

Cartagena de Indias, D T. y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2017-00682-00
Demandante	MIGUEL HERRERA CAMACHO
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG
Tema	Reconocimiento de pensión post-mortem de docente
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de Decisión 004¹, a dictar sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia, iniciado por MIGUEL HERRERA CAMACHO, contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG.

2.1. Cuestión previa:

En la actualidad, el Despacho tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente caso, el objeto de debate se refiere al reconocimiento de una pensión post-mortem de docente, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia, definiendo las reglas para su estudio, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.



III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA²

3.1.1 Pretensiones³

Se transcriben literalmente:

“PRIMERA. · Declarar que es nula La Resolución N° 2821 DEL 06 De Abril de 2017, proferida por la SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS quien actuó en nombre y representación de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL · FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante la cual se negó a al actor MIGUEL HERRERA CAMACHO, cónyuge supérstite el Reconocimiento y pago de una Pensión Post Mortem con ocasión del fallecimiento de la Docente JULIA HERRERA CESPEDES (Q.E.P.D).

SEGUNDA. · Condenar a LA NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL · FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) a que por conducto de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, reconozca y pague a favor de mi mandante MIGUEL HERRERA CAMACHO y de sus menor hija MARIA JULIA HERRERA HERRERA una Pensión de Sobrevivientes a partir del 02 DE Enero del año 2011, fecha del fallecimiento de la Docente, con efectos fiscales a partir del 16 de . Noviembre de 2016 por prescripción trienal y en cuantía de \$137.926.372.44.

TERCERA. · Ordenar a LA NACIÓN (MINISTERIO · DE EDUCACIÓN NACIONAL · FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) para que a la Pensión de Sobrevivientes de los actores les reconozca y pague los reajustes por concepto de la ley 100 del 1993, orden esta que deberá cumplir a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL.

CUARTA. · Que en correspondencia con las anteriores declaraciones se ordene a (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL · FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) a que sobre las sumas a que resulte condenada a pagar a mi mandante, le reconozca y pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, y tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO. Ordene a (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL · FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) a que dé cumplimiento al fallo dentro del término de ejecutoria de la sentencia que liquide la condena a que se refiere el artículo 192, parágrafo tercero del C.P.A.C.A.

SEXTO. Condene a (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL · FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) demandada, a que si no dan cumplimiento al fallo dentro del término del término fijado, pague intereses moratorias a la tasa

² Folio 1-6

³ Folio 1-2 cdno 1.



comercial conforme al numeral 4° del artículo 195 del C.P.A.C.A., y conforme a la Sentencia C-188 del 29 de Marzo de 1999, de la Honorable Corte Constitucional.

SÉPTIMO. Condene en costas a la entidad demandada, conforme al artículo 188° del C.P.A.C.A..”.

3.1.2. Hechos⁴

Se indicó en la demanda que la docente Julia Herrera Céspedes prestó sus servicios como docente en el Distrito de Cartagena por un tiempo acumulado de 17 años, 7 meses y 9 días, estando afiliada como cotizante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dependiendo económicamente de ella su cónyuge señor Miguel Herrera Camacho y su hija María Julia Herrera Herrera.

Señaló que, la señora Julia Herrera Céspedes falleció en el Distrito de Cartagena el día 02 de enero del año 2011, según consta en el registro civil de defunción con indicativo serial N° 06489175 expedido por la Notaría Primera del Circulo Notarial de Cartagena.

Que el señor Miguel Antonio Herrera Camacho presentó derecho de petición ante la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando el reconocimiento y pago de la Pensión Post Mortem o de Sobreviviente, a favor de él y de su hija María Julia Herrera Herrera.

La peticionada dio respuesta mediante la Resolución No. 2821 del 06 de abril de 2017, negando la solicitud de pensión de sobreviviente o post mortem, argumentando que el tiempo de servicio aportado no es suficiente para reconocer la prestación dado que se requiere mínimo 18 años de servicio prestados a la fecha del fallecimiento, y solo acreditó 17 años, 7 meses y nueve días.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

A juicio del demandante, en el caso concreto se vulnera los artículos 47 de la Ley 100 de 1993.

Alegó que, conforme al artículo 47 de la Ley 100/1993, dispone que para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente se deben acreditar los requisitos establecidos en el mismo, como son: (i) la convivencia con el pensionado al momento de su muerte; (ii) vida marital desde en el momento en que tuvo el

⁴ Folios 2-4 cdno 1.



fallecido derecho a la pensión; y (iii) la convivencia al menos dos años continuos, siendo reemplazo por la condición de haber procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

Adicionalmente, trajo a colación la sentencia de 17 de junio de 1998 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual establece que *"En ambos casos, son 'beneficiarios' los miembros del grupo familiar en las condiciones previstas en el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, esto es 'en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite .. .' y '... en caso de que la pensión de sobreviviente 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 por lo menos desde el momento en que éste 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"*.

3.2 ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue presentada el día 25 de julio de 2017 (folio I).
- Por acta de reparto del 25 de julio de 2017, fue asignado el conocimiento de la presente acción al despacho 006 de este tribunal (folio 28).
- Por auto de fecha 04 de julio de 2018, se admitió la demanda (folios 30-31).
- Lo admisión de la demanda fue notificada a través del correo institucional a Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Ministerio Público, el 21 de noviembre de 2018 (folio 36-39)
- La demanda no fue contestada por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Mediante auto de fecha 18 de octubre de 2019, se convocó a las partes para llevar a cabo la audiencia inicial (Folio 43). La misma fue reprogramada por auto del 27 de noviembre de 2019 (fol. 53).
- La audiencia inicial se llevó a cabo el 29 de enero de 2020 (fol. 61-65).
- Por auto del 21 de octubre de 2020, se ordenó correr traslado para alegar y se dio aplicación al Decreto 806 de 2020 en cuanto a la sentencia anticipada (fol. 82)



3.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada no contestó la demanda.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante⁵: presentó alegatos ratificándose en los argumentos de la demanda.

3.6.2. Parte demandada: No presentó alegatos de conclusión.

3.6.3. Ministerio Público: No rindió el concepto de su competencia.

IV. 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.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011.

5.2. Problema jurídico

El caso bajo estudio, se circunscribe en determinar si:

¿Es procedente declarar la nulidad absoluta o subsidiariamente la nulidad parcial de la Resolución No. 2821 del 06 de abril de 2017, expedida por la Secretaría de Educación de Cartagena quien actuó en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual negó a Miguel Herrera Camacho, el reconocimiento y pago de una pensión Post Mortem con ocasión al fallecimiento de su cónyuge supérstite Julia Herrera Céspedes, docente del Distrito de Cartagena?

En caso de resolverse la nulidad de manera positiva, deberá establecer si,

⁵ Fols. 106-110



¿Es procedente el restablecimiento del derecho de la parte demandante que este despacho determine y condene a la Nación -Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ¿a reconocer y pagar una pensión Post Mortem a favor de Miguel Herrera Camacho y de su hija menor María Julia Herrera Herrera?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala concederá las pretensiones de la demanda, por cuanto a los demandantes le son aplicables los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993 (régimen general), por vía de excepción, en virtud del principio de favorabilidad para acceder al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte de la docente Julia Herrera Céspedes, en aras de evitar un trato discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues dichas disposiciones son más favorables que las contenidas en el Decreto 224 de 1972.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Régimen especial de pensión de sobrevivientes de docente⁶

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."

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

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Bogotá, D. C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 08001-23-33-000-2017-00379-01(0176-19)



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.

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, solo cuando estos hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, equivalente al 75 % de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su muerte.

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 causante .

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. 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 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.

(...)

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 [por 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. 7 (Resalta la Sala).

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 registrado en el sistema y hubiere cotizado por lo menos 50 semanas al momento de la muerte.

En lo que tiene que ver con los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el Artículo 47 de la Ley 100 de 1993 dispone que lo son: de manera vitalicia el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite; los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años que se encuentren incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y que dependan económicamente del causante al momento de su muerte; y, los



hijos inválidos si dependen económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

La citada disposición prevé que, en caso de faltar el cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los padres del causante si dependían económicamente de la persona fallecida. Y 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.

Como se observa, los Artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 extendieron el beneficio de la pensión de sobrevivientes a todo el núcleo familiar del causante, mientras que el Artículo 7 del Decreto 224 de 1972 solo protege a los hijos menores y al cónyuge.

Quiere decir lo anterior, que el régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes, es más favorable que el régimen especial contemplado en el Decreto 224 de 1972, pues mientras este último prevé como requisito para acceder a la prestación un tiempo de servicios de 18 años, la Ley 100 de 1993, contentiva del régimen general, tan solo exige 50 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la muerte del causante, resultando de esta manera más beneficioso.

Así las cosas, si bien se ha afirmado en reiteradas ocasiones la inexistencia de un régimen especial en materia pensional para los docentes y la observancia de las reglas contenidas al respecto dentro de la Ley 91 de 1989, que remiten a la aplicación para los docentes nacionales y nacionalizados de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público, debe advertirse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como la pensión gracia y la pensión que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando este último no logró alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al sistema para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios.

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972 que contiene el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos sin cumplir con los requisitos para percibir pensión de jubilación, consagra el derecho a la pensión post mortem pero solo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos



menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tacita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, rectificó la posición frente a la aplicación retrospectiva del régimen general de pensiones en virtud del principio de favorabilidad e igualdad consagrado en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 y, consideró que la ley que resulta aplicable es la que se encuentre vigente al momento en que se estructura el derecho, esto es, en el caso de la pensión de sobrevivientes en la fecha en que se produjo la muerte del causante. La posibilidad de exigir la aplicación de la Ley 100 de 1993 en los términos señalados en el artículo 288 citado ante el cotejo con lo indicado en normas anteriores a su vigencia, requiere que el derecho reclamado con base en la normativa anterior se hubiere consolidado en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que esta última estuviera rigiendo en el caso concreto⁷.

5.5.1 CASO CONCRETO

5.5.1.1 Hechos relevantes probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico lo siguiente:

- Cédula de ciudadanía de la señora Julia Herrera Céspedes, en el que se acredita que nació el 01 de diciembre de 1969⁸.
- Registro civil de defunción de la señora Julia Herrera Céspedes, en el que se avizora que falleció el 02 de enero de 2011⁹.
- Certificado de salarios devengado por la señora Herrera Céspedes durante los años 2010-2011¹⁰.
- Certificado de historia laboral de la causante¹¹.
- Registro civil de nacimiento del señor Miguel Herrera Camacho¹².

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Bogotá, D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00091-01(0229-18), Actor: LUZ STELLA OTÁLVARO RAMÍREZ, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO

⁸ fol. 7

⁹ fol. 9

¹⁰ fols. 10

¹¹ fols. 11-12

¹² fols. 15



- Registro civil de nacimiento de la menor María Julia Herrera Herrera, en el que figuran como padres el señor Miguel Antonio Herrera Camacho y la señora Julia Herrera Céspedes¹³.
- Declaración juramentada rendida por la señora Yoryani Isabel Noguera Obirne¹⁴.
- Declaración juramentada rendida por la señora Aracelis Simancas Ortega¹⁵.
- Declaración juramentada rendida por el señor Miguel Herrera Camacho¹⁶.
- Resolución No. 2821 del 06 de abril de 2017, por medio de la cual la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, niega la pensión port-mortem al demandante y a la menor María Julia Herrera¹⁷.
- Testimonio de las señoras Yoryani Isabel Noguera Obirne y Aracelis Simancas Ortega¹⁸.
- Hoja de revisión de solicitud de pensión postmortem, en el que la entidad demandada certifica que la señora Julia Herrera Céspedes laboró desde el 10 de mayo de 1995 hasta el 02 de enero de 2011, esto es un total de 16 años, 7 meses y 24 días¹⁹.

5.5.1.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, el demandante solicita la nulidad de la Resolución No. 2821 del 06 de abril de 2017, por medio de la cual se le niega la pensión de sobreviviente como cónyuge supérstite de la señora Julia Herrera Céspedes, y, en consecuencia, se le reconozca dicha prestación. La entidad demandada consideró en el acto demandado que ello no es viable en consideración a que la causante no había acreditado la totalidad del tiempo exigido por el artículo 7 del Decreto Ley 224 de 1972.

De las pruebas allegadas al expediente, se encuentra probado lo siguiente:

- La señora Julia Herrera Céspedes, nació el 01 de diciembre de 1969²⁰, y falleció el 02 de enero de 2011²¹, contando para dicha fecha con la edad de 41 años.

¹³ fol. 16

¹⁴ fol. 17

¹⁵ fol. 18

¹⁶ fol. 19

¹⁷ fol. 20-21 y 87

¹⁸ fols. 64 rev

¹⁹ fol. 88

²⁰ fol. 7

²¹ fol. 9



- Se demostró conforme a la hoja de vida enviada por la entidad demandada que, la señora Herrera Céspedes laboró desde el 10 de mayo de 1995 hasta el 02 de enero de 2011, esto es un total de 16 años, 7 meses y 24 días²².

Por tal motivo, debe decirse que en el caso concreto la señora Julia Herrera Céspedes (Q.E.P.D) al momento de su muerte no acumulaba un tiempo de servicio como docente igual a 18 años que permitiera el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de su cónyuge e hija, en los términos del Decreto 224 de 1972, toda vez que, desde el momento en que inició sus labores como docente y hasta su muerte, trascurrieron 16 años, 7 meses y 24 días.

Pese a lo anterior, conforme al marco jurisprudencial aquí citado, 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. Adicionalmente, nuestro máximo tribunal ha sostenido que la Ley 100/1993 resulta aplicable para aquellos casos en que el derecho reclamado se hubiere consolidado en vigencia de la misma, presupuesto que se cumple en el presente asunto.

En efecto, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente Julia Herrera Céspedes (Q.E.P.D) laboró como docente al servicio del Distrito de Cartagena desde el 10 de mayo de 1995 hasta el 02 de enero de 2011, lo que permite a la Sala dar por probado que dentro de los 3 años anteriores a su muerte esto es, entre el 02 de enero de 2008 al 02 de enero de 2011, cotizó más de cincuenta semanas por concepto de pensión, tal y como se avizora de los certificados de salarios e historia laboral allegados por la demandada²³.

Ahora bien, conforme los beneficiarios de la pensión de sobreviviente el artículo 47 de la Ley 100/1993, ha establecido unos presupuestos que deber ser demostrados para ser acreedores de la misma, por lo que la Sala entrará a estudiar si los aquí demandantes cumplen con los mismos:

Frente a la menor María Julia Herrera Herrera, en calidad de hija de la causante, se encuentra probado conforme al registro civil de nacimiento allegado que nació el 11 de febrero de 2004, en el mismo figuran como padres el señor Miguel

²² fol. 88

²³ fols. 10-12



Antonio Herrera Camacho y la señora Julia Herrera Céspedes²⁴, y como declarante el padre de esta. Por lo que se encuentra probado su derecho a percibir el 50% de la prestación reconocida.

En cuanto al señor Miguel Herrera Camacho, avizora esta Sala que, el mismo es padre de la menor María Julia Herrera Herrera; adicionalmente en la declaración juramentada por él rendida, manifestó que convivió en unión libre de forma pública e ininterrumpida con la causante, compartiendo el mismo techo, lecho y mesa hasta el día de su fallecimiento, procreando una hija de doce años para la fecha de la declaración, afirmando que dependía económicamente de su compañera permanente²⁵.

Con la demanda se allegó la declaración juramentada rendida por la señora Yoryani Isabel Noguera Obirne²⁶, la cual manifestó lo que a continuación se transcribe:

"Que conozco de vista trato y comunicación hace más o menos 10 años a el señor MIGUEL ANTONIO HERRERA CAMACHO identificado con cedula de ciudadanía No. 73.113.220 y del conocimiento que tengo del sé que convivio bajo el mismo techo de forma pública notoria e ininterrumpidamente, en unión libre con la señora JULIA HERRERA CEPEDES, desde el 29 de marzo 1. 999 hasta el día 02 de enero del año 2.011 Identificada en vida con cedula de ciudadanía No. 45.487 .341, con quien compartía lecho, techo y mesa hasta el último día de su vida, y procreo una hija de nombre de MARIA JULIA HERRERA HERRERA actualmente de 12 años y con quien vivía bajo el mismo techo en el Barrio el Bosque calle san ronque No.21-31. Así mismo declaro que se que es cierto y verdadero que la señora JULIA HERRERA CEPEDES a la fecha de su fallecimiento no tenía unión de pareja conformada con persona alguna distinta al señor MIGUEL ANTONIO HERRERA CAMACHO que es su compañero sobreviviente y no tuvo más hijos matrimoniales ni extramatrimoniales, ni adoptivos ni de crianza, ni vivos ni muertos, ni con el, ni con otro hombre distinto del aquí mencionando. Y a la fecha actual no se ha iniciado proceso de sucesión de los bienes de la causante la cual no dejo antes de fallecer testamento ni albacea con tenencia ni administración de bienes, razón por la cual manifiesto que no existen otras persona con igual o mejor derecho para efectuar derechos que el señor MIGUEL ANTONIO HERRERA CAMACHO que es su compañero sobreviviente y su hija MARIA JULIA HERRERA HERRERA. También declaro que al momento del fallecimiento de la señora JULIA HERRERA CEPEDES el señor MIGUEL ANTONIO HERRERA CAMACHO y su hija JULIA HERRERA HERRERA dependía económicamente de ella".

De igual forma, se allegó la declaración juramentada rendida por la señora Aracelis Simancas Ortega²⁷.

"declaro bajo la gravedad de juramento que conozco de vista trato y comunicación desde hace aproximadamente once (11) años, al señor miguel antonio herrera camacho, identificado con la cedula de ciudadania numero 73.113.220 expedida en cartagena, y por el conocimiento que de el tengo, se que es cierto y verdadero que el, durante doce (12) años convivio en union libre de carácter permanente con la señora julia herrera cespedes, fallecida el dos (2) del mes

²⁴ fol. 16

²⁵ fol. 19

²⁶ fol. 17

²⁷ fol. 18



de . enero del año dos.mil diez (2010), identificada en vida con la cedula de ciudadanía no. 45.487.341 expedida en cartagena, con quien hacia vida marital y compartia el mismo techo, el mismo lecho y la misma mesa desde esa misma epoca, con quien procreó una (01) hija de nombre maria julia herrera herrera actualmente de doce (12) años de edad, y con quien vivia bajo el mismo techo, hasta la fecha de su fallecimiento, en barrio el bosque trv. 42 cl. san roque no. 21-31; asimismo declaro que el señor miguel antonio herrera camacho y su hija maria julia herrera herrera, dependian economicamente y en todos los aspectos de la finada señora julia herrera cespedes, ademas declaro que es cierto y verdadero que la finada señora julia herrera cespedes, a la fecha de su fallecimiento no tenia union libre de pareja conformada con persona distinta al señor miguel antonio herrera camacho, que es su compañero sobreviviente, y no tuvo mas hijos, ni matrimoniales, ni extramatrimoniales, ni adoptivos, ni de crianza, ni por reconocer, ni vivos ni muertos, ni con el, ni con ninguno otro hombre, distintos a la aquí mencionada, y a la fecha actual, no se ha iniciado proceso de sucesion de los bienes de la causante, la cual tampoco dejo antes de fallecer testamento ni albacea con tenencia y administracion de bienes, razon por la cual manifiesto que se desconoce la existencia de otra (s) persona (s) con igual o mejor derecho para efectuar reclamaciones que el señor miguel antonio herrera camacho, que es su compañero sobreviviente".

Las anteriores declaraciones fueron ratificadas por las declarantes en el curso de la audiencia inicial, las cuales manifestaron lo siguiente:

- Yoryani Isabel Noguera Obirne²⁸: Relató que, tiene aproximadamente 10 años de conocer a la familia, tenían una buena convivencia, la causante era una buena maestra, madre y esposa. Los conoció por medio de una hermana de él, compartiendo con ellos muchos momentos, los visitaba muy frecuente, lo que le permitió evidenciar la relación estrecha que tenía con su hija y su esposo. Cuando los conoció y hasta la fecha del testimonio, el señor Herrera no tenía un trabajo estable, indicó que se rebuscaba, por lo que al ser la señora Julia Herrera la que trabajaba todos dependían de ella. Adujo que conoció a la menor María Julia cuando tenía 6 años de edad, estaba estudiando en el colegio la Asunción. Puso de presente que la señora Julia falleció a raíz de un accidente en moto, lo que le ocasionó un trombo. Desconoce el tiempo total de convivencia entre la causante y el actor.
- Aracelis Simancas Ortega²⁹: Manifestó que, es vecina del demandante y la causante, los conoció desde la etapa de su noviazgo, ella era docente, y él se rebuscaba o hacía "marañas", convivieron hasta su muerte, producto de un accidente que le ocasionó un trombo, relató que la menor siguió dependiendo de su padre y a la fecha de testimonio contaba con 15 años de edad. Preciso que, no conoció que el señor Herrera tuviera un trabajo estable, realizando diversas actividades como mototaxismo, y en otra ocasión lo vio repartiendo volantes del círculo de lectores. Aclaró que, ambos de jóvenes vivieron en la calle san roque del barrio bosque, y que antes de ser novios fueron vecinos. Desconoce si el señor Miguel estaba afiliado algún sistema de salud; aduciendo que a su juicio ella era quien más aportaba al hogar porque era quien tenía un trabajo estable. Indicó que, convivieron aproximadamente 30 años debido a que antes de que la niña María Julia naciera ya ellos vivían, relatando que el

²⁸ Min. 18:10

²⁹ Min. 34:41

bachillerato la menor lo estudió en la normal piloto y cuando su madre falleció estaba muy pequeña. Nunca se casaron se fueron a vivir juntos y ya. Manifestó que, solo tuvieron una hija, no le conoció más.

Así las cosas, conforme a los testimonios recepcionados, se encuentra probado que entre los señores Julia Herrera Céspedes y Miguel Herrera: (i) existió una convivencia mayor a dos (2) años continuos con anterioridad a la muerte de la causante; (ii) procrearon una hija identificada como María Julia Herrera Herrera, y (iii) se demostró que la docente fallecida era quien proporcionaba el mayor aporte económico a su hogar.

Finalmente, se concluye que a los demandantes le son aplicables los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993 (régimen general), por vía de excepción, en virtud del principio de favorabilidad para acceder al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte de la docente Julia Herrera Céspedes, en aras de evitar un trato discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues dichas disposiciones son más favorables que las contenidas en el Decreto 224 de 1972.

Por lo anterior, esta Sala declarará la nulidad de la Resolución No. 2821 del 06 de abril de 2017 expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, en el sentido que negó la pensión de sobrevivientes en favor de los demandantes, toda vez que no se ajustó a las disposiciones de rango constitucional y legal previstas para la materia, así como la jurisprudencia reiterada de las distintas altas cortes.

5.6. Monto de la pensión de sobreviviente

Con relación al porcentaje en que se debe reconocer la pensión, la entidad demandada pagará la prestación reconocida, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley 100/1993, en un monto equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que éste exceda el 75% del ingreso base de liquidación del causante, incluyendo las mesadas adicionales que se hayan causado de la misma fecha y aplicando los reajustes anuales de la pensión, en la forma prevista en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes previstos en la ley.

La pensión será reconocida en una proporción igual al 50% para cada uno de ellos, y en el evento en que alguno de ellos pierda su derecho, acrecienta el derecho del restante beneficiario.



5.3. Prescripción

Vemos que la fecha en que la causante JULIA HERRERA CESPEDES, falleció el 2 de enero de 2011, por lo que el derecho a reclamar la pensión de sobreviviente se causó a partir del día siguiente, esto es, el 3 de enero de 2011; presentándose por parte del señor Miguel Herrera la petición el 27 de diciembre de 2016. Ahora bien, la demanda se presentó la demanda el 25 de julio de 2017, es decir, posterior a los 3 años de prescripción, por lo que deben entenderse que se encuentran prescritas las mesadas anteriores al 3 enero de 2014.

5.4. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, sin embargo, cuando la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de imponerla.

Con base en las anteriores normas, esta Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, por cuanto el Decreto 224 de 1992 obligaba a la negativa de la pretensión, efectuándose la prosperidad de las mismas con motivo a la interpretación de la jurisprudencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 2821 del 06 de abril de 2017, por medio de la cual se le niega la pensión de sobreviviente al señor MIGUEL HERRERA CAMACHO y MARÍA JULIA HERRERA HERRERA, como cónyuge supérstite e hija respectivamente, de la señora Julia Herrera Céspedes, por lo aquí expuesto.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho **CONDÉNASE** a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a favor del señor MIGUEL HERRERA CAMACHO y la menor MARÍA JULIA HERRERA HERRERA, en calidad de cónyuge e hija de la docente causante JULIA HERRERA CESPEDES, a partir de la causación del



derecho el 03 de enero de 2011, de conformidad a lo establecido en los artículos 46, 47, 48 y siguientes de la Ley 100 de 1993, esto es, en monto equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que éste exceda el 75% del ingreso base de liquidación del causante, incluyendo las mesadas adicionales que se hayan causado de la misma fecha y aplicando los reajustes anuales de la pensión, en la forma prevista en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes previstos en la ley.

TERCERO: DECLARAR prescritas las mesadas anteriores al 3 enero de 2014, por lo aquí expuesto.

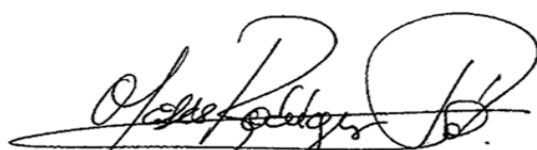
CUARTO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a la parte demandada, por lo antes expuesto.

QUINTO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión virtual No.045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ