



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).-

Radicado	08-001-33-33-006-2018-00067-00.
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	ELVIRA ISABEL BELEÑO HERNANDEZ.
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Distrito de Barranquilla
Juez (a)	LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ.

I.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por la señora Elvira Isabel Beleño Hernández, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- Distrito de Barranquilla, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES.

2.1.- Demanda.

Para mejor comprensión del asunto, el Despacho compendia los hechos expuestos de la siguiente manera:

-. Se declare la **Nulidad de la Resolución No. 08150 del 17 de agosto del 2017** proferida por la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, mediante la cual le fue negado a la señora Elvira Isabel Beleño Hernández el reconocimiento de pensión de sobreviviente y unas mesadas causadas en calidad de compañera permanente supérstite del señor **Eduardo Rafael Romero Fontalvo**.

-. Como consecuencia a la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de la **pensión post-mortem** en favor de la señora **Elvira Isabel Beleño Hernández**, en calidad de compañera permanente supérstite del señor **Eduardo Rafael Romero Fontalvo**, desde la fecha de su fallecimiento el 30 de octubre de 2013, de conformidad con las normas establecidas y con aplicación al principio de favorabilidad laboral en cuanto al cumplimiento de los requisitos legales que le permitan acceder a dicha prestación.

-. Condenar a las demandadas que, sobre las mesadas adeudadas a la actora se le reconozca y pague la indexación que corresponda de acuerdo con lo establecido por el artículo 187 del C.P.A.C.A. desde que se haya originado la obligación hasta la ejecutoria de la respectiva sentencia.

-. Condenar a pagar a las demandadas los intereses comerciales y moratorios causados conforme lo estimado por el artículo 192 del CPACA y artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respectivamente.

-. Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

2.2.- Hechos:

Para mejor comprensión del asunto, el Despacho resume los hechos expuestos de la siguiente manera:

- 1.- Que el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, nació el 24 de abril de 1967.
- 2.- Que el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo (Q.E.P.D) prestó sus servicios en el sector oficial en el Distrito de Barranquilla como docente por más de 12 años de servicio, desde el 26 de diciembre de 2000 hasta el 30 de octubre de 2013.
- 3.- Que el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, falleció el 26 de octubre de 2013.
- 4.- Que el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo tenía la calidad de Docente, al momento de fallecer había cotizado durante más de doce (12) años y diez (10) meses, lo que indica que había cotizado más de (26) semanas que es el requisito que exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.
- 5.- Que la señora Elvira Isabel Beleño Hernández, convivió con el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, por más de (17) años y dependía económicamente de éste, lo que igualmente indica que cumple lo exigido por el artículo 47 de la ley de 100 de 1993, para la pensión de sobreviviente.
- 6.- Que la señora Elvira Isabel Beleño Hernández con escrito radicado el 8 de junio de 2017, ante la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, solicitó el reconocimiento de la pensión post-mortem, como compañera permanente supérstite y bajo la dependencia económica del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo (Q.E.P.D).
- 7.- Que el FOMAG mediante Resolución No. 08150 del 17 de agosto de 2017, le negó a la demandante el derecho a la pensión de sobreviviente post-mortem, bajo el argumento de no haber cumplido con los años de servicio continuo o discontinuo de vinculación, el cual es de 18 años, lo que pudo corroborarse del certificado de tiempo de servicios, en el que se indica que el docente laboró desde el 26 de diciembre de 2000 hasta el 30 octubre de 2013, para un total de tiempo laborando de 4625 días, que resulta ser menor al tiempo legalmente estipulado de 6480 días.
- 8.- Que la Secretaría Distrital de Educación –FOMAG al expedir el acto administrativo con el que negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente post-mortem a la actora, debió dar aplicación al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que “en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente”.
- 9.- Que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en diferentes providencias ha ordenado a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente post mortem, para lo que cita el proceso de radicación 2011-00060 (2013-00463), en donde a la señora Josefina Torres de Robles, el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia de 29 de noviembre de 2013, proferida por la Magistrada Ponente, Patricia Roció Ceballos Rodríguez, le reconoció la pensión de sobrevivientes.
- 10.- Que la señora Elvira Isabel Beleño Hernández es compañera permanente supérstite del Docente Eduardo Romero Fontalvo y dependía económicamente de él, situación que se demuestra con el hecho que convivían juntos hasta la fecha de su fallecimiento y la tenía afiliada como beneficiaria al sistema de salud del magisterio.

2.3.- Alegatos.

2.3.1. Parte Demandante: Elvira Isabel Beleño Hernández

El apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión a través de escrito de 10 de junio de 2019¹, reiterándose de las pretensiones de la pensión de sobreviviente post mortem en favor de su representada, pero, solicitando se de aplicación al régimen consagrado por los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el requisito de tiempo de servicios corresponde al de las 26 semanas cotizadas y no al criterio de exigir los 18 años de servicio continuos o discontinuos como lo interpretó la administración en el

¹ Fls.260-262.

acto demandado, pues esa exigencia es la que corresponde al requisito prefijado por el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, que no resulta aplicable a este asunto.

En tal sentido, la actora hace énfasis que el beneficiario de la pensión post mortem, en este caso, la compañera permanente del fallecido tiene derecho, a que se le aplique el principio de la condición más beneficiosa, ya que en el curso de proceso se pudo demostrar que la señora Elvira Isabel Beleño Hernández fue la compañera permanente supérstite del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, con el que convivió hasta la fecha de su fallecimiento.

Finalmente indica que, a la solicitud de reconocimiento al ser presentada el 8 de junio de 2017 se le debe aplicar la figura de la prescripción trienal, a partir del 8 de junio de 2014.

2.3.2. Parte Demandada: Nación –Ministerio De Educación Nacional –FOMAG.

No presento alegatos de conclusión.

2.4.- Concepto Del Ministerio Público

La delegada del Ministerio Publico ante este Despacho no rindió concepto en este asunto.

2.5.- Actuación Procesal

La demanda fue presentada el 6 de febrero de 2018², siendo asignada a este estrado judicial, quien la admitió a través de providencia de 16 de abril de 2018³.

Notificado el auto admisorio en debida forma a las demandadas, se tiene que, el Distrito de Barranquilla contestó la demanda en escrito del 8 de octubre de 2018, al que fue adosada la documentación relacionada con los antecedentes administrativos del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo⁴. Por su parte, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó su contestación de demandada de manera extemporánea, a través de memorial de 2 de noviembre de 2018⁵ razón por la que no fue tenida en cuenta por el Despacho, pues así se confirmó al momento de pronunciarse de las excepciones previas en la audiencia inicial.

Surtido el trámite de las excepciones con su correspondiente traslado de 1 de noviembre de 2018⁶, fue señalada fecha y hora para el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. a través de proveído de 26 de noviembre de 2018⁷.

La audiencia inicial se llevó a cabo el 28 de marzo de 2019⁸, mientras que la audiencia de pruebas se surtió el 7 de junio de 2019. Precluido el periodo probatorio se ordenó la presentación por escrito de los alegatos, término que fue aprovechado por el demandante a través de memorial de 10 de junio de 2019⁹ y por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien lo describió a través de actuación de 19 de junio de 2019¹⁰.

Fenecida la oportunidad para presentar alegatos, la Secretaría hizo ingreso del expediente al Despacho, para dictar la sentencia que en derecho corresponda.

2.6.- Control de legalidad.

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar la sentencia correspondiente.

² Fls 34

³ Fls.36-37.

⁴ Fls.59-211.

⁵ Fls.224-235.

⁶ Fls 222-223.

⁷ Fls 237.

⁸ Fls 250-252.

⁹ Fls 260-262.

¹⁰ Fls 263-265.

III.- CONSIDERACIONES.

3.1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico se contrae en determinar si debe declararse o no la nulidad de la Resolución No. 08150 de 2017 y en consecuencia, si se debe o no ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente post mortem en favor de la señora Elvira Isabel Beleño Hernández en calidad de cónyuge supérstite del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, con todos los factores salariales devengados por éste último durante el último año de servicios, con el retroactivo correspondiente, incluyendo las mesadas adicionales y los incrementos anuales de Ley, de conformidad con la Ley 91 de 1989, Decreto 3752 de 2003, Ley 12 de 1975, Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989.

3.2.- Tesis.

El Despacho sostendrá la tesis que en el presente asunto, pese a que se encuentre probado que el docente fallecido no alcanzó a cumplir con el tiempo de vinculación al magisterio, - estimado en 18 años de servicio continuo o discontinuo conforme lo previene el Decreto de 224 de 1972-, es procedente reconocerle a su compañera permanente la pensión de sobreviviente, de corroborarse el cumplimiento de los requisitos consagrados por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, teniendo por soporte jurídico de tal decisión, la observancia del principio de legislación más favorable que se evidencia de las normas contenidas en el régimen general, frente al régimen especial al que pertenecen los docentes oficiales.

3.3.- Marco Normativo.

- **Decreto 224 de 1972.**

- 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.)¹¹

- **Ley 100 de 1993.**

- Artículo 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.

¹¹ El texto de la norma original colocada dentro del paréntesis fueron apartes tachados o derogados tácitamente por virtud de los dispuesto en los artículos 1, 2, 4 de la Ley 33 de 1973. Corte Constitucional. Sentencia C-480 de 1998.

- Artículo 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 supérstite. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;
- 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 de 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.”

- Artículo 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 aquel 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.

- De acuerdo con la anterior normatividad, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte y, b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

3.4. Marco jurisprudencial.

3.4.1. Aplicación del principio de favorabilidad en la aplicación de normas que rigen el reconocimiento de las pensiones de sobreviviente y post mortem de docentes oficiales.¹²

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿Los beneficiarios de un docente que falleció, tienen derecho a la aplicación del régimen general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en aplicación al principio de favorabilidad?

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “a”, Bogotá D.C., 23 de febrero de 2017. Expediente: 23001 23 33 000 2013 00001 01 (1166 2014). Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Gloria Luz Martínez Benítez, Huber Ernesto Bedoya Martínez y José Paul Bedoya Martínez. Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Ley 1437 de 2011

La Subsección adoptará la siguiente tesis: En virtud del principio de favorabilidad es procedente la aplicación del régimen general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, aunque los docentes estén cobijados por un régimen especial, como a continuación se argumentará:

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que determine la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral (régimen general), en lo que relacionado con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

«[...] Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto 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 que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte 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. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades. [...]» (Se subraya).

En este punto es relevante aclarar que, si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; en cambio la pensión de sobreviviente es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.¹³

(...) Igualmente, se encuentra probado que el señor Huber Ernesto Bedoya Vellojín, falleció el 7 de noviembre de 2009.¹⁴

De lo anterior, es evidente que el señor Bedoya Vellojín (q.e.p.d.) no alcanzó a laborar al servicio docente como mínimo 18 años, como lo exige el Decreto 224 de 1972 (régimen especial); por lo tanto, los demandantes, como beneficiarios del docente fallecido, no cumplen con el requisito para acceder a la pensión post mortem, prevista en dicha norma.

¹³ Sentencia T-564 de 2015.

¹⁴ Según certificado de registro civil de defunción visible a folios 19 y 75.

No obstante, sí cumplen con los requisitos exigidos por el régimen general contemplado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues el docente Bedoya Vellojín (q.e.p.d.), al momento de su muerte cotizaba al sistema y contaba con más de 26 semanas.

Bajo estos supuestos, se observa que los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente resultan ser menos exigentes que los determinados por el Decreto Ley 224 de 1972; por lo tanto, a los demandantes le son más favorables las normas contenidas en el régimen general, que en el especial.

Previamente el Consejo de Estado manifestó:

“(…) sí, el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos previsto en el Decreto 224 de 1972, consagra el derecho a la pensión post mortem pero sólo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973. De la lectura de los dos regímenes expuestos, se observa que aunque la prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza y previsión, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, 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 más beneficiosa al requerirse para su obtención tan solo 26 semanas de cotización. 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 debe conducir a confirmar la decisión adoptada por el a quo, que accedió a las pretensiones de la demanda. (...)”¹⁵

De las anteriores sentencias, se tiene que, en la década de los ochenta a los sistemas de seguridad se les comenzó a exigir mayor eficacia y mayor grado de solidaridad, con el fin de permitir una incorporación masiva de los ciudadanos a la protección, ante la apertura del mercado. Fue así como emergió un nuevo escenario en el que apareció la Ley 100 de 1993.

De ahí que, desde abril de 1994, empezó a regir esta ley en el contexto nacional y, en consecuencia, se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, conformado por el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, y por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y subsidio familiar.

Es importante recordar que, en virtud del artículo 279 de la citada ley, no se extiende su campo de aplicación a los miembros de las fuerzas militares, ni al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas, como tampoco a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros.

¹⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00515-01(0667-10). Actor: ALIX JEOVANA MUÑOZ BRAVO. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Ver también Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 19001233100020030002401 (17492010), May.26/16. (C.P. Gabriel Valbuena Hernández).

Al respecto, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tal como lo establece su artículo 3° es una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, para lo cual el Gobierno debe suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Pero también la Ley 115 de 1994 o Ley General de la Educación, en su artículo 115, reiteró que el régimen prestacional de los educadores estatales es el previsto en la mencionada Ley 91 de 1989, al igual que en la Ley 60 de 1993. Así las cosas, la alta corporación recordó que para los docentes en materia pensional no existe un régimen especial; sin embargo, sí figuran legalmente como especiales derechos prestacionales tales como la pensión gracia y la pensión *post mortem*.

Fue así como en el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 se consagró el derecho que le asiste a los beneficiarios del fallecido al reconocimiento de la pensión *post mortem*, aunque este no haya cumplido con el requisito de la edad en el momento de su muerte para la obtención de la pensión de jubilación, pues solo basta para hacerse acreedor a la misma que el causante hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o discontinuos.

En efecto, tanto su cónyuge como sus hijos menores tienen derecho a que la respectiva entidad de previsión les pague esta pensión en el equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte, sin límite temporal para el disfrute de la misma.

De acuerdo con todo lo anterior, el alto tribunal concluyó que aunque la pensión *post mortem* y la de sobrevivientes comparten la misma naturaleza y previsión, existe una diferencia manifiesta entre ellas, que se evidencia en que para tener derecho a la primera el Decreto 224 de 1972 determina como requisito la prestación del servicio por parte del docente por más de 18 años. Y para acceder a la segunda, la Ley 100 de 1993 exige tan sólo 26 semanas de cotización.

En el evento en que ambas concurren es la *post mortem* la que debe ser reconocida a los beneficiarios, en aplicación de los principios de favorabilidad y de igualdad, conforme lo viene sosteniendo el Consejo de Estado.

No se debe olvidar que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido - normalmente al cónyuge supérstite o al compañero o compañera permanente y por supuesto a sus hijos-, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento en forma tal que su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante, es decir, que ésta responde a la necesidad de mantener para los beneficiarios al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del trabajador o del pensionado fallecido, derecho que al desconocerse puede significar la reducción de los mismos a un estado total de desprotección y desamparo, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales.

3.4.- Caso Concreto.

3.4.1. Hechos Probados.

En este juicio se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

1. De la copia de la **Resolución No. 08150 del 17 de agosto de 2017**, proferida por la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla, se probó que a la actora se le negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por no cumplir el afiliado el requisito del tiempo de servicio mínimo para acceder su beneficiaria a la prestación. (Folios. 17-18).
2. De la copia de la solicitud de 8 de junio de 2017, se probó que la actora por conducto de apoderado judicial pidió el reconocimiento de la pensión de jubilación *post mortem* como beneficiaria del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, solicitando

la aplicación de lo establecido por la Ley 12 de 1975, Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989. (Folios.20-21).

3. A partir de la copia del Registro Civil de Defunción del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, se acredita que falleció en la ciudad de Barranquilla, el 30 de octubre de 2013. (Folio. 22).
4. De las fotocopias de las cédulas de ciudadanía adosadas con la demanda, se acredita las respectivas identidades del afiliado fallecido y de su pretendida beneficiaria pensional. (Fls.23-24).
5. Del contenido de la copia del Acta de Declaración Jurada extra juicio, rendida por la señora Elvira Isabel Beleño Hernández (demandante), de 6 de abril de 2017 llevada a cabo ante la Notaría 8 del Círculo de Barranquilla, se acredita la convivencia que la demandante sostuvo como compañera permanente del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo en la residencia ubicada en la Carrera 18 No.45F-40 del Barrio San José de Barranquilla, desde el 21 de julio de 1996, hasta la fecha de la muerte de éste último, en calenda 30 de octubre de 2013. (Fl.27).
6. Del tenor de las Actas de Declaración Jurada extra juicio, rendidas por los señores: Namaris Elena León Gutiérrez, Marilyn Albor Escobar y Carlos Manuel Cuentas Rico, de calendas 5 y 6 de abril de 2017, surtidas ante la Notaría 8 del Círculo de Barranquilla, se corrobora que los señores Eduardo Rafael Romero Fontalvo y Elvira Isabel Beleño Hernández, conformaron una unión marital de hecho, ya que convivieron como compañeros permanentes en la residencia ubicada en la Carrera 18 No.45F-40 del Barrio San José de Barranquilla, desde 21 de julio de 1996, hasta la fecha de la muerte de aquel, el 30 de octubre de 2013. (Fls.27-29).
7. Del certificado salarial consecutivo No.17079 expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se demuestran cuáles fueron los factores salariales devengados por el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo el año anterior a la fecha de su muerte, es decir, entre los años 2012 y 2013, los cuales correspondieron a los siguientes: Asignación Básica (Sueldo), Prima de Navidad, Prima de Vacaciones Docentes y Horas Extras. (Folios 30-31).
8. El Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral de 24 de abril de 2017, se probó que el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, prestó sus servicios como docente, desde el 1º de enero de 2001, hasta el 30 de octubre de 2013, es decir, durante 12 años y 10 meses. (Folios 32-33).
9. De los antecedentes administrativos del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, pudieron ser verificados aspectos relacionados a su vinculación, estudios académicos, salarios, pago de prestaciones y demás actuaciones de la Administración Distrital. (Folios 84-221).
10. El alcance de los testimonios rendidos por los señores Marilyn Albor Escobar y Carlos Cuentas Rico en la audiencia de pruebas surtida en la mañana del 7 de junio de 2019, el Despacho pudo verificar, los siguientes aspectos:
 - a) El señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo convivió con la señora Elvira Isabel Beleño Hernández, al menos, los últimos 10 años, hasta el momento de su fallecimiento;
 - b) La demandante y su compañero permanente se residenciaban en el Barrio San José de Barranquilla, en la Calle 38;
 - c) Al momento de su fallecimiento, el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo no sostenía relación de compañera permanente distinta a la que desde el 1996 venía teniendo con la señora Elvira Isabel Beleño Hernández;

- d) Durante el tiempo en que mantuvo la unión marital de hecho, el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo no dejó de convivir con la señora Elvira Isabel Beleño Hernández;
- e) De la unión marital de hecho generada por la convivencia de la demandante con el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, no hubo hijos;
- f) La demandante mantuvo una dependencia económica del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, quien con los ingresos obtenidos por su actividad como docente, era quien subvenía las necesidades del hogar.
- g) Con las atestaciones plasmadas en las declaraciones extra juicio que rindieron ante la Notaría 8 del Círculo de Barranquilla, en diligencia de 6 de abril de 2017, se pudo corroborar el conocimiento que los señores Marilyn Albor Escobar y Carlos Cuentas Rico tenían de la convivencia de la demandante con el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo. (Folio 258).
- h) Las declaraciones extra procesales y las surtidas al interior de este asunto, terminaron confirmando la relación marital que los señores Eduardo Rafael Romero Fontalvo y Elvira Isabel Beleño Hernández, sostuvieron desde el año de 1996, pues para el 15 de diciembre de 2008, manifestaron ante la Notaría Octava del Círculo de Barranquilla, que desde hacía 13 años estaban conviviendo bajo el mismo techo, conformando unión marital de hecho. (Fl.126).
- i) A partir del Derecho de Petición radicado bajo el No.PQR12688 de 26 de abril de 2014 y del cual fue proferida respuesta el 12 de mayo de 2014 por la Secretaría Distrital de Educación, se pudo establecer que el finado Eduardo Rafael Romero Fontalvo, tuvo un hijo de nombre Eduardo José Romero Herrera, fruto de una relación marital de hecho que sostuvo desde el mayo de 1985 a agosto de 1993 con la señora Dianny Herrera Rodríguez. (Fls. 160-161, 162, 171-173).

3.4.2.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

La parte demandante en sus pretensiones solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 08150 del 17 de agosto de 2017 y en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a que tendría derecho dada su calidad de compañera permanente del señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo, pretensión a la que aspira le sea reconocida con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el finado durante el último año de servicios, con el reconocimiento y pago del retroactivo correspondiente, incluyendo las mesadas adicionales y los incrementos anuales de Ley, de conformidad con los artículos 46, 47, 73 y 74 de la Ley 100 de 1993, artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 y Ley 717 del 24 de diciembre 2001.

Conforme el marco normativo y jurisprudencial reseñado, se tiene que, de aplicarse al presente asunto la Ley 224 de 1977 y el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, se tendría que las pretensiones de la demanda no se abrirían paso, toda vez que, si bien es cierto que se encuentra demostrado en el expediente que el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo acumuló aportes a pensión por un tiempo de 12 años 10 meses y 00 días, no es menos cierto que ese tiempo resulta ser insuficiente para tener por cumplido el requisito de los 18 años de cotización aludido por esa legislación. Sin embargo, de aplicarse por favorabilidad los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, otro es el horizonte de las aspiraciones de la compañera permanente, ya que se encuentra demostrado en el proceso, a partir de la misma resolución demandada que convivió con el docente Eduardo Romero bajo unión marital de hecho por un tiempo no menor de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte el 30 de octubre de 2013, como también existen pruebas contundentes que acreditan que el señor Eduardo Rafael Romero Fontalvo laboró al servicio del magisterio,

un total de 4625 días, lo que presupone que cotizó un número de semanas superior al mínimo de 26, que para el reconocimiento de la pensión a su beneficiaria exige la Ley 100/93, con anterioridad a la muerte del docente.

En este caso, de hacer prevalecer el régimen especial contenido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la Ley 100 de 1993 que consagra como principios rectores precisamente la universalidad y la solidaridad, sería tanto como generar 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 en este caso se encuentran encaminadas dentro del marco constitucional vigente a mitigar los efectos de la desprotección del compañero o compañera que dedicó parte de su vida a velar por el bienestar y atención de su pareja, sin tener otra forma de solventar sus necesidades básicas, las mismas, que en vida eran sorteadas por el docente afiliado al magisterio.

Ahora, no sobra precisar que 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.

Se concluye de todo lo expuesto que esta judicatura avizora que la nulidad predicada de la Resolución No. 08150 del 17 de agosto 2017, está llamada a prosperar, como quiera que al haber sido expedida sin observar en la aplicación de normas, la más favorable para los intereses de la demanda, termina incursionando en una trasgresión de las normas en que debía fundarse.

Ahora bien, en lo que respecta a los factores salariales llamados a integrar el índice base de liquidación de la pensión post-mortem de la actora, son aquellos sobre los cuales el causante realizó aportes a seguridad social en pensión durante el último año de servicios anterior al fallecimiento, ello en aplicación de la regla jurisprudencial definida por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de abril 25 del año en curso, la cual resulta vinculante y obligatoria para resolver asuntos relacionados con el índice base de liquidación de las pensiones de los docentes oficiales, ello de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-816 de 2011. Estableciéndose que:

“72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*
- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres, Los factores que se deben incluir en el*

ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”.

Como viene de verse, es posible entender meridianamente que la lista de factores salariales establecida en la Ley 62 de 1985, *contrario sensu*, a lo expuesto en Sentencias de Unificación calendadas 04 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, deja de ser meramente enunciativa y se constituye en taxativa y de imperativa observancia lo cual impide la inclusión de otros conceptos devengados por el docente, durante el último año de prestación del servicio, para efectos de calcular el monto de la pensión:

Igualmente, debe precisarse que la mesada y el retroactivo pensional, una vez calculado deberá ser indexado conforme a la siguiente formula:

$$R = \frac{RH \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma liquidada en favor del demandante por concepto de retroactivo pensional, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, dividido por el índice inicial de precios vigente al 30 de octubre de 2013, fecha en que se causó el derecho.

Por último, en lo que respecta a la excepción de prescripción, debe decirse que, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con los artículos 488 y 489 del C.S. del T., contemplan la prescripción de los derechos laborales y prestacionales por el término de tres (3) años, así mismo indican que el reclamo escrito interrumpe la prescripción por un lapso igual.

Revisado el expediente, se aprecia que el derecho a la pensión de sobreviviente se hizo exigible desde el 31 de octubre de 2013, por lo que la actora contaba hasta el día 31 de octubre de 2016 para reclamarlos; atendiendo al hecho de que fue presentada solicitud en tal sentido el 8 de junio de 2017 y que la demanda se radicó el 5 de febrero de 2017, es claro que había operado la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 8 de junio de 2017, razón por la que el retroactivo pensional a reconocer corresponderá a las mesadas causadas desde esta última fecha, por lo que deberá declararse probada de oficio la excepción en comento.

IV.- COSTAS.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida teniendo en cuenta que no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o deslealtad, conforme al artículo 188 CPACA.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

V- FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la **Resolución No. 08150 del 17 de agosto del 2017** proferida por la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, a través del cual fue negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en favor de la señora **ELVIRA ISABEL BELEÑO HERNÁNDEZ**, por las razones de precedencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente

en favor de la señora **ELVIRA ISABEL BELEÑO HERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No.32.715.311 de Barranquilla, de conformidad con el *artículo 46 de la Ley 100 de 1993*, equivalente al 75% de los factores salariales que constituyeron la asignación mensual devengada por el señor **Eduardo Rafael Romero Fontalvo**, durante el último año de servicios, esto es entre el **01 de enero al 30 de diciembre de 2012**, que sirvieron de base de cotización en pensión conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta fallo.

TERCERO: DECLARAR probada de oficio la “excepción de prescripción”, de las mesadas causadas con anterioridad al 8 de junio de 2017, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del CAPACA dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

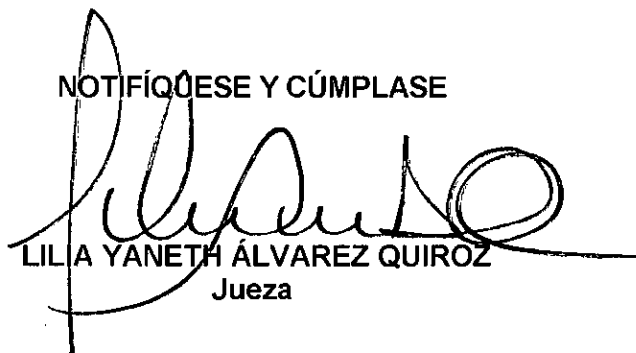
SEXTO: DÉSELE cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del CPACA

OCTAVO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOVENO: EXPÍDASE las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/JFMP

