



152

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 152383339752-2015-00160-00
DEMANDANTE: PEDRO JOSÉ LEAL NIÑO
DEMANDADO: NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN - FNPSM

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho proferir¹ sentencia en primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor Pedro JOSÉ LEAL NIÑO y EDUARD CAMILO LEAL CRISTANCHO, por intermedio de apoderada judicial, solicitan se declare la nulidad de la Resolución No. 002145 del 04 de abril de 2014, proferida por el Secretario de Educación de Boyacá en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que les negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en su condición de compañero permanente e hijo, de la causante RUBIELA CRISTANCHO MEJÍA (q.e.p.d).

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar la pensión de sobrevivientes conforme lo ordena la Ley 100 de 1993 y 797 de 2004, con efectos fiscales a partir del 10 de julio de 2011, fecha de fallecimiento de la causante, junto con la indexación correspondiente prevista en el artículo 187 del CPACA y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del Art. 192 *Idem*

3. HECHOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (fs. 3-5):

Que la señora RUBIELA CRISTANCHO MAJIA (Q.E.P.D.), laboró como Agente comunitario, en la Agencia Boyacá, en SALUD FAMILIAR IPS y como en el Departamento de Boyacá, en el Establecimiento Educativo Sede Sabana Larga del Municipio de Pajarito, por espacio de más de tres años.

Por la vinculación laboral, la empresa Salud Familiar Cali LTA IPS afilió a la señora RUBIENAL CRISTANCHO MEJIA (Q.E.P.D.), en seguridad social pensiones a COLFONDOS, entidad que certifica las cotizaciones recibidas por este concepto, durante el periodo comprendido del 24 de mayo de 2007 al 06 de octubre de 2010; indicando que se acreditan 1.219 días, que corresponden a 174,14 semanas de cotización, conforme a los aportes realizados por este concepto.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

El Departamento de Boyacá certifica como el tiempo de servicio prestado por la docente RUBIELA CRISTANCHO MEJIA (Q.E.P.D.), vinculada a la planta de personal en el Plantel Educativo Sede Sabana Larga del Municipio de Pajarito, a través de Resolución No. 2656 del 28 de septiembre de 2010, por un periodo de 27 días y un mes, por el periodo comprendido del 07 de octubre al 02 de diciembre de 2010 y nuevamente vinculada con Decreto 1055-1027 de fecha 04 de abril de 2011, por el periodo comprendido del 11 de marzo al 9 de Julio de 2011; acreditados cuatro (4) meses, finalizando por el deceso de la docente; en dichos certificados se establece que los aportes se realizaron al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La docente RUBIELA CRISTANCHO MEJIA (Q.E.P.D.), de acuerdo a los aportes realizados y certificados tanto por Colfondos, como al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, durante los últimos tres años laborados inmediatamente anteriores al fallecimiento, cotizó un total de 1.089 días correspondientes a 155.57 semanas de cotización.

El señor PEDRO JOSE LEAL NIÑO, fue el compañero permanente por más de ocho años, de la docente RUBIELA CRISTANCHO MEJIA (Q.E.P.D.), con quien convivió hasta la fecha de su fallecimiento, de cuya unión procrearon a EDJARD CAMILO LEAL CRISTANCHO, con 19 años de edad a la fecha de presentación de la demanda, conforme se desprende del registro civil de nacimiento.

La docente RUBIELA CRISTANCHO MEJIA (Q.E.P.D.), falleció el día 10 de julio de 2011, conforme se desprende del registro de defunción.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de los demandantes, con la expedición del acto administrativo acusado se violaron las siguientes normas de orden constitucional y legal:

Constitución Nacional: Artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336.

Legales: Ley 100 de 1993 Art. 27, Ley 91 de 1989 Art. 15 num. 2 literal B, Ley 812 de 2003 Art. 81.

Como concepto de la violación se señalaron:

La entidad demandada al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esta infringiendo los mandatos constitucionales y legales establecidos en las normas citadas en precedencia, no sólo porque los demandantes se han visto afectados en su calidad de vida ya que dependían económicamente de la docente Rubiela Cristancho Mejia (q.e.p.d.), sino porque, además, en la expedición del acto demandado no se aplicó la normas correspondientes para el reconocimiento de la pensión a favor de los demandantes, ni se valoraron las pruebas a partir de las cuales se establece claramente que se reunían los requisitos exigidos para que se reconociera dicho derecho.

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81, claramente determinó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y departamentales *“es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad...”*, conforme se desprende del tiempo de Servicio expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá la vinculación de la docente es posterior a esta Ley, conllevando a que sea aplicable para el caso concreto el régimen general de pensiones que no es otro que el fijado en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2004, cuyos artículos 46, 47 y 48 contienen, el orden de beneficiarios, los requisitos de los mismos, y la cuantía de la pensión de sobrevivientes.

153

Los demandantes en su calidad de compañero permanente e hijo de la causante Rubiela Cristancho Mejía (q.e.p.d) son, conforme a dichas disposiciones y las pruebas aportadas, beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Conforme se desprende de los certificados de tiempo de servicios allegados a la solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, se establece claramente que se cumple con el requisito de 50 semanas de cotización en los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, pues los mismos se acreditan con la constancia de semanas de cotización a Colfondos y tiempo de servicio expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá; tiempos acreditados y que corresponde al periodo comprendido de mayo de 2007 a 9 de Julio de 2009 en forma ininterrumpida, acreditándose 155.57 semanas de cotización; superándose las 50 semanas de cotización exigidas a la fecha del fallecimiento.

Argumenta la demanda que no resultaba procedente negar el reconocimiento de la pensión de los demandantes bajo el argumento que la Entidad Fiduciaria "Fiduciaria La Previsora" se negó a dar visto bueno, por cuanto, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (cita sentencias T-619 de 1999 y SU-14 de 2002), la competencia dicha entidad no puede invadir la competencia asignada a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien es la llamada a reconocer o negar el derecho de conformidad con las normas sustanciales.

Señala que la entidad demandada al expedir el acto administrativo se basó en argumentos contrarios a la realidad nada acordes con las pruebas allegadas con la solicitud de reconocimiento de la pensión incurriendo en una falsa motivación.

Concluye que el acto demandado deviene nulo por desviación de poder en cuanto los argumentos para negar el Reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes, son simples, incongruentes, sin sustento fáctico ni legal, pues los beneficiarios solicitantes ha cumplido con la totalidad de la carga tanto legal como de documentación para que la solicitud sea despachada favorablemente, y, sin embargo se persiste en una negación odiosa.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, a través de apoderada, dio contestación oportuna a la demanda (fls. 97-98) dando por ciertos los hechos esgrimidos en la misma y oponiéndose a las pretensiones.

Indica que con la expedición del acto administrativo demandado, no se ha vulnerado el ordenamiento jurídico en la medida que no es posible acceder a una pensión que no se fundamente en la Ley 91 de 1989 y el Dec. 224 de 1972 y en el presente caso los demandantes pretenden el reconocimiento de la pensión post-mortem pero con fundamento en la Ley 100 de 1993.

Señala que en el evento de accederse al derecho pensional se deben tener en cuenta los factores salariales contenidos en el Dec. 1158 de 1994 so pena de afectar el erario público y desconocer los principios de solidaridad y equidad.

Propuso las excepciones de falta de integración de litisconsorcio necesario por cuanto en su criterio debía vincularse a COLFONDOS en la medida que la causante inicialmente cotizó a dicho fondo y lo hizo en un número mayor de semanas, por lo que la pretensión pretendida en caso dado ha de reconocerse por cuotas partes.

Propuso la *excepción de prescripción* de acuerdo al Dec. 3135 de 1968 Art. 41.

6. TRAMITE PROCESAL

Remitida la demanda por competencia, por parte del Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fl. 81-82), le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Administrativo Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, Despacho que mediante auto de fecha 25 de junio de 2015 (fl. 87-88) admitió la demanda, dentro del término de traslado la entidad demandada dio contestación.

Ante la extinción del referido Despacho Judicial, el proceso fue redistribuido al Juzgado Administrativo Sección única Oral de Descongestión de Duitama, luego, con ocasión de la creación de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Sogamoso el proceso fue remitido ante los Juzgados de dicho Circuito correspondiéndole por reparto a este Estrado, mediante auto de fecha 14 de marzo se avocó conocimiento del mismo.

El 26 de agosto de 2016 se llevó a cabo audiencia inicial (fl. 126-128) estableciéndose que conforme a lo decidido en auto de 13 de junio del mismo año² se había negado la solicitud de *integración de Litis consorcio necesario*, la decisión de la excepción de *prescripción*, por estar supeditada al reconocimiento, quedó pospuesta al fallo.

Los días 29 de septiembre y 13 de diciembre de 2016 se celebró la audiencia de pruebas (fls. 137-138 y 149) disponiéndose prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si, con base en el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, los demandantes tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que la causante se encontraba afiliada a FOMAG al momento de su fallecimiento.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente al régimen jurídico aplicable en materia de pensión *post mortem* o de sobrevivientes con ocasión de la muerte de quien en vida se desempeñara como docente; para luego analizar el caso en concreto.

9. PENSIÓN POST MORTEM O DE SOBREVIVIENTES EN EL RÉGIMEN PENSIONAL DEL MAGISTERIO.

El Decreto 224 de 1972 en su Art. 7º previó la pensión de sobrevivientes para el evento en que el causante no haya cumplido el requisito de edad en los siguientes términos:

"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." (Subraya la Sala).

² Obrante a folios 120-121.

154

De otra parte, en el Sistema General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 se exige para acceder a la pensión de sobrevivientes los requisitos contenidos en el artículo 46 que a la letra dice:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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 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:
 - a) <Literal INEXEQUIBLE>
 - b) <Literal INEXEQUIBLE>

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.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

(...)"

(Subrayado del Despacho)

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó a los afiliados del Fondo Nacional del Magisterio de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social de la siguiente forma:

"ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a (...) a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. (...)" (Subrayado fuera de texto).

Así con base en la anterior normativa, en principio quien pretenda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de quien en vida se desempeñara como docente, debería cumplir con los requisitos exigidos en el Decreto 224 de 1972, esto es, el cumplimiento de los 18 años de servicio hasta antes del momento del fallecimiento, para poder acceder a la pensión de sobrevivientes, dada la especialidad de la norma y a la exclusión del régimen general de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, tanto la H. Corte Constitucional³ como el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴ han precisado que los regímenes que se excepcionan de la aplicación de la Ley general a ciertos grupos de personas, deben emplearse sólo en el caso de que la norma especial resulte más favorable que la general, pues su objeto es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos

³ En Sentencia T-547 de 2012, MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, estudió la acción de tutela interpuesta por una señora, de ochenta y siete (87) años de edad, ante la negativa del Fondo de Prestaciones del Magisterio de reconocerle la pensión de sobrevivientes de su hijo, quien era un docente oficial y había trabajado catorce (14) años, tres (3) meses y trece (13) días, bajo el argumento de que "le eran aplicables las normas del régimen magisterial, es decir la Ley 91 de 1989, Decreto 224 de 1972, Ley 71 de 1988, tomando como base que al momento del fallecimiento únicamente llevaba como tiempo de servicio catorce (14) años, tres (3) meses y trece (13) días, y que para tener derecho a la pensión post mortem se requiere 18 años para que se reconozca por cinco (5) y (20) en forma vitalicia"

⁴ Consejo de Estado. Sentencias del 25 de abril de 2002, Exp. 2409-01; del 6 de marzo de 2003, Exp. 1707-02 y del 22 de mayo de 2008, Exp. 0880-07.

consagrados en la legislación para la generalidad. Es decir, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, es posible la aplicación de ésta última al caso concreto, ello en virtud de los principios de equidad, solidaridad, universalidad pero principalmente el de favorabilidad.

Al respecto, el Consejo de Estado en fallo del 29 de abril de 2010⁵, señaló:

"En este caso, la aplicación preferente del 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, conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al Juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales en éste caso se encuentran encaminadas dentro del marco constitucional vigente a mitigar los efectos de la viudez o la orfandad y fundamentalmente al amparo del grupo familiar inmediato del trabajador afiliado fallecido, como se expresó en párrafos precedentes. Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las previsiones contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas a los docentes bajo la misma contingencia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por el Ente demandado, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial".

(...)

La finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula". (Negrita fuera de texto)

Ahora, del estudio de los dos regímenes, esto es, el general contenido en la Ley 100 de 1996 y el especial fijado en el Dec. 224 de 1972, se observa que aunque la prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza y previsión –el derecho a la pensión post mortem frente a la contingencia de *muerte del afiliado*–, 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 favorable al requerirse para su obtención tan sólo 50 semanas de cotización en los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En este orden, las anteriores consideraciones se efectivizaran en el caso en concreto, así, por razones de equidad y en aplicación del principio de *favorabilidad*, se inaplicaran las disposiciones del Decreto 224 de 1972, pues sin duda alguna, si se cumplían los requisitos contemplados en el régimen general de la Ley 100 para acceder a la pensión de sobrevivientes, en virtud de los principios señalados, resulta forzoso concluir que los demandantes tenían derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en este.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", CP, Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 29 de abril de 2010, Exp. 1259-09.

15

10. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado que la señora RUBIELA CRISTANCHO MEJÍA (fallecida), cotizó al sistema de pensiones un total de 1419 días que corresponde a 202,67 semanas, de las cuales 145,79 corresponden a los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, discriminadas así:

ENTIDAD A LA QUE EFECTUÓ APORTES	PERIODO Y TIEMPO		SEMANAS
COLFONDOS (fl.143-144)	01/07/08 a 06/10/10	846 días	120,8
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fl.22-24)	07/10/10 a 02/12/10 11/03/11 a 09/07/11	175 días	24,99
Total semanas cotizadas			145,79

Se establece entonces que para la fecha en que se produjo el deceso de la señora Rubiela Cristancho Mejía (q.e.p.d), el 10 de julio de 2011, como da cuenta el registro civil de defunción (fl. 52), ella se encontraba desempeñando el cargo de docente del nivel primaria asignada a prestar sus servicios en la Institución Educativa Técnico Agropecuario del municipio de Pajarito (fl.55)

Que las semanas cotizadas por la causante fueron 145,79, que sin duda alguna y al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, otorga el derecho a sus beneficiarios de percibir la pensión de sobrevivientes allí consagrada, en la cuantía correspondiente de conformidad con el artículo 48 *Ibidem*.

En efecto, respecto del demandante EDUARD CAMILO LEAL CRISTANCHO se encuentra probada la calidad de hijo de la señora RUBIELA CRISTANCHO MEJÍA, nacido el 5 de Febrero de 1995 según el registro civil de nacimiento (fl.45) y además se encuentra probada su escolaridad, conforme a constancia expedida por el Coordinador de Admisiones y Control de Registro Académico de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (fl.71) como requisito para extender el derecho pensional con posterioridad al cumplimiento de los 18 años y hasta los 25 años de edad, se establece sin duda alguna que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida, ello desde la fecha en que se produjo el fallecimiento de la docente Rubiela Cristancho y hasta el 05 de febrero de 2013 fecha en que adquiere la mayoría de edad, ello en la medida que para la fecha de fallecimiento de la docente, esto es, para el 10 de julio de 2011, éste contaba con tan solo 16 años de edad, lo que sin duda alguna habilita su derecho al menos hasta el momento en que cumplió la mayoría de edad, pues así lo estableció el Legislador en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en donde se dispuso el derecho de los menores de edad a la pensión de sobrevivientes allí prevista, sin que éste se encuentre condicionado a circunstancia adicional alguna.

En lo que concierne al derecho a la pensión por parte del señor PEDRO JOSÉ LEAL NIÑO ha de tenerse en consideración lo dispuesto en literal a) del Art. 47 de la Ley 100 de 1993, que señala:

"ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles><Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por

muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte."

(Subrayado original)

Se encuentra acreditado que señor PEDRO JOSÉ LEAL NIÑO a la fecha del fallecimiento de la docente RUBIELA CRISTANCHO contaba con 38 años de edad, pues nació el 28 de noviembre de 1972, conforme da cuenta la copia de su registro civil de nacimiento y de su cédula de ciudadanía (fls. 44 y 51) esto es más de los 30 años que exige la norma transcrita, igualmente se encuentra probada la calidad de compañero permanente de la causante y la convivencia con la misma por más de cinco años, así se establece de declaración extrajudicial rendida por el señor Helio Josué Montaña Riveros (fl.36) y ratificada en audiencia de pruebas celebrada por este Despacho el 29 de septiembre de 2016 (Min. 00:08:39 a 00:18:18⁶).

Así las cosas, en consideración a que en la expedición del acto demandado, esto es, la Resolución No. 002145 de 04 de abril de 2014 (fls. 16-17) la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida por los demandantes bajo el argumento que la causante no contaba con las 50 semanas de cotización de que trata el Artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, no obstante de estar acreditó dicho requisito; en consecuencia, desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, pues el mismo se encuentra viciado de nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse y falsa motivación, se impone declarar su nulidad.

Ha de precisarse que argumento de "no obtenerse el Visto Bueno por parte de la Fiduciaria la PREVISORA expuesto por la entidad demandada, no es de recibo para negar la pensión solicitada por los aquí demandantes y en general frente a cualquier solicitud de reconocimiento pensional, pues como bien se señala en la demanda, los lineamientos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional en sentencias T-619 de 1999 y SU-14 de 2002, entre otras, clarifican que la competencia de la Entidad Fiduciaria, no puede invadir la competencia asignada a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que es la llamada a reconocer o negar el derecho, de conformidad con las normas sustanciales que apliquen en cada caso, máxime si la actuación de dicha entidad conlleva al desconocimiento de los derechos que le asisten al administrado.

Ante la declaratoria de nulidad del acto demandado, consecuentemente, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes: PEDRO JOSÉ LEAL NIÑO y de EDUARD CAMILO LEAL CRISTANCHO, en sus condiciones de compañero permanente e hijo respectivamente, de la causante RUBIELA CRISTANCHO MEJÍA, a partir del 10 de julio de 2011, fecha del deceso⁷, en forma vitalicia a favor del primero y hasta la fecha en que éste adquirió la mayoría de edad respecto del segundo beneficiario prorrogable hasta los 25 años de edad que se cumplen el 5 de Febrero de 2020, siempre que acredite escolaridad, plazos a partir de la cuales el derecho se extingue para el hijo y acrece en favor del compañero sobreviviente.

⁶ Del audio y video que reposa a folio 139 en medio magnético CD.

⁷ El derecho a la sustitución pensional o en este caso a la pensión de sobrevivientes, surge para los beneficiarios del pensionado o afiliado fallecido a partir del momento de su deceso, independientemente de la fecha en que se reclame o se eleve la solicitud de reconocimiento ante la Administración.

8
1

Para efecto de liquidar el derecho reconocido, la Entidad demandada observará estrictamente lo dispuesto en cuanto al porcentaje y cuantía de la pensión de sobrevivientes, tanto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 como en el artículo 8° del Decreto Reglamentario 1889 de 1994⁸.

11. TRASLADO DE RECURSOS

De contera, teniendo en cuenta que COLFONDOS certifica que existen recursos por valor de \$4.681.792 con corte al 16 de Septiembre de 2016, originados con los aportes al sistema de pensiones del régimen de ahorro individual RAIS, administrados por este fondo privado y además se señala que la afiliada nunca hizo ningún tipo de reclamación o devolución de saldos, en aras de unificar el derecho que se reclama y que la causante se regía por normas especiales que impidieron su retiro y cumplir los cinco años de permanencia en el régimen privado para cambiarse de régimen, según la norma, se dispondrá que tales recursos se trasladen en favor de FOMAG como parte del capital para financiar la pensión de sobrevivencia que se reconoce, habida consideración que se computan las semanas de cotización realizadas en el régimen privado aludido.

Además, se advierte que el régimen de prima media con carácter especial, como lo es el docente, no puede verse afectado; en caso que los beneficiarios hubiesen realizado reclamación o retiro de los saldos depositados en COLFONDOS, el valor señalado deberá ser descontado de la liquidación de la condena que se impone en esta sentencia.

12. PRESCRIPCION

En este caso, no opera el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas, pues tal como se establece del acto demandado (fl.16) la solicitud de reconocimiento se efectuó el 23 de marzo de 2012 interrumpiéndose la prescripción y se trata de prestaciones periódicas.

13. INDEXACIÓN

La pensión de sobrevivientes que se reconoce tendrá los reajustes de Ley. Asimismo, al monto de la condena que resulte se aplicarán los ajustes de valor mes por mes, en los términos del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

⁸ DECRETO 1889 DE 1994. ARTICULO 8o. DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

2. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la pensión de sobrevivientes, corresponderá en su totalidad a los padres con derecho, por partes iguales.

3. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, en el régimen de prima media con prestación definida y en el sistema general de riesgos profesionales, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos con derecho por partes iguales, y en el régimen de ahorro individual los recursos de la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha de fallecimiento de la causante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para el 10 de julio de 2011, fecha en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

14. COSTAS

Así las cosas, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandada, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda.

15. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Sogamoso, *"administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley"*

FALLA:

Primero.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 002145 de 04 de abril de 2014, mediante la cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les negó a los demandantes el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Segundo.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidar y pagar, con efectos fiscales a partir del 10 de julio de 2011, una pensión de sobrevivientes en forma vitalicia a favor del señor PEDRO JOSÉ LEAL NIÑO identificado con C.C.No.4.133.987 y respecto de EDUARDO CAMILO LEAL CRISTANCHO identificado con C.C.No.1.052.403 hasta el 05 de febrero de 2013 fecha en que éste adquirió la mayoría de edad, extendida hasta el 5 de Febrero de 2020, siempre que acredite escolaridad, vencido este plazo, el derecho pensional acrece en favor del primero.

Tercero.- Las sumas resultantes a favor de la parte demandante, se ajustarán en su valor con base en el ICP certificado por el DANE, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente providencia.

Cuarto.- La entidad demandada deberá cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

Quinto.- Condenar en costas a la entidad demandada, parte vencida en el proceso, las cuales se liquidarán por Secretaría aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

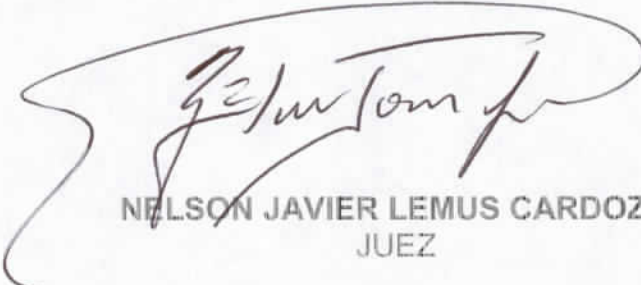
5

Sexto.- Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia.

Séptimo.- La entidad demandada, deberá solicitar en su favor, para ser depositado en sus cuentas, el traslado del saldo que exista en COLFONDOS con cargo a la cuenta individual de la fallecida RUBIELA CRISTANCHO MEJIA, quien en vida se identificó con la C.C. 46.674.094, que en ningún caso podrá ser al valor de \$4.681.792 mas intereses desde septiembre 20 de 2016 (fl. 142). En caso que estas sumas hayan sido retiradas por los beneficiarios de la pensión, dispondrá el descuento de una suma equivalente respecto en la liquidación de la pensión aquí reconocida.

Octavo.- En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ