



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

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicado	08-001-33-33-006-2017-00315-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	LUCELLY DÍAZ DE RIVERA
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Juez (a)	LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

I.- Pronunciamiento.

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

II.- Antecedentes.

1.- Pretensiones.

Se sintetizan de la siguiente manera:

1.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 612 del 2017, proferida por el FOMAG, mediante la cual negó la pensión de sobreviviente de la demandante.

2.- Como consecuencia de lo anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente contemplada en la Ley 71 de 1988 a favor de la demandante, desde la fecha de la muerte del causante, es decir el 24 de febrero de 2013 y hacia futuro, liquidada con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, con el retroactivo correspondiente, incluyendo las mesadas adicionales y los incrementos anuales de Ley.

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

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

2.- Hechos.

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

1.- El señor Luis Eduardo Rivera García nació el 20 de enero de 1939.

2.- El señor Luis Eduardo Rivera García contrajo matrimonio religioso con la señora Lucelly Díaz de Rivera el día 27 de diciembre de 1970, con quien vivió de forma continua e ininterrumpida por 42 años y dos meses hasta el día de su muerte, bajo el mismo techo, compartiendo cama, mesa, y lecho.

3.- El señor Luis Eduardo Rivera García prestó tiempo de servicios como empleado público para el INCORA entre el 06 septiembre de 1966 y el 18 de diciembre de 1973, para un total de 2623 días de los cuales no se realizaron aportes por la entidad pública a ninguna caja, fondo o entidad de seguridad social.

4.- Posteriormente, el señor Luis Eduardo Rivera García laboró como empleado público para la Secretaría de Educación del Caquetá entre el 21 de febrero 1976 y el 18 de julio de 1977 para un total de 508 días que fueron cotizados a Cajanal por la entidad pública.

5.- El señor Luis Eduardo Rivera García cotizó al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) 248,71 semanas (1741 días) a través de las empresas privadas donde laboró desde el año 1977 hasta 1986.

6.- Finalmente, el señor Luis Eduardo Rivera García laboró como docente NACIONAL para la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico desde el 11 de octubre 1994 hasta el 30 de diciembre 2003, es decir por un total de 3320 días.

7.- El último lugar de prestación del servicio del docente fue en la Institución Educativa San Pablo de Polo Nuevo, Municipio de Polo Nuevo, Departamento del Atlántico, tal como consta en el decreto 0955 de 2003 a través del cual se le aceptó la renuncia.

8.- Por tener cumplidos los requisitos para optar por la pensión por aportes de la ley 71 de 1988, dado que contaba con 68 años y tenía acumulados entre el sector público y privado 8192 días de cotizaciones y tiempos de servicios que equivalen a 22,75 años, el señor Luis Eduardo Rivera García realizó la solicitud de la prestación ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 16 de marzo de 2007, la cual fue negada a través de la resolución 0415 del 18 de abril de 2008 porque el I.S.S, el Incora, y el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia no aceptaron las cuotas partes basados en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

9.- El señor Luis Eduardo Rivera García falleció el 24 de febrero de 2013 en la Ciudad de Barranquilla.

10.- Que por encontrarse legitimada para acceder a la pensión post mortem 20 años, la esposa del difunto Lucelly Díaz de Rivera presentó reclamación ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 6 de agosto de 2015 en calidad de cónyuge superviviente, documentación que fue recibida por la señora Consuelo Cubides, y que figura en el sistema de atención al ciudadano (sac) de la entidad con el radicado 2015PQR16580.

11.- La solicitud de pensión se resolvió de manera negativa a través de la resolución No. 612 del 2017, notificada el 29 de agosto de 2017, donde después de totalizar el tiempo laborado en 6451 días, se llega a la conclusión que el causante no contaba con 18 años de servicios oficiales exigidos en el artículo 7 del decreto 224 de 1972.

12.- Contra el acto administrativo expedido no se presentó recurso de reposición dado que no era obligatorio.

13.- La fecha de solicitud de la prestación económica se realizó el día 6 de agosto de 2015, y además la pensión solicitada fue una pensión post mortem 20 años, tal como se puede observar en el “formato de solicitud sustitución pensional y pensiones post-mortem” que se radicó, donde se señaló la casilla correspondiente a dicha prestación económica.

14.- El análisis exclusivo de la pensión post-mortem 18 años por parte de la administración, tuvo como consecuencia que se omitiera estudiar la normatividad correspondiente a la pensión post-mortem 20 años, en la que encaja la Ley 71 de 1988, con la cual se cumplía holgadamente, dado que en la resolución 612 de 2017 no fueron tenidas en cuenta las 248,71 semanas de cotizaciones realizadas al Instituto de los Seguros Sociales con empresas particulares.

15.- El tiempo de servicio relacionado en la resolución 612 de 2017, es decir 6451 días laborados, sumados a los 1741 días (248,71 semanas) faltantes, arroja un total de 8192 días que equivalen a 22,75 años, lo cual hace viable la prestación post mortem 20 años en los términos de la ley 91 de 1989, ley 71 de 1988, y el decreto 1160 de 1989.

3.- Concepto de Violación

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

Legales:

- Ley 91 de 1989
- Decreto 3752 de 2003
- Ley 12 de 1975
- Ley 71 de 1988
- Decreto 1160 de 1989

Arguye la parte actora que, conforme a las normas relacionados en precedencia, el señor Luis Rivera cumplió en vida con los requisitos para hacerse acreedor a la pensión por aportes del artículo 7 de la Ley 71 de 1989, esto es, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, situación que otorga a la demandante el derecho a percibir la pensión de sobreviviente por la remisión normativa que hace el mismo artículo 3 de la Ley 71 de 1988 que permite la aplicación del artículo 1 de la Ley 33 de 1973.

Sostiene que tiene la demandante convivió con el causante por el término de 42 años y 2 meses hasta el día de su muerte bajo el mismo techo, por lo que cumple con los preceptos normativos del artículo 2 de la Ley 33 de 1973 y el artículo 2 de la Ley 12 de 1975, que exigen la convivencia para el momento de la muerte.

En tal sentido, asegura que las normas en que se fundamenta la demanda son claras al señalar que los beneficios a favor de los pensionados se extienden al cónyuge supérstite. Por último, dice que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio omitió realizar el estudio de las normas indicadas, lo que llevó a denegar la pensión de sobreviviente.

4.- Contestación

II.4.1.- Nación –Ministerio De Educación Nacional –Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

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

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

Manifiesta que la pensión post-mortem para docentes fue creada y definida por el Gobierno Nacional a través del Decreto 224 de 1972, como una compensación a la labor de los docentes que se encuentren en las siguientes condiciones: i) que al momento de su muerte no hayan completado la edad para ser beneficiarios de la pensión; ii) que se hubieran desempeñado como profesores en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o discontinuos; iii) que sobreviva su cónyuge, o los hijos menores, mientras no cumplan la mayoría de edad. De todas maneras, la pensión en ningún caso puede exceder el plazo de cinco años ni es compatible con la pensión de jubilación.

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

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

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

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

5.- Actuación Procesal

La demanda fue presentada el día 30 de octubre de 2017¹, siendo admitida en auto de 13 de diciembre de 2017², mediante el cual se dispuso notificar personalmente a las partes y al Ministerio Público, corriendo traslado en los términos de los artículos 172 y 199 del CPACA y 612 del CGP, actuación surtida en debida forma el día 16 de abril de 2018³

Vencido el término de traslado de la demanda de que trata el artículo 199 CPACA y 612 del CGP, se corrió traslado de las excepciones planteadas por la parte demandada a través de fijación en lista adiada 25 de julio de 2018⁴, entre el 26 y el 31 de julio de esa anualidad.

Seguidamente, vencido el termino de traslado de las excepciones, se dictó auto de 04 de mayo de 2018⁵, fijando el día 06 de noviembre de 2018 a las 09:30 a.m. como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, diligencia en la cual se realizó el control de legalidad, se decidió sobre las excepciones previas propuestas, fue fijado el litigio conforme a los hechos de la demanda y la contestación de la misma y se tuvieron como pruebas los documentos aportados por las partes, fijándose el día 12 de diciembre de 2018 como fecha para la celebración de la audiencia de pruebas contenida en el artículo 181 CPACA, diligencia en la que fueron recepcionados los testimonios decretados. Se dispuso sobre la presentación de los alegatos de conclusión a través de proveído fechado 19 de marzo de 2019, otorgando a las partes el término de 10 días para tales efectos, el cual se encuentra vencido.

6.- Alegaciones

Las partes no alegaron de conclusión.

7.- Concepto Del Ministerio Público

En esta oportunidad, el ministerio público no rindió concepto

III.- Control de legalidad.

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

IV.- Consideraciones.

1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico se contrae en determinar si debe declararse o no la nulidad de la Resolución No. 612 del 2017 y en consecuencia, si se debe o no ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en favor de la demandante en calidad de cónyuge supérstite del señor Luis Eduardo Rivera García, con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, con el retroactivo correspondiente, incluyendo las mesadas adicionales y los incrementos anuales de Ley,

¹ Folio 92

² Fls. 69-70

³ Fls. 81-87

⁴ Fl. 106-109

⁵ Fl 111 rv

de conformidad con la Ley 91 de 1989, Decreto 3752 de 2003, Ley 12 de 1975, Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989.

2.- Tesis.

El Despacho sostendrá la tesis de que en el presente asunto se encuentra probado que la demandante tiene derecho a percibir una pensión post-mortem conforme a las disposiciones de la Ley 224 de 1972, por haber acumulado su difunto esposo más de 20 años de cotizaciones en distintos fondos pensionales, procediendo la acumulación de aporte de la Ley 71 de 1988.

3.- Marco Normativo y Jurisprudencial

Sea lo primero indicar que, la Ley 91 de 1989 *“por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarias; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa”*, estableció en su artículo 15 señaló:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...”

De esa manera, los docentes nacionales y los que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, tales como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y los que a futuro se expidieran. Igualmente, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

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

“ARTÍCULO 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.”

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

Acreditadas esas condiciones, la pensión se reconoce en un 75% de la asignación mensual señalada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las pretensiones del presente medio de control se encuentran dirigidas al reconocimiento de una pensión post-mortem en favor de la cónyuge de un docente que acumuló aportes tanto al Instituto de Seguro Social (hoy COLPENSIONES), como al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe decirse que, conforme el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 es procedente la acumulación de aportes efectuados por los empleados públicos en distintos fondos y cajas de previsión social, así:

“Artículo 7 .- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.”

A su turno, el artículo 1° del Decreto 2709 de 1994 por medio del cual fue reglamentado el precitado artículo, señaló:

“Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

El mismo Decreto 2709 determinó en su artículo 10:

“Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

Parágrafo. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago."

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en proveído de 11 de enero de 2014, en el cual desató conflicto de competencia administrativa entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Administradora Colombiana de Pensiones, sostuvo:

"Las circunstancias atinentes a la edad y a la vida laboral de una persona, junto con las afiliaciones y cotizaciones destinadas a su pensión de jubilación o de vejez, determinan el régimen legal aplicable y la autoridad competente para el efecto.

Es necesario entonces advertir que cuando la Sala analiza las condiciones personales del interesado en una pensión de jubilación o vejez y el régimen legal que de tales condiciones resulta, no define si en efecto el peticionario tiene el derecho a la pensión de jubilación que reclama ni tampoco las condiciones de su reconocimiento, pues esos son los asuntos que corresponde dilucidar y decidir de fondo a la autoridad administrativa que, con base en la normatividad aplicable, sea declarada competente.

Así pues, de acuerdo con los documentos recibidos por la Sala, los vínculos laborales y las afiliaciones y cotizaciones al ISS y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del señor Tostón de la Calle, estos configuran la denominada pensión por aportes como quiera que el tiempo legalmente exigido resulta de la suma de las cotizaciones que efectuó al ISS y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dadas sus vinculaciones a los sectores público y privado.

Recuérdese entonces que la Ley 71 de 1988 estableció el derecho a la pensión de jubilación para aquellas personas que cotizaron al Instituto de Seguros Sociales y a entidades de previsión social del sector público, y requieren acumular dichas cotizaciones para completar los veinte (20) años de aportes exigidos por los respectivos regímenes pensionales. Dijo así el artículo 7° de la Ley 71 en cita:

"Artículo 7 .- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer."

⁶ Ley 71 de 1988 (diciembre 19) "por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones". Entró a regir el 19 de diciembre de 1988, fecha de su sanción, porque así lo ordenó el artículo 13: "La presente ley rige a partir de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias."

Este artículo fue reglamentado por el Decreto 2709 de 1994, que denominó la pensión así obtenida como pensión de jubilación por aportes:

"Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público".

El mismo Decreto 2709 determinó en su artículo 10:

"Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

Parágrafo. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago."

La norma transcrita precisa la entidad pagadora de la pensión por aportes estableciendo como regla general que dicho pago lo asume la última de las entidades de previsión a la cual haya cotizado el interesado durante 6 años continuos o discontinuos, como mínimo; y si este mínimo no se cumple, entonces la pensión deberá ser pagada por la entidad de previsión a la que mayor tiempo haya estado afiliado el solicitante de la pensión.

Hace notar la Sala que ni el artículo 10 transcrito ni las demás disposiciones del Decreto 2709 de 1994, como tampoco el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, establecen relación alguna entre el estatus de pensionado y los últimos seis años de cotizaciones. Claramente esta exigencia temporal fue establecida con referencia a la entidad de previsión.

Advierte también la Sala que la interpretación del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994 en el sentido expuesto, no le genera duda alguna, pues como lo ha analizado y sustentado en las oportunidades en las cuales se han sometido a su consideración conflictos de competencia fundados en la

⁷ Decreto 2709 de 1994 (diciembre 13) "por el cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 71 de 1988"

expresada posición del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la conclusión invariable ha sido que⁸:

“El artículo 10 del Decreto 2709 de 1994 señala que el deber de reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes es de la entidad de previsión en la que concurren dos condiciones: a) Ser la última entidad de previsión a la que se realizaron los aportes; y b) haber recibido los aportes durante un tiempo mínimo de seis años continuos o discontinuos. En el evento en que no se cumpla alguna de estas dos condiciones, la entidad a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes será la obligada a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes.

Observa entonces la Sala que esta norma no establece un plazo límite en la contabilización del tiempo mínimo de seis años de aportes continuos o discontinuos requerido para la obtención de la pensión de jubilación por aportes, ni señala como fecha de corte de los aportes el día en que el afiliado adquiere el status de pensionado.”

La norma reglamentaria en comento y el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, no han sido modificados y, por consiguiente, tampoco se encuentran elementos nuevos que orienten o impongan un cambio en el criterio de interpretación.”

Así pues, puede afirmarse que la Ley 224 de 1977 es clara al señalar los requisitos para acceder a la pensión post-mortem de los beneficiarios del docente afiliado al FOMAG con anterioridad al 26 de junio de 2003 que lograre acreditar un mínimo de 18 años de servicios; igualmente resulta procedente la acumulación de aportes del docente oficial que haya realizado cotizaciones en diferentes fondos pensionales y cajas de previsión social a la luz del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 para tales efectos.

Siendo ello así, corresponde al último fondo pensional o entidad de previsión social a la que haya estado afiliado el causante, siempre que hubiese efectuado aportes continuos o discontinuos por un mínimo de seis (6) años, proceder al reconocimiento y pago de la pensión post-mortem de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994.

V.- Caso Concreto

1.- Hechos Probados

Se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

1.- Que el señor Luis Rivera García laboró con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria desde el 06 de septiembre de 1966 hasta el 18 de diciembre de 1973, en el cargo de Asistente Agrotecnia 10-D, por el tiempo de 7 años 3 meses y 25 días, conforme al certificado laboral expedido por la Coordinador del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas. (Folios 43-50).

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 19 de enero de 2006, Radicación No. 110010306000200500014 00; y en la Decisión del 2 de septiembre de 2010, Radicación No. 110010306000201000104 00, dijo: “Advierte la Sala que la correcta interpretación del artículo 10 del decreto 2709 de 1994, consiste en que el solicitante de la pensión debe acreditar, al momento de pedirla mínimo seis años continuos o discontinuos de aportes a la última entidad de previsión a la cual hubiera estado afiliado, para que ésta esté obligada al reconocimiento de dicha prestación. / El texto del artículo 10 no permite inferir que el término de los seis años deba contarse hasta la adquisición del status de pensionado, porque como ya se dijo está referido exclusivamente al hecho de aportar y a la última entidad de previsión en la cual dicha aporte se hubiere realizado.”

- 2.- Que el señor Luis Rivera García laboró con la Fundación Educativa del Café en el cargo de Instructor mediante contrato de trabajo desde el 01 de julio de 1977 hasta el 30 de marzo de 1979, por el término de 1 año y 8 meses (Folio 51)
- 3.- Que el señor Luis Rivera García laboró con la sociedad Hojalata y laminados S.A., desde el 13 de octubre de 1983 y el 19 de agosto de 1986, afiliado al ISS, por el término de 2 años y 4 meses. (Folio 52)
- 4.- Que el señor Luis Rivera García se vinculó al FOMAG como docente mediante Decreto No. 000783 de 15 de junio de 1994, hasta el 30 de diciembre de 2003, con un tiempo de servicios de 9 años 2 meses y 19 días. (Folio 138)
- 5.- Que el señor Luis Rivera García cotizó un total de 7.332 días, equivalentes a más de 20 años de servicio, conforme a la relación de tiempos señalada en la Resolución No. 0415 de 18 de abril de 2008, por medio de la cual la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico negó la pensión de jubilación en favor del finado. (Folios 66-68)
- 6.- Que el señor Luis Rivera García falleció el día 24 de febrero de 2013, conforme al registro civil de defunción con indicativo serial No. 07364865. (Folio 32)
- 7.- Que en el último año de servicios anterior al fallecimiento, esto es el comprendido entre el 01 de enero y el 30 de diciembre de 2003, el señor Luis Rivera García devengó una asignación mensual de \$1.375.948.00, constituida por los factores salariales de asignación básica, prima de alimento, subsidio de transporte, prima de vacaciones y prima de navidad. (Folio 137)
- 8.- Que la señora Lucelly Díaz de Rivera en calidad de cónyuge supérstite solicitó el día 23 de marzo de 2013, ante la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico el reconocimiento de pensión post-mortem 20 años. (Folio 22)
- 9.- Que la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento de pensión post-mortem mediante la Resolución No. 612 de 2017, por considerar que el señor Luis Rivera García no acreditó 18 años de servicios oficiales al momento de su fallecimiento, por lo que no le era aplicable a actora la Ley 244 de 1972. (Folios 18-21)

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

La parte demandante en sus pretensiones solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 612 del 2017 y en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en su favor en calidad de cónyuge supérstite del señor Luis Eduardo Rivera García, con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, con el retroactivo correspondiente, incluyendo las mesadas adicionales y los incrementos anuales de Ley, de conformidad con la Ley 91 de 1989, Decreto 3752 de 2003, Ley 12 de 1975, Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989.

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

Conforme a lo aducido en el marco normativo y jurisprudencial del presente proveído, se tiene que la pensión post-mortem debe ser reconocida a los beneficiarios del docente afiliado al FOMAG con anterioridad al 26 de junio de 2003, que al momento de su

fallecimiento hubiere acreditado un mínimo de 18 años de servicios en el sector oficial sean continuos o discontinuos, lo que le da el derecho a percibir una mesada en un 75% de la asignación mensual señalada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su deceso.

Así pues, en aquellos casos en que el docente haya acumulado aportes en diferentes fondos pensionales y cajas de previsión social, los mismos deben ser computados a la luz del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 y en ese sentido, le corresponderá al último fondo pensional o entidad de previsión social a la que haya estado afiliado el causante, proceder al reconocimiento y pago de la pensión post-mortem, siempre que hubiere efectuado aportes continuos o discontinuos por un mínimo de seis (6) años, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994.

Descendiendo al caso concreto se encuentra acreditado que el señor Luis Rivera García acumuló aportes a pensión en razón de 20 años 6 meses y 2 días, de los cuales los últimos 9 años 2 meses y 19 días correspondieron a los servicios prestados como docente oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que es claro que el *de cujus* alcanzó el requisito mínimo de servicios cotizados para que la señora Lucelly Díaz de Rivera en calidad de cónyuge supérstite percibiera la pensión post-mortem señalada en el artículo 7 de la Ley 224 de 1972.

En atención a lo anterior, esta Agencia Judicial avizora que la nulidad predicada de la Resolución No. 612 de 2017 está llamada a prosperar, cuandoquiera que fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, pues es claro que en sede administrativa se encontraba plenamente probado que el tiempo de servicios acumulados por el señor Luis Rivera García superaba el mínimo de 18 años establecidos en el plurimencionado artículo 7 de la Ley 224 de 1972 y por ello, la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico debió aplicar las disposiciones del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 y en consecuencia, ordenar el reconocimiento y pago de la pensión post-mortem en favor de la actora, máxime cuando acreditó su calidad de cónyuge.

Corolario de lo anterior, para este Despacho Judicial no queda duda de que la demandante tiene derecho de percibir una pensión post-mortem liquidada en un 75% de la asignación mensual señalada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su deceso, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuandoquiera que fue este el último, el fondo en que el finado se encontró afiliado al momento de su muerte y en el cual cotizó más de 9 años, superando ostensiblemente el mínimo temporal establecido en el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994.

Igualmente, la prestación en comento será reconocida con fecha de efectividad de 24 de febrero de 2013, momento en el que se produjo la muerte del señor Luis Rivera García, razón por la que fuerza declarar la nulidad de la Resolución No. 612 de 2017 y en consecuencia, acceder al restablecimiento del derecho deprecado.

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

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

- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*
- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres, Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”.*

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

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

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

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma liquidada en favor del demandante por concepto de retroactivo pensional, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, dividido por el índice inicial de precios vigente al 24 de febrero de 2013, fecha en que se causó el derecho.

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

Revisado el expediente, se aprecia que el derecho a la pensión de sobreviviente se hizo exigible desde el 24 de febrero de 2013, por lo que la actora contaba hasta el día 24 de febrero de 2016 para reclamarlos; atendiendo al hecho de que fue presentada solicitud en tal sentido el día 23 de marzo de 2017 y que la demanda se radicó el día 30 de octubre de 2017, es claro que había operado la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2017, razón por la que el retroactivo pensional a reconocer corresponderá a las mesadas causadas desde dicha fecha, por lo que deberá declararse probada de oficio la excepción en comento.

VI.- Costas

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

VII.- Decisión

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

FALLA

Primero: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución No. 612 de 2017 expedida por el Secretario de Educación del Departamento del Atlántico, a través del cual se denegó el reconocimiento de la pensión post-mortem en favor de la señora Lucelly Díaz de Rivera, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de una pensión post-mortem en favor de la señora **Lucelly Díaz de Rivera**, identificada con cédula de ciudadanía **No. 40.725.161** de conformidad con el artículo 7° de la Ley 224 de 1972 equivalente al 75% de los factores salariales que constituyeron la asignación mensual devengada por el señor Luis Rivera García durante el último año de servicios, esto es entre el 01 de enero y el 30 de diciembre de 2003, que sirvieron de base de cotización en pensión conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: DECLÁRESE probada de oficio la excepción de prescripción conforme a la parte motiva de esta sentencia.

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

Quinto: DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

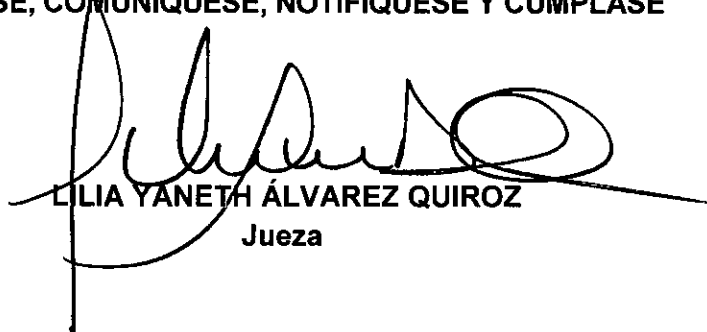
Sexto: DÉSELE cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA

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

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

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

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

ACO

