480 de 1998, señaló lo siguiente:

“...En relación con el derecho de los hijos menores al disfrute de la pensión, el artículo 1 de la ley 33 de 1973, en su parágrafo 1, dispuso: “*Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge superstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron o aclararon*”, por lo tanto, en opinión de la Corte, tal norma amplió los términos para disfrutar el derecho a la sustitución pensional, incluyendo, naturalmente a los incapacitados, o por razón de sus estudios o por invalidez, en este último evento, deben aplicarse las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y las disposiciones que lo modificaron y aclararon, por lo que se colige que la norma acusada quedó derogada tácitamente por la nueva ley.

Ahora bien, con la restricción del derecho a la sustitución pensional del cónyuge supérstite por contraer nuevas nupcias, la Corporación reiterará lo expresado en las sentencias C-309 de 1996, (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual se declararon inexecutable las expresiones: “o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, contenidas en el artículo 2 de la ley 33 de 1973, que a su vez derogó el artículo 7 del decreto ley 224 de 1972 como quiera que, el artículo 4 de la referida ley dispuso que: “Esta ley rige a partir de la fecha de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.” (Subraya el Despacho).

En conclusión, la Corte considera que el artículo 67 del decreto ley 224 de 1972, no está produciendo efectos jurídicos en virtud de la derogatoria tácita dispuesta en los artículos 1, 2 y 4 de la ley 33 de 1973....”

De esta forma el artículo 7 del Decreto 224 de 1972 en virtud de los artículos 1 y 2 de la Ley 33 de 1973 fue modificado y este a su vez por la ley 100 de 1993 y con ello la extinción de la limitante de 5 años para el conyugue mientras no contraiga nuevas nupcias y para el hijo menor mientras cumpla la mayoría de edad.

Así se amplió la cobertura temporal para los hijos menores del causante incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante en concurrencia con el cónyuge supérstite hasta cumplir la mayoría de edad o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez, en este último caso, aplicando las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron o aclararon y, en forma vitalicia para el cónyuge supérstite eliminado la restricción al contraer nuevas nupcias o al hacer vida marital, por cuanto el artículo 4 de la ley 33 de 1973 dispuso derogar todas las disposiciones que le sean contrarias.

Al compás de lo expuesto, resulta importante referir lo dicho por la H. Corte Constitucional, en sentencia T-021 del 2009, cuando indicó

“El derecho pensional que les asiste es tan claro que la autoridad que dispuso efectuar los pagos sólo durante cinco años y suspenderlos una vez cumplido ese lapso incurrió en evidente vía de hecho por defecto sustantivo, porque, de conformidad con lo visto, tomó una decisión basándose en disposiciones derogadas e hizo caso omiso de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de esta Corte que ha puesto de manifiesto esa derogación y, adicionalmente, ha indicado que los límites temporales se han ampliado, tanto para el cónyuge o compañero supérstite como para los menores de edad, en cuyo caso las condiciones que autorizan el pago han sido destacadas.”

En suma, en el presente caso se hace necesario declarar la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, por cuanto fueron expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse naciendo a la vida jurídica viciados de nulidad, puesto que se basaron en una norma derogada tácitamente por la Ley 33 de 1973 y ley 100 de 1993, conforme lo expuso la H. Corte Constitucional, en la sentencia previamente referida.

Restablecimiento del derecho: En virtud de la nulidad parcial que se decreta en esta sentencia, se debe restablecer el derecho de los titulares, por lo cual se ordenará a la demandada FOMAG,

- Reconocer y pagar a favor del señor **Nelson Ferrer Mortigo**, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.633.622 la pensión de sobrevivientes (post mortem) derivada del fallecimiento de la señora Liliana María Clavijo Álvarez, en porcentaje equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte y en porción equivalente al 50% en calidad de cónyuge, en los términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972 y, de forma vitalicia conforme con la ley 33 de 1973 y, la ley 100 de 1993 desde el 18 de julio de 2019.
- Reconocer y pagar a favor de **Andrea Katherin Mortigo Clavijo**, quien se identificaba con la tarjeta de identidad número 1.193.230.940 y **Francisco David Mortigo Clavijo**, quien se identificaba con la tarjeta de identidad número 1.000.835.709, la pensión de sobrevivientes (post mortem) derivada del fallecimiento de su señora madre Liliana María Clavijo Álvarez, en la forma y términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972, en porcentaje equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte en proporción equivalente al 25% para cada uno de ellos en calidad de hijos en los términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972 y, hasta tanto concurren las circunstancias establecidas en la ley 33 de 1973 y el artículo 47 de la ley 100 de 1993, esto es, hasta los 18 años o hasta los 25 años, si se encuentran incapacitados para trabajar por razón de sus estudios si dependían económicamente del causante al momento de su muerte o si son hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez desde 18 de julio de 2019.

La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben los demás cuando falte alguno de ellos.

Prescripción: Se tiene que, el FOMAG, dejó de efectuar el pago de la mesada pensional el día 17 de julio de 2019, por haberse cumplido el límite temporal de cinco (05) años fijado inicialmente; que la demanda fue radicada el día 22 de octubre de 2020, es decir, sin que hubiese alcanzado a operar el fenómeno de la prescripción trienal, por lo que se declara no probada.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a 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 mesada pensional, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos detracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3° del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma

El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso³, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas para resaltar)

³ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁴ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”⁵

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

I. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1788 del 31 de marzo de 2015 “*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Pensión Post-Mortem Dieciocho Años*” (Fl.11-13 PDF “01Demanda”) y de Resolución 2899 del 15 de mayo de 2015 “*Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 1788 del 31/03/2015*” (Fl.15-17 PDF “01Demanda”) de conformidad con lo expresado en la parte motiva

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la demandada FOMAG:

- Reconocer y pagar a favor del señor **Nelson Ferrer Mortigo**, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.633.622 la pensión de sobrevivientes (post mortem) derivada del fallecimiento de la señora Liliana María Clavijo Álvarez, en porcentaje equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte y en porción equivalente al 50% en calidad de cónyuge, en los términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972 y, de forma vitalicia conforme con el artículo 47 de la ley 100 de 1993 desde el 18 de julio de 2019
- Reconocer y pagar a favor de **Andrea Katherin Mortigo Clavijo**, quien se identificaba con la tarjeta de identidad número 1.193.230.940 y **Francisco David Mortigo Clavijo**, quien se identificaba con la tarjeta de identidad número 1.000.835.709, la pensión de sobrevivientes (post mortem) derivada del fallecimiento de su señora madre Liliana María Clavijo Álvarez, en la forma y términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972, en porcentaje equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte en proporción equivalente al 25% para cada uno de ellos en calidad de hijos en los términos consagrados en el Art. 07 del Decreto Ley 224 de 1972 y, hasta tanto concurren las circunstancias establecidas en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, esto es, hasta los 18 años o hasta los 25 años, si se encuentran incapacitados para trabajar por razón de sus estudios si dependían económicamente del causante al momento de su muerte o si son hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez desde 18 de julio de 2019

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

⁵ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben los demás cuando falte alguno de ellos.

TERCERO.- Prescripción: Se tiene que, el FOMAG, dejó de efectuar el pago de la mesada pensional el día 17 de julio de 2019, por haberse cumplido el límite temporal de cinco (05) años fijado inicialmente; que la demanda fue radicada el día 22 de octubre de 2020, es decir, sin que hubiese alcanzado a operar el fenómeno de la prescripción trienal, por lo que se declara no probada.

CUARTO.- Ajuste al valor Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a 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 mesada pensional, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos detracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

QUINTO.- Intereses A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3° del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma

SEXTO.- El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEPTIMO.- Negar las demás pretensiones.

OCTAVO.- No condenar en costas en esta instancia por las razones expuestas en la parte motiva.

NOVENO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). DEVUÉLVASE a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, EXPÍDASE copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Jara

Firmado Por:
Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Adm sección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **c9b3d39c65d8ac630e5893e7cf16f186752a20ec2742ad55cc30d9883cbc953e**

Documento generado en 29/07/2022 04:25:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>