



Cartagena de Indias D.T y C., septiembre (27) de septiembre de dos mil dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2016-00247-01
Demandante	LUIS ALBERTO MARTELO CONTRERAS
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Pensión de sobreviviente- No cumplimiento de requisitos del Decreto 224 de 1972- Reconocimiento de pensión de sobrevivientes a beneficiarios de docentes- Principio de favorabilidad.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 23 de febrero de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por LUIS ALBERTO MARTELO CONTRERAS, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor LUIS ALBERTO MARTELO CONTRERAS, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 1-15



2.2. Pretensiones²

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2442 del 11 de agosto de 2005 y del acto ficto presunto negativo que niega la petición de fecha 15 de septiembre de 2014, con ocasión del fallecimiento de la cónyuge del actor, ocurrida el 26 de noviembre de 2013.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada a que reconozca y proceda a cancelar la prestación reclamada a partir del día siguiente al fallecimiento de la causante, es decir, 27 de noviembre de 2003, pagando las mesadas dejadas de cancelar desde aquella fecha hasta que se satisfagan.

TERCERO: Que se reconozcan los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

CUARTO: Que se dé cumplimiento a la condena dentro de los términos establecidos en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011 reconociendo los intereses causados en favor de la accionante.

QUINTO: Condenar en costas.

2.3 Hechos

El demandante expone que, la señora Marcela Rivera Orfíz, laboró al servicio del Departamento de Bolívar como docente del Magisterio oficial básica primaria en el Centro Educativo Camilo Torres del Municipio de Mahates (Bolívar).

Que laboró en el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 1986 hasta el 26 de noviembre de 2003, por un tiempo de 17 años, 9 meses y 25 días.

Que en el año 1991 en el desempeño de sus funciones fue diagnosticada con carcinoma de mama, recibiendo los tratamientos ordenados por los médicos tratantes asignados por el Magisterio; posteriormente el 29 de septiembre de 2003 fue sometida a evaluación por la Junta de Calificación de Invalidez, la cual dictaminó una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 75.40% meses; después el 26 de noviembre de 2003 falleció.

² Ver folio 48 subsanación de la demanda

13-001-33-33-003-2016-00247-01

Por lo anterior, el cónyuge Luis Alberto Martelo Contreras radicó solicitud el 15 de junio de 2005, ante la entidad demandada solicitando la pensión de sobreviviente, la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante Resolución No. 2442 del 11 de agosto de 2005, bajo el argumento de que la docente había laborado solo 9 años, 9 meses y 5 días.

Posteriormente, presentó nuevamente la petición el 15 de septiembre de 2014, solicitando el reconocimiento de la prestación, sin obtener respuesta alguna.

2.4. Contestación

2.4.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³

Esta entidad dio contestación a la demanda el 11 de mayo de 2017, manifestando que las pretensiones de la accionante no están ajustadas a derecho.

Expone que, la pensión de sobrevivientes es un concepto definido y regulado por la ley 100 de 1993 la cual se causa con el fallecimiento del pensionado, previos a los requisitos contemplados en la misma. Por otro lado, la pensión post mortem fue creada a través del Decreto 442 de 1972 como compensación a los docentes que: (i) al momento de la muerte no han cumplido la edad para ser beneficiario; (ii) que se hubiesen desempeñado como profesores en planteles oficiales 18 años continuos o discontinuos; (iii) que sobrevivan su cónyuge e hijos menores.

Afirma que, en el presente caso no puede aplicarse la excepción del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 por cuanto la misma excluye a los miembros del Magisterio, por lo que debe aplicarse lo dispuesto en la ley 91 de 1989 y el Decreto 1775 de 1990, que regulan lo pertinente a las prestaciones sociales del Magisterio.

Presentó como excepciones las siguientes: (i) Inexistencia de la obligación pensional por aplicación del régimen exceptuado; (ii) Prescripción; (iii) pago de lo no debido; (iv) Compensación; (v) Excepción genérica o innominada; y (vi) Buena fe.

³ Folios. 63-73 cdno 1



III. - SENTENCIA IMPUGNADA⁴

Por medio de providencia de 23 de febrero de 2018, la Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demandante, sosteniendo que en este caso la aplicación preferente del régimen especial contenido en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la ley 100 de 1993, conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de la justicia.

Manifiesta que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en casos similares como el que aquí se juzga, la excepción en la aplicación de las normas generales por la existencia de normas especiales que gobiernen un litigio en concreto, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, lo contrario implicaría en un obstáculo para acceder a sus derechos mínimos, como ocurre en el presente, que la pensión de sobrevivientes resulta más favorable que las prestaciones reconocidas a los docentes bajo la misma contingencia, por lo que no resultaría conducente negar dicha prestación.

Estableció que en efecto, para el caso en concreto, resultaba más favorable la aplicación de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, encontrando probada la convivencia del actor con la causante, al igual que las semanas cotizadas y el tiempo laborado.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁵

Con escrito del 08 de marzo de 2018, la parte demandada interpuso recurso de apelación, refiriéndose a la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 224 de 1972 para el reconocimiento de la pensión post mortem, que a su juicio es el aplicable para el caso en concreto, teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 excluyó a los miembros de Magisterio para su aplicación.

⁴ Folio 141-155 cdno 1

⁵ Folio. 158-164 cdno 1



13-001-33-33-003-2016-00247-01

Establece que la norma que regula las prestaciones sociales del Magisterio es la Ley 91/1989, por ese motivo no procede el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, debido a que esta es Ley especial para el presente asunto, para lo anterior trae a colación jurisprudencia del año 2004, donde se establece que quien pertenezca a un régimen especial está obligado a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte procedente la aplicación del régimen común.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por medio de acta del 29 de mayo de 2018⁶, se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que con auto del 25 de septiembre de 2018⁷, se dispuso la admisión del recurso de apelación en este Tribunal; y, con providencia del 06 de noviembre de 2018⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. La parte demandante: No presentó su escrito de alegatos.

6.2. La parte demandada⁹: Presentó escrito de alegatos el 21 de noviembre de 2018, reafirmando en lo manifestado en la contestación de la demanda y el recurso de alzada.

6.3. Ministerio Público: no rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

⁶ Folio. 2 cdno apelación

⁷ Folio. 4 cdno apelación

⁸ Folio. 8 cdno apelación

⁹ Folios. 11-16 cdno apelación



7.3 Actos administrativos demandados.

- **Resolución No. 2442** del 11 de agosto de 2005, por medio de cual se niega el reconocimiento de una pensión post mortem.
- Acto administrativo ficto configurado en virtud de la petición de fecha **15 de septiembre de 2014**, en la que solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite.

7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por la parte demandada y la sentencia de primera instancia, así:

¿Tiene derecho el demandante, en su condición de cónyuge supérstite, a que se le reconozca pensión de sobrevivientes, a raíz del fallecimiento de la docente MARCELA RIVERA ORTÍZ, conforme a la Ley 100 de 1993, como norma más favorable y no aplicarse el Decreto 224 de 1972?

7.5 Tesis de la Sala

Para la Sala, la sentencia de primera instancia deberá ser modificada en el sentido de establecer que el tiempo laborado por la causante fue de 9 años, 9 meses y 3 días, y su IBL corresponde a 45,66%. En lo demás será confirmado, en la medida que, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han sido reiterativas al señalar, que no es admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector como es la Ley 100 de 1993, lo que podría tornarse en un elemento de discriminación para el efectivo acceso a los derechos pensionales.

Por tal razón, en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, se dejarán de lado las reglas del Decreto 224 de 1972, teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos previstos en el régimen general para acceder a la pensión de sobrevivientes, lo que permite concluir que los beneficiarios del docente tienen derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993.



7.6 Marco normativo y jurisprudencial:

7.6.1 Reconocimiento pensión de sobrevivientes a beneficiarios de docentes- Principio de favorabilidad¹⁰.

El Decreto 224 de 1972, por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el sector docente, respecto de aquellas personas que, como el causante no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de su fallecimiento, dispuso:

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.¹¹ (Resalta la Sala).*

En innumerables oportunidades se ha determinado que los docentes no están gobernados por un régimen especial en materia pensional y que al respecto deben observarse las reglas contenidas en la Ley 91 de 1989, que remiten a la aplicación de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público. Sin embargo, debe recordarse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como la pensión gracia y la pensión que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando este último no lograba alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al sistema pensional para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios.

En ese sentido, 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 solo cuando los profesores hubiesen laborado en

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00459-01(0405-17) Actor: ASTRID MILENA MORATTO FLOREZ Y OTROS

¹¹ Apartes tachados derogados tácitamente por virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 4 de la Ley 33 de 1973. Corte Constitucional. Sentencia C-480 de 1998.



13-001-33-33-003-2016-00247-01

planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para sus beneficiarios 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.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, y sin extinguir las normas especiales existentes en la materia, se estableció dentro del Régimen General de Seguridad Social la denominada «pensión de sobrevivientes» que prevé, además de la sustitución de la pensión ya percibida o consolidada por el trabajador fallecido, el reconocimiento de dicha prestación para sus beneficiarios pese a no haber logrado el estatus pensional al momento del fallecimiento, siempre y cuando hubiese efectuado un mínimo de cotizaciones establecido por el legislador.

La finalidad de dicha prestación es garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento, de tal forma que su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante¹².

La pensión de sobrevivientes se encuentra regulada en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

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:

(...)

Parágrafo 1. 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

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 9 de febrero de 2012. Expediente 0987 de 2008. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.





13-001-33-33-003-2016-00247-01

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 párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

(...)

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 ~~[per lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y]~~ hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado 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.

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.¹³

¹³ Aparte en tachado en corchetes declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1176/01 Expediente D-3531, por constituir una restricción demasiado amplia y desproporcionada del derecho a la pensión de sobrevivientes que desconoce evidentemente su finalidad. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.



13-001-33-33-003-2016-00247-01

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. (...)”.

Conforme a las anteriores disposiciones, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este se encontrara afiliado al sistema y hubiere cotizado por lo menos 50 semanas al momento de la muerte.¹⁴

Como puede observarse, entre la norma especial contenida en el Decreto 224 de 1972 y la norma general prevista en Ley 100 de 1993, pese a que las prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues mientras aquella exige la prestación del servicio docente por más de 18 años, esta resulta más beneficiosa en cuanto requiere para su obtención tan solo 50 semanas de cotización.

7.8 Caso concreto

7.8.1 Hechos Probados

- Registro civil de matrimonio en el que se demuestra la unión entre la señora Marcela Rivera Orfíz y Luis Alberto Martelo Contreras¹⁵.
- Registro civil de defunción de la causante Marcela Rivera Orfíz¹⁶.
- Registro civil de nacimiento de los menores Adriana Martelo Rivera, Luis Fernando Martelo Rivera y Edgar Omar Martelo Rivera¹⁷.

¹⁴ Artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

¹⁵ Folio. 9 cdno 1

¹⁶ Folio. 10 cdno 1

¹⁷ Folio. 11-13 cdno 1



13-001-33-33-003-2016-00247-01

- Resolución No. 2442 del 11 de agosto de 2005 expedida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, *"Por medio de la cual se niega el reconocimiento de la pensión post mortem"(sic)* solicitada por el demandante¹⁸.
- Certificados salariales de la causante Marcela Rivera Ortíz¹⁹.
- Certificado de tiempo laborado de la causante expedido por la Alcaldía Municipal de Mahates²⁰.
- Acta de evaluación de la Junta Médica de Calificación de Invalidez realizada a la señora Marcela Rivera Ortíz²¹.
- Certificado expedidos por la Secretaría de Educación de Bolívar en el que certifica la fecha de nombramiento y de retiro de la causante²².
- Derecho de petición elevado por el señor Martelo Contreras en el que solicita el reconocimiento de la pensión de jubilación de la señora Rivera Ortíz²³.
- Declaraciones extraprocesales rendidas por los señores Juan de Dios Vergara Agamez, Antonio Carrera Pantoja y Luis Alberto Martelo Contreras²⁴, ratificadas en la audiencia de pruebas celebrada el 29 de septiembre de 2017²⁵.
- Certificado expedido por la Secretaría de Educación de Bolívar, en el que certifica los factores salariales devengados por la causante los último cinco años a su muerte²⁶.
- Resolución No. 2613 del 22 de noviembre de 2005, *"Por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva de un docente fallecido"* de la causante Marcela Rivera Ortíz a favor del señor Luis Martelo e hijos²⁷.
- Acta de posesión de la señora Marcela Rivera Ortíz²⁸.

¹⁸ Folios. 14-16 cdno 1

¹⁹ Folios. 17-21 cdno 1

²⁰ Folio. 22 cdno 1

²¹ Folios. 23-25 cdno 1

²² Folio. 26-27 cdno 1

²³ Fol. 28-29 cdno 1

²⁴ Folios. 31-32 cdno 1

²⁵ Fol. 93 reverso.

²⁶ Folio. 109 cdno 1

²⁷ Folio. 102-105 cdno 1

²⁸ Fol. 111 cdno 1



7.8.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Se encuentra probado que la docente Marcela Rivera Ortíz falleció el 26 de noviembre de 2003 (Fol. 10).

Se tiene que, el señor Luis Martelo Contreras y la señora Marcela Rivera Ortíz, contrajeron matrimonio el 20 de marzo de 1982, encontrándose como fecha de registro el 28 de febrero de 1997 (fol. 9). De dicha unión nacieron Adriana, Luis Fernando y Edgar Omar Martelo Rivera (Fols. 11-13).

Se encuentra demostrado que, por medio de la Resolución 2442 del 11 de agosto de 2005 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reconocimiento y pago de una pensión post mortem, solicitada por el demandante. En dicho acto administrativo, la entidad argumentó que la señora Marcela Rivera Ortíz falleció sin cumplir la edad y tiempo requerido para tener derecho a la pensión solicitada (Fol. 14-16).

En cuanto a la historia laboral de la causante allegada por la Secretaría de Educación de Bolívar, se encuentra probado que:

Era docente Municipal (Fols. 17- 27- 103-120), afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales (fol. 26- 103-120. Que el último salario devengado fue de \$886.176 (fol. 21).

Advierte esta Sala que, en cuanto al tiempo laborado no se tiene claridad sobre la fecha exacta en la que inició a trabajar, debido a que, se encuentra anexo un certificado de la Alcaldía Municipal de Mahates en el que se plasma que la causante prestó sus servicios desde el 1 de febrero de 1986 hasta el 26 de noviembre de 2003 (fol. 22) lo que correspondía a 17 años, 9 meses y 25 días.

De igual forma, se tiene que en el acta de la Junta de Calificación de Invalidez realizada el 29 de septiembre de 2003, se dejó sentado que la señora Marcela Rivera había laborado durante 17 años como docente municipal (fol. 25).

Por otro lado, se avizora en el expediente un certificado expedido por la Gobernación de Bolívar donde indica que la causante se encontraba incorporada en el Departamento por Decreto 999 de julio 2 de 1997 y posesionada desde la misma fecha hasta el 26 de noviembre de 2003 (fol. 108).



13-001-33-33-003-2016-00247-01

Pese a las inconsistencias presentadas en párrafos anteriores, esta Corporación tomará como año de inicio 1994 conforme a las prueba allegadas, que la señora Marcela Rivera Ortíz, fue nombrada mediante Decreto 090 del 22 de febrero de 1994 y posesionada como docente de la Institución Educativa Camilo Torres del Municipio de Mahates el 23 de febrero de 1994 hasta el 26 de noviembre de 2003 (fol. 111), tal como lo dejó sentado el juez de primera instancia en la providencia apelada, sin que las partes manifestaran inconformidad sobre este punto.

Por otro lado, se encuentra, la Resolución No. 2613 de 2005 que reconoce unas cesantías definitivas al actor y se toma como fecha de prestación de servicios del 23 de febrero de 1994 a 26 de noviembre de 2003 (fol. 102-105). Por lo que se encuentra probado que laboró, 9 años, 9 meses y 3 días.

En el caso concreto, conforme a los hechos relevantes que resultaron probados en el proceso y al marco jurídico que fue expuesto se tiene que, al no acreditar que la señora Marcela Rivera Ortíz, prestó 18 años de servicios continuos o discontinuos como docente, a la hora de su muerte, no le asiste a sus beneficiarios el derecho a que se reconozca una pensión pos mortem en los términos del artículo 7º del Decreto 224 de 1972.

No obstante lo anterior, la Sala considera que en el sub lite, el derecho pensional de quienes ostentan la calidad de beneficiarios del causante, debe analizarse a la luz de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, por cuanto resulta ser la norma de más favorable tratamiento en materia prestacional mortuoria, vigente al momento en que se produce la deceso del docente.

En ese sentido, la Sala comparte y da aplicación a los postulados señalados tanto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, a través de los cuales reiteradamente se ha sostenido que pese a la existencia de un régimen especial y a la exclusión prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 para la aplicación de la misma, en aquellos casos en los cuales resulten más favorable las normas previstas en el régimen general de seguridad social, deberá darse aplicación a este último, en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad y al principio de favorabilidad de las normas laborales contemplado en el artículo 53 de nuestra carta política.



13-001-33-33-003-2016-00247-01

Bajo ese hilo conductor se tiene que, el texto del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época de causación del derecho -26 de noviembre de 2003- prevé que para acceder a la pensión de sobrevivientes, debe acreditarse que el afiliado cotizó 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En el sub lite, está probado que la señora Marcela Rivera Ortíz, prestó sus servicios como docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y cotizó al sistema de pensiones desde el 23 de febrero de 1994- cuando tenía 33 años²⁹- hasta el 26 de noviembre de 2003, cuando falleció por causas naturales, teniendo aproximadamente 42 años, conforme a lo anterior cotizó 9 años, 9 meses y 3 días continuos, superando por tanto los aludidos requisitos. De igual forma, se encuentra en el expediente certificado de salarios de los últimos 5 años (Fols. 17-21 cdno 1).

Por su parte, el artículo 47 *ibídem* prevé entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, *al 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; así mismo, se enlista como beneficiarios de dicha prestación a los hijos menores de edad y a los mayores de edad hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten la condición de estudiante y dependencia económica con la causante.

En el presente caso, el demandante Luis Martelo Contreras, - quien en el acto acusado se indica que es el cónyuge, aportando como prueba el registro civil de matrimonio-, acude en su condición, probando que a la fecha del fallecimiento de la finada contaba con 42 años de edad- nació el 05 de diciembre de 1961³⁰- y que estuvo haciendo vida marital con la causante durante veinte (20) años continuos con anterioridad a su muerte, habiendo en todo caso procreado con ella 3 hijos, de igual forma se encuentran las declaraciones de los señores Juan de Dios Vergara y Antonio Cabrera, los cuales fueron ratificados en la audiencia de pruebas (Fols. 31 y 93-94). En esa línea de supuestos fácticos demostrados, ninguna duda queda en cuanto a su carácter de beneficiario de la prestación que reclama.

²⁹ Fecha de nacimiento tomada del registro civil de matrimonio a folio 9 cdno 1

³⁰ Fol. 9 registro civil de matrimonio



13-001-33-33-003-2016-00247-01

En suma, ha quedado probado el derecho del demandante a acceder a la pensión de sobrevivientes derivada de la muerte de la señora Marcela Rivera Ortíz, sin embargo, se dispondrá esta Sala a modificar el numeral segundo de la decisión de primera instancia en el sentido del tiempo laborado, toda vez que el A-quo determina que el tiempo laborado es de 9 años, 9 meses y 25 días, no obstante, esta Corporación determina que el lapso es de 9 años, 9 meses y 3 días, por lo que al variar el tiempo de servicio, varía el IBL reconocido en la providencia apelada, determinado de la siguiente forma:

- La causante ingresó el 23 de febrero de 1994 hasta 26 de noviembre de 2003 fecha en la que falleció, lo que arroja un tiempo de 9 años, 9 meses y 3 días de servicio.
- Los 9 años corresponden a 468 semanas, los 9 meses a 93 semanas y los 3 días a 0,43 semanas; sumatoria que arroja un total de 507.43 semanas cotizadas.

Para determinar el IBL, se debe realizar la siguiente operación:

507,43*45/500 =45,66 correspondiente al IBL a tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente del actor.

En ese orden de ideas, para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del señor Luis Martelo Contreras se tendrá como porcentaje del Ingreso Base de Liquidación, lo establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, esto es, 45,66% , por haber cotizado la causante 9 años, 9 meses y 3 días, es decir, 507,43 semanas.

7.10. Conclusión

En el caso en concreto, se demostró que se daban las condiciones requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para aplicar por favorabilidad lo preceptuado en la ley 100 de 1993, con la finalidad de otorgar la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que la causante no cumplió los presupuestos del Decreto 224 de 1972 aplicable para su situación, lo que permite concluir que los beneficiarios del docente tienen derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993.



13-001-33-33-003-2016-00247-01

Así las cosas, se modificará el numeral 2 de la sentencia del 23 de febrero de 2018, como quiera que se tuvo que el lapso laborado por la causante fue de 9 años, 9 meses y 25 días, cuando en realidad fue de 9 años, 9 meses y 3 días contados desde el 23 de febrero de 1194 hasta el 26 de noviembre de 2003, por lo que su IBL será de 45,66%.

VII.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá condenar en costas al NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, toda vez que el recurso le es parcialmente favorable.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del 23 de febrero de 2018, la cual quedará así:

"SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se ordena a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor del señor Luis Alberto Martelo Contreras conforme al artículo 48 de la ley 100 de 1993, esto es 45,66% del ingreso base de liquidación, por haber cotizado 9 años, 9 meses y 3 días, a partir del 4 de noviembre de 2013, ya que las mesadas anteriores a tal fecha se encuentran prescritas, conforme se expresó en la parte considerativa.

Así mismo, las sumas que resulten a favor de la parte demandante se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia en su parte motiva.

En caso de que la operación matemática arroje que la pensión de sobrevivientes sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente, se





13-001-33-33-003-2016-00247-01

reconocerá al demandante la pensión mínima contemplada en el inciso 3º del artículo 48 y en el artículo 35 de la ley 100 de 1993".

SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la parte demandada, NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, como quiera que esta decisión le fue parcialmente favorable.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No de la fecha. 067

LOS MAGISTRADOS

MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Handwritten marks in the top right corner, possibly a date or initials.



Handwritten marks in the center of the page, possibly a signature or initials.

