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

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, 18 de diciembre de 2019.

Radicado	08-001-33-33-007-2015-00556-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	**DENIS ENA ALEMÁN PORTILLO**
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Juez (a)	**LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ**

1.- Pronunciamiento.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por la señora Denis Ena Alemán Portillo, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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:

2.- Antecedentes.
2.1.- Pretensiones.

Se sintetizan de la siguiente manera:

1.- Se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, por medio del cual fue negada la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por la señora Denis Ena Alemán Portillo, en condición de cónyuge del finado Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor de la demandante, desde la fecha de la muerte del causante y los incrementos anuales de Ley.

3.- Condenar al pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas reconocidas.

4.- 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.- El señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez, laboró con la Secretaría de Educación del Atlántico en planteles oficiales durante el tiempo de 04 años, 11 meses y 21 días, hasta que se produjo su fallecimiento.

2.- El señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez falleció el día 18 de diciembre de 2005.

3.- La señora Denis Alemán Portillo contrajo matrimonio con el señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez el 27 de febrero de 1897.

4.- El 02 de septiembre de 2014, la demandante presentó ante la Secretaría de Educación –FOMAG, solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente, solicitud que hasta la fecha de presentación de la demanda no había sido resuelta, configurándose el silencio administrativo negativo.

2.3.- Concepto de Violación

El apoderado de la parte actora, lo hizo consistir en lo siguiente:

Constitucionales: artículos 2, 6, 13, 23, 46, 48, 53, 86 y 209
Legales: Ley 64 de 1947; Decreto 434 de 1971; Ley 44 de 1977; Ley 71 de 1988; Ley 33 de 1973; Ley 12 de 1975; Ley 91 de 1989; Ley 115 de 1994; Ley 33 de 1985 y Ley 100 de 1993.

Arguye la parte actora que, el acto administrativo ficto negativo demandado trasgredió las normas relacionadas en precedencia, teniendo en cuenta que al no reconocer la pensión de sobreviviente en favor de la demandante desconoció la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, configurándose una extralimitación de la autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones al proferir un acto sin sujeción jurídica de las disposiciones legales que regulan la materia.

Sostiene que, en el presente asunto debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que el finado se encontraba afiliado al sistema de seguridad social y tenía acumuladas más de 26 semanas, por lo que en su sentir, debe ser aplicado el principio de favorabilidad.

2.4.- Contestación

2.4.1.- Nación –Ministerio De Educación Nacional –Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

La entidad demandada, dentro de la oportunidad procesal, descorrió el traslado de la demanda, manifestando que se opone a la prosperidad de las pretensiones toda vez que, las mismas no están ajustadas a derecho, dado que la Secretaría de Educación con base en las normas pertinentes y aplicables, señaló que la pensión de sobreviviente solicitada no es viable jurídicamente que se reconozca a la demandante.

Señala que, la pensión de sobreviviente es un concepto remunerativo para particulares definido y regulado a través de la Ley 100 de 1993 y sus normas modificatorias, la cual se causa con ocasión del fallecimiento del pensionado por vejez, invalidez o riesgo común o al fallecimiento del afiliado al régimen de capitalización individual con solidaridad previo cumplimiento de determinados requisitos establecidos en el artículo 46 de la citada Ley y su modificación Ley 797 de 2003.

Manifiesta que la pensión post-mortem para docentes fue creada y definida por el Gobierno Nacional a través del Decreto 224 de 1972, como una compensación a la labor de los docentes que se encuentren en las siguientes condiciones: i) que al momento de su muerte no hayan completado la edad para ser beneficiarios de la pensión; ii) que se hubieran desempeñado como profesores en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o

discontinuos; iii) que sobreviva su cónyuge, o los hijos menores, mientras no cumplan la mayoría de edad. De todas maneras, la pensión en ningún caso puede exceder el plazo de cinco años ni es compatible con la pensión de jubilación.

Señala que para el caso particular la sustitución pensional es un derecho que ostentan los beneficiarios a los docentes cuando ha fallecido un docente pensionado o con derecho a la pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, los hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez, los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado o empleado fallecido, razón por la cual les asiste el derecho a la sustitución pensional y su reconocimiento se hace efectivo a partir del día siguiente del fallecimiento. Así mismo, las normas aplicables a esta prestación económica para afiliados a éste régimen especial, se encuentran contempladas en el Decreto 3135 de 1958, el Decreto 1848 de 1969, Ley 33 de 1973, Decreto 1160 de 1989, Ley 44 de 1980 y Ley 71 de 1988.

En este sentido, anota que no puede considerar la aplicación referente de la Ley 100 de 1993, para obtener una pensión de sobreviviente, por cuanto la citada Ley contempla en su artículo 279 la exclusión a los miembros del Magisterio.

Asimismo, arguye que el acto administrativo acusado no viola las disposiciones invocadas por la actora y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse, razones por la que no hay lugar a acceder a la pensión de sobreviviente soportadas en el Decreto 224 de 1972 el cual establece el término de 18 de años de servicios continuos o discontinuos, los cuales no cumplió el finado.

Por último, propuso las excepciones de Inexistencia de obligación pensional por aplicación del régimen exceptuado, prescripción, pago de lo no debido, buena fe y la genérica o innominada.

2.5.- Actuación Procesal

La demanda fue presentada el día 13 de abril de 2015, siendo admitida en auto de 14 de febrero de 2017, mediante el cual se dispuso notificar personalmente a las partes y al Ministerio Público, corriendo traslado en los términos de los artículos 172 y 199 del CPACA y 612 del CGP, actuación surtida en debida forma el día 08 de mayo de 2017.

Vencido el término de traslado de la demanda de que trata el artículo 199 CPACA y 612 del CGP, se corrió traslado de las excepciones planteadas por la parte demandada a través de fijación en lista adiada 20 de septiembre de 2017.

Seguidamente, vencido el termino de traslado de las excepciones, se dictó auto de 13 de diciembre de 2017, fijando el día 08 de febrero de 2017 a las 10:30 a.m. como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, diligencia en la cual se realizó el control de legalidad, se decidió sobre las excepciones previas propuestas, fue fijado el litigio conforme a los hechos de la demanda y la contestación de la misma y se tuvieron como pruebas los documentos aportados por las partes, prescindiéndose de la audiencia de pruebas contenida en el artículo 181 CPACA, por considerarse innecesaria, disponiéndose sobre la presentación de los alegatos de conclusión a través de proveído de 29 de agosto de 2019, otorgando a las partes el término de 10 días para tales efectos, el cual se encuentra vencido.

2.6.- Alegaciones

Las partes alegaron de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación, respectivamente.

2.7.- Concepto Del Ministerio Público

En esta oportunidad, el ministerio público no rindió concepto

3.- Control de legalidad.

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

4.- Consideraciones.

4.1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico se contrae en determinar si debe declararse o no la nulidad del acto ficto negativo por medio del cual fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en favor de la demandante y en consecuencia, si se debe o no ordenar el reconocimiento y pago de esa prestación en favor de la actora en calidad de cónyuge supérstite del señor Mario De La Cruz Pacheco Bohorquez, 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 la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de favorabilidad.

4.2.- Tesis.

El Despacho sostendrá la tesis de que en el presente asunto se encuentra probado que la demandante tiene derecho a percibir una pensión de sobreviviente conforme a las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en aplicación del principio de favorabilidad.

3.- Marco Normativo y Jurisprudencial

Sea lo primero indicar que, la Ley 91 de 1989 *"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 Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa"*, estableció en su artículo 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 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1°. 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 1° 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 esa manera, los docentes nacionales y los que se vincularan a partir del 1° de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, tales como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y los que a futuro se expidieran. Igualmente, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Por otro lado, el artículo 7° de la Ley 224 de 1972 contempla la pensión post-mortem para los beneficiarios de los docentes que fallecieran sin cumplir los requisitos para el disfrute de una pensión de jubilación, así:

> *"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."*

Nótese que el precepto normativo en cita establece como requisitos para acceder a la pensión post mortem que: i) el docente fallecido se haya desempeñado durante 18 años al servicio de la docencia oficial; y ii) tener la condición de cónyuge o hijo menor de edad del causante.

Acreditadas esas condiciones, la pensión se reconoce en un 75% de la asignación mensual señalada 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.

Así pues, puede afirmarse que la Ley 224 de 1977 es clara al señalar los requisitos para acceder a la pensión post-mortem de los beneficiarios del docente afiliado al FOMAG con anterioridad al 26 de junio de 2003 que lograre acreditar un mínimo de 18 años de servicios.

No obstante, es posible dar aplicación a las normas que sobre pensiones de sobreviviente y sustitución pensional consagra el régimen general de seguridad social en pensión contenido en la Ley 100 de 1993 respecto de los beneficiarios del docente fallecido que no logró acumular el tiempo de servicio requerido en las normas especiales antes enunciadas para que su núcleo familiar logre el disfrute de esa prestación, en aplicación del principio de favorabilidad.

En ese sentido, el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 consagra en su artículo 46 la misma prestación pensional por sobrevivencia, cuyos requisitos resultan ser más favorables, teniendo en cuenta que señala:

> *"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*
>
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.".

Nótese que los requisitos contemplados en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 resultan ser más favorables en lo atinente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que aquellos contemplados en la Ley 224 de 1977, ello teniendo en cuenta que además de la muerte del afiliado al sistema, exige un mínimo de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que ascienden a 50 semanas, dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del causante.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia de 05 de diciembre de 2013[1]:

En relación con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la citada prestación pensional, debe decirse que el artículo 46 ibídem, además de la muerte del afiliado al sistema, como resulta obvio, exige un mínimo de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que ascienden a 50 semanas, dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del causante.

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 establecidos por el Decreto Ley 224 de 1972, en concordancia con la Ley 33 de 1973, en tanto sólo se requiere haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la muerte del afiliado, en contraste a los 18 años de servicios que se exigen en el régimen especial aplicable a los docentes.

En este punto, estima la Sala que si bien el régimen especial aplicable a los docentes y el régimen general de pensiones, son regímenes diversos, con reglas jurídicas propias, debe decirse que tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Corporación han admitido la posibilidad de que a los beneficiarios de un régimen especial le sean aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas resulten más favorables a sus pretensiones.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 12 de octubre de 2005, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, sostuvo que:

"Por las razones anteriores 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 cobija. 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 Carta.".

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda –Subsección "B". C.P. Gerardo Arenas Monsalve Radicado NO. 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12).

Sobre este mismo punto, el Despacho que sustancia la presente causa en sentencia de 27 de agosto de 2009. Rad. 0241-2007, precisó que:

"Ahora, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección, en casos similares al que se juzga en este proceso2, a las excepciones 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 los artículo 46 y 48 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas por muerte en situaciones especiales a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en el ordenamiento que rige la materia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por la entidad demandada, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial. "

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.

Bajo estos supuestos, y descendiendo al caso concreto, se observa que conforme a lo dispuesto por los artículo 7 del Decreto Ley 224 de 1972 y 1 de la Ley 33 de 1973 el señor Hugo Gurrero Cáceres, en su condición de compañero supérstite de la señora María Rosalba Benjumea de Marín, no tiene derecho al reconocimiento de una prestación pensional de sobreviviente, toda vez que la causante no laboró los 18 años exigidos por las disposiciones en cita.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la aplicación del régimen especial previsto para los docentes en el caso concreto, Decreto Ley 224 de 1972 y Ley 33 de 1973, da lugar a un trato desfavorable a las pretensiones del demandante la Sala, estima acertada la decisión del Tribunal en cuanto por vía de excepción aplicó las disposiciones prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, las cuales resultan más beneficiosas a su situación particular, en cuanto logra satisfacer los requisitos exigidos por el citado artículo 46." (Negrillas nuestras)

5.- Caso Concreto.

5.1.- Hechos Probados

Se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

1.- Que el señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez contrajo matrimonio con la señora Denis Ena Alemán Portillo el 27 de febrero de 1987, conforme al Registro Civil de Matrimonio con Indicativo Serial No. 04744908. (Folio 15)

2.- Que el señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez falleció el 18 de diciembre de 2005, conforme al Registro Civil de Defunción con Indicativo Serial No. 5663936. (Folio 17)

3.- Que el señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez prestó sus servicios como docente oficial afiliado al FOMAG desde el 28 de diciembre de 2000 hasta el día 18 de diciembre de 2005, para un total de tiempo de servicio de 4 años, 11 meses y 20 días, conforme al Certificado de Historial Laboral expedido por la FIDUPREVISORA S.A. (Folios 26-27)

3.- La demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente el día 09 de septiembre de 2014. (Folios 18-23)

5.2.- Análisis Crítico De Las Pruebas Frente Al Marco Jurídico

La parte demandante en sus pretensiones solicita que se declare la nulidad del acto ficto negativo producto de la reclamación administrativa presentada el día 09 de septiembre de 2014 y en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en su favor en calidad de cónyuge supérstite del señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez, conforme a las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en aplicación del principio de favorabilidad.

Por su parte, la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fomag se opone a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto en su sentir, a la demandante no le asiste derecho a la pensión pretendida, comoquiera que no se cumplen los requisitos señalados en la Ley 224 de 1972 para el reconocimiento de la pensión post-mortem.

Conforme a lo aducido en el marco normativo y jurisprudencial del presente proveído, se tiene que, la pensión post-mortem debe ser reconocida a los beneficiarios del docente afiliado al FOMAG con anterioridad al 26 de junio de 2003, que al momento de su fallecimiento hubiere acreditado un mínimo de 18 años de servicios en el sector oficial sean continuos o discontinuos, lo que da derecho a percibir una mesada en un 75% de la asignación mensual señalada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su deceso.

No obstante, en aquellos casos en que el docente no haya logrado alcanzar el tiempo de servicio contemplado en la Ley 224 de 1972, es posible aplicar las disposiciones contenidas en el régimen general de seguridad social en pensión contempladas en la ley 100 de 1993, cuyo artículo 46 establece como requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, además de la muerte, que el afiliado haya cotizado un mínimo de 52 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento, por lo que los requisitos allí contemplados resultan más favorables.

Descendiendo al caso concreto se encuentra acreditado que el señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez realizó aportes a pensión en razón de 4 años 11 meses y 20 días, como docente oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que es claro que el *de cujus* no alcanzó el requisito mínimo de servicios cotizados para que la señora Denis Alemán Portillo en calidad de cónyuge supérstite percibiera la pensión post-mortem señalada en el artículo 7 de la Ley 224 de 1972.

Sin embargo, tal y como se ha sostenido a lo largo del plenario es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, cuando la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común contemplado en ese cuerpo normativo, situación que 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.

Así pues, avizora esta Judicatura que antes de la muerte del docente Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez cotizó en el FOMAG más de las 52 semanas requeridas por el régimen general de pensiones, cumpliendo así los requisitos señalados en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, situación que torna a todas luces procedente el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de sobreviviente en favor de la señora Denis Alemán Portillo, ello en aplicación del principio de favorabilidad.

En atención a lo anterior, esta Agencia Judicial encuentra que la nulidad predicada del acto administrativo ficto negativo producto de la reclamación presentada el día 09 de septiembre de 2014 está llamada a prosperar, cuandoquiera que la misma infringe las normas en que debía fundarse y trasgrede las garantías y prerrogativas constitucionales expresadas en el concepto de violación de la presente demanda.

Corolario de lo anterior, para este Despacho Judicial no queda duda de que la demandante tiene derecho de percibir una pensión de sobreviviente en forma vitalicia, por cumplir los requisitos señalados en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, liquidada conforme al artículo 48 de esa Ley y con fecha de efectividad de 18 de diciembre de 2005, momento en el que se produjo la muerte del señor Mario De La Cruz Pacheco Bohórquez.

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

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

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 24 de febrero 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 18 de diciembre de 2005, por lo que la actora tenía hasta el día 18 de diciembre de 2018 para reclamarlos. Atendiendo al hecho de que fue presentada solicitud en tal sentido el día 09 de septiembre de 2014, el Despacho cuenta tres años hacia atrás y concluye que es claro que había operado la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 09 de septiembre de 2011, razón por la que el retroactivo pensional a reconocer corresponderá a las mesadas causadas desde dicha fecha, por lo que deberá declararse probada de oficio la excepción en comento.

6.- Costas

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto 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 en deslealtad, conforme al artículo 188 CPACA.

7.- Decisión

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

7.1.- FALLA

PRIMERO: DECLÀRESE la nulidad acto ficto negativo producto de la reclamación administrativa presentada el día 09 de septiembre de 2014, a través del cual se denegó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en favor de la señora Denis Ena Alemán Portillo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente en forma vitalicia en favor de la señora **DENIS ENA ALEMÁN PORTILLO** identificada con cédula de ciudadanía No. 32.631.395 de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y liquidada en la forma prevista en el artículo 48 de la misma Ley, efectiva a partir del 18 de diciembre de 2005 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: **DECLÁRENSE** probada de oficio la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 09 de septiembre de 2011, 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: DENIÉGUENSE 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.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

ACO