

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

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

DEMANDANTE: LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 15238333375211201500091-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Este Juzgado recibe el expediente de la referencia encontrándose para fallo, en virtud de la redistribución de procesos provenientes del Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJBOYA17-617 del 10 de febrero de 2017, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare.

En consecuencia, decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

I. ANTECEDENTES:

1. Demanda y tesis del demandante (fl. 2-28):

El ciudadano LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Solicitó el demandante la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 002867 de 12 de mayo de 2014 y 006023 de 26 de septiembre

de 2014, por medio del cual la entidad accionada negó el reconocimiento de la prestación solicitada. A título de restablecimiento de derecho, reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, tomando como base lo devengado por la afiliada conforme al Decreto 1158 de 1994, cuyo valor deberá ser indexado al 24 de agosto de 2006.

Para el accionante, la entidad debió reconocer la pensión de sobrevivientes conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, habida cuenta que **i)** las exigencias de fidelidad en el tiempo de cotización referidas en los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, resultan ser vulneradoras del derecho a la seguridad social, tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional a lo largo de su precedente judicial, el cual fue consolidado a través de la sentencia C-556 de 2009, en la que declaró la inexecutable dichos preceptos; y **ii)** se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, la existencia del cónyuge supérstite que acredite cinco (5) años continuos de convivencia y que el afiliado haya cotizado cincuenta (50) semanas en los últimos tres (3) años anteriores a su muerte

2. Contestación y tesis de la demandada:

La demandada Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda de manera extemporánea, por lo que no se fijó tesis en audiencia inicial.

3. Alegatos de conclusión:

En el término de traslado para alegar (fol. 209), la parte demandada y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio. Sin embargo, el extremo demandante presentó alegatos reafirmando los hechos y argumentos expuestos de la demanda, y agregó que la convivencia permanente y continua entre el demandante y la señora María Aminta Salazar Martínez quedó demostrada con la prueba documental y testimonial recaudada (fol. 210-234).

II. CONSIDERACIONES:

1. Problema jurídico:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho el estudio de legalidad de las Resoluciones Nos. 002867 de 12 de mayo de 2014 y 006023 de 26 de septiembre de 2014, proferidas por la entidad accionada. Para el

efecto, se deberá determinar **i)** si las exigencias de fidelidad en el tiempo de cotización referidas en los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, pueden dar lugar a negar el reconocimiento de la mencionada prestación, por haber ocurrido el deceso del afiliado con anterioridad a la declaratoria de inexecutable dispuesta en la sentencia C-556 de 2009; y **ii)** si el demandante en su calidad de cónyuge superviviente de la docente María Aminta Salazar Martínez (q.e.p.d.) le asiste derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. Marco jurídico:

2.1. De la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993 - Constitucionalidad de la exigencia de fidelidad al sistema general de pensiones como presupuesto para acceder a dicha prestación.

La denominada pensión de sobrevivientes es una prestación derivada del derecho fundamental a la seguridad social, cuyo propósito ha sido desarrollado por la Corte Constitucional argumentando que **"su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado. Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad"**¹.

Dicha prestación fue prevista inicialmente por la Ley 100 de 1993, considerando que:

ARTICULO.46.- Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008.

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

A través de la Ley 797 de 2003, se introdujeron algunas modificaciones en torno a los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes señalados en la norma transcrita, imponiendo para el efecto una exigencia de fidelidad en las cotizaciones, en los siguientes términos:

"Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

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:

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento. (...)"

La modificación legislativa frente al requisito de fidelidad al sistema fue analizada por la Corte Constitucional en dos oportunidades en sede de revisión de tutela², en donde los respectivos Fondos de Pensiones negaron a los solicitantes la pensión de invalidez con sustento en los requisitos de cotización y fidelidad introducidos por las leyes 797 y 860 de 2003, reformatorias del artículo 39 de la Ley 100 de 1993; y en estos casos se dispuso inaplicar la mencionada exigencia mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad

² Corte Constitucional. Sentencias T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

bajo el argumento de que constituía una afectación al principio de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales.

Con posterioridad, tal precedente fue aplicado por la Corte en la sentencia T-1036 de 2008, en la que concedió el amparo solicitado ordenando estudiar la concesión de la pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, esto es, sin las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, utilizando las mismas motivaciones en que se sustentaron las sentencias de tutela reseñadas.

Luego, en ejercicio de la facultad de control abstracto de constitucionalidad, la misma Corporación analizó los literales a) y b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a través de la **sentencia C-556 de 2009**, en la que decidió declarar la inexecutable de los apartes normativos que referían al presupuesto de fidelidad en materia de pensión de sobrevivientes, indicando que *"la exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, es una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios"*.

Posteriormente, surgieron algunas controversias en torno a los efectos retroactivos de la declaratoria de inexecutable, pues se continuaba aplicando los apartes inconstitucionales para los casos en que el fallecimiento del afiliado había ocurrido con anterioridad al 20 de agosto de 2009 (fecha de expedición de la sentencia C-556 de 2009), pues los Fondos Pensionales consideraban que hasta esa fecha la norma estaba vigente y debía ser aplicada.

Al respecto, se ha mantenido la posición³ consistente en que antes de la declaratoria de inexecutable del requisito de fidelidad, la Corte Constitucional ya había consolidado un precedente constitucional que ordenaba aplicar dichas normas, pues desde su vigencia ha pesado una carga de inconstitucionalidad, por lo que *"la sentencia C-556 de 2009 se limitó a declarar la inexecutable formal sobre una norma que desde su expedición se advertía ostensiblemente contraria al ordenamiento superior"*⁴. En la sentencia T-730 de 2009, se precisó:

³ Corte Constitucional. Sentencias T-127 y T-730 de 2009; T-066, T-534, T-576A, T-755 de 2010; T-586A de 2011; y SU-132 de 2013.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2012

"(...) la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo.

Adicionalmente, y si en gracia de discusión se aceptara que resultan constitucionalmente posibles tanto la interpretación que restringe la eficacia de la protección desde el momento en que se profirió la decisión y hacia el futuro, como la que predica su eficacia incluso para las situaciones que se configuraron antes de proferirse la decisión de la Corte, la vigencia del principio pro homine en nuestro orden constitucional obligaría a preferir la interpretación más garantista para los afectados, de manera que también en este caso se estaría ante la misma conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos sociales fundamentales".

Así las cosas, al momento de analizar los requisitos que se deben reunir para reconocer una pensión de sobrevivientes en el régimen general de pensiones, debe acudir al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la siguiente redacción:

"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

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

a) <Literal INEXEQUIBLE>

b) <Literal INEXEQUIBLE>

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

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

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>.”

Y frente a quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el artículo 47 ibídem, establece:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y **cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.** En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado⁵, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte **y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;**

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

(...)

En suma, los requisitos que se deben acreditar para acceder al reconocimiento de la pluricitada prestación en forma vitalicia al cónyuge o compañero (a) permanente del afiliado al sistema, son los siguientes:

- La calidad de ser miembro del grupo familiar del afiliado que fallezca (cónyuge, compañero o compañera permanente).
- Que el afiliado fallecido haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.
- En el caso de que quién reclame sea el cónyuge o compañero permanente debe i) tener 30 o más años de edad a la fecha del fallecimiento del causante, y ii) demostrar la convivencia durante cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

⁵ CSJ SL, 22 de abril de 2015, rad. 62770 “Ha dicho la Sala, para tales efectos, que no existen razones válidas para establecer diferencias entre el afiliado y el pensionado fallecido, como lo reclama la censura, además de que, por el contrario, **la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho a la pensión de sobrevivientes**, que no sufrió mayores modificaciones con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, salvo la que se refiere al tiempo mínimo de la misma, **que debe ser ahora de cinco años, se reitera, tanto para los beneficiarios de un pensionado como para los de un afiliado.**”. La anterior posición ha sido uniforme y puede verse en sentencias como las CSJ SL, 27 ago. 2008, rad. 33885; CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 37093; CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 41625; CSJ SL680-2013, CSJ SL17571-2014, entre otras.

3.- Caso concreto:

Sea lo primero señalar que en el *sub lite* no se sometió a controversia el régimen pensional aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada por el demandante LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA, y que además luego de revisar los actos demandados se pudo advertir que el análisis se realizó de conformidad con la Ley 100 de 1993, en los que se señaló que la docente fallecida no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema establecido en la Ley 797 de 2003, sin que se manifestara que esa normativa no podía ser aplicada al caso.

Sin embargo, precisa el Despacho que pese a que la docente era beneficiaria del régimen especial contenido en el Decreto Ley 224 de 1972 y Ley 33 de 1973, es válido acudir a la normativa que regula el régimen general de pensiones. Al respecto, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que a los beneficiarios de un régimen especial les son aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas resulten más favorables a sus pretensiones⁶.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es del caso analizar el presente caso en los términos de la Ley 100 de 1993.

El argumento utilizado por la entidad accionada para negar la prestación solicitada, refiere que *"NO PROCEDE DAR TRAMITE A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE, POR CUANTO NO ACREDITÓ EL REQUISITO DE FIDELIDAD A FIN EL SEÑOR LUIS GUILLERMO MEJIA DAVILA EN CALIDAD DE CÓNYUGE, PUDIERA ACCEDER A ESTA PRESTACIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL ART.12 Y SS DE LA LEY 797/03 QUE ESTABLECE EL 25% DE FIDELIDAD. (...) SE LE INFORMA A LA S.E. LE ACLARAMOS QUE A LA FECHA QUE LA EDUCADORA FALLECIÓ 2006 -08-23 SE HALLABA VIGENTE LA CONDICIÓN DE FIDELIDAD AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CUAL NO DEJO DE TENER EFECTOS SEGÚN LA SENTENCIA C-556/2009 A PARTIR DEL 20 DE AGOSTO DE 2009"* (fl. 145)

Así pues, atendiendo a los criterios jurisprudenciales expuestos, es claro que la inexequibilidad de los literales a) y b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, dispuesta en el sentencia C-556 de 2009, declaró de manera formal el precedente que la Corte Constitucional había desarrollado con anterioridad en sede de tutela, fundamentado en que dichas normas eran regresivas del derecho a la seguridad social, siendo inaplicadas por vía de excepción de inconstitucionalidad.

En tal sentido, las motivaciones expuestas en los actos demandados contrarían el precedente judicial establecido por la Corte

⁶ C.E. S.2. Sentencia de 8 de septiembre de 2016. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Constitucional en torno a la exigencia de fidelidad al sistema de seguridad social como requisito para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues los literales que fueron declarados inexecutable como consecuencia del control abstracto de constitucionalidad, venían siendo considerados abiertamente inconstitucionales desde su misma expedición.

Entonces, tiene razón el demandante al indicar que los actos acusados se basaron en normas inconstitucionales, que no podían ser aplicadas en ningún caso, ni siquiera en el evento en que el fallecimiento del afiliado hubiera acaecido con anterioridad a la declaratoria de inexecutable de los apartes contentivos del requisito de fidelidad.

Así es que luego de determinar que la negativa del reconocimiento pensional bajo el argumento analizado, desconoce flagrantemente el derecho a la seguridad social en pensiones del demandante, corresponde adentrarnos en el problema jurídico relativo a si el demandante en su calidad de cónyuge supérstite de la docente María Aminta Salazar Martínez (q.e.p.d.), le asiste derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, conforme a lo probado en el proceso, así:

- La señora María Aminta Salazar Martínez (q.e.p.d.) estuvo vinculada a través de contrato de prestación de servicios durante los siguientes lapsos: agosto a diciembre de 1996; febrero a diciembre de 1997, febrero a junio de 1998 (fol.104-106); febrero a diciembre de 1999, marzo a diciembre de 2000; febrero a noviembre de 2001; febrero a noviembre de 2002, febrero a diciembre de 2003 (fol.85 y 86 a 91).

Y fue nombrada como docente en provisionalidad a partir del 3 de marzo de 2004, laborando de manera continua hasta el 23 de agosto de 2006 (fol.37).

- María Aminta Salazar Martínez falleció el 23 de agosto de 2006, según se observa en el registro civil de defunción obrante a folio 34.
- Se acreditaron las cotizaciones efectuadas durante las 50 semanas anteriores al fallecimiento según se desprende del certificado de factores salariales y de la Resolución No.002867 de 12 de mayo de 2014 (fol. 37-43 y 145)
- El demandante acreditó la calidad de cónyuge de María Aminta

Salazar Martínez (q.e.p.d.) a través del registro civil de matrimonio (fol.33), donde consta que el mismo se celebró el 3 de julio de 1999.

- Al momento del fallecimiento -23 de agosto de 2006-, el demandante Luis Guillermo Mejía Dávila contaba con 43 años de edad (fol.29-30).
- Según la Resolución No.002867 de 12 de mayo de 2014, se hicieron las publicaciones conforme a las Leyes 44 de 1980 y 100 de 1993 y el C.S.T., sin que se presentaran personas con igual o mejor derecho a reclamar la prestación (fol.141-142).

Ahora bien, para acreditar el criterio material de convivencia efectiva durante al menos cinco (5) años continuos con anterioridad al fallecimiento de la causante, se aportaron dos declaraciones extrajuicio rendidas por José Edilberto Aparicio Gómez y Luis Alberto Martínez Gómez, en las que manifestaron que el demandante convivió durante siete (7) años hasta el último día de su fallecimiento con la docente María Aminta Salazar Martínez.

Las anteriores declaraciones fueron sometidas a contradicción, pues fueron pedidas como pruebas testimoniales, las cuales se decretaron en audiencia inicial de fecha 16 de junio de 2016 y fueron practicadas en audiencia de pruebas celebrada el 1º de diciembre de 2016 (fol.201 vto. y 209)

Tenemos que obra en el plenario el testimonio rendido por el señor y LUIS ALBERTO MARTÍNEZ GÓMEZ, quién al indagársele sobre la convivencia entre la señora MARÍA AMINTA SALAZAR MARTÍNEZ y LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA, manifestó *"lo conozco hace 45 años porque vivimos en el mismo pueblo (...) don Guillermo Mejía tuvo una relación de matrimonio con la extinta profesora María Aminta Salazar Martínez, de esa relación Dr. Oscar Julio hubo un hijo cuyo nombre era Sebastián Felipe Mejía (...) sé que vivían y estoy seguro que eran casados (...) "* y al preguntársele con quién vivía el señor LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA al momento del fallecimiento de la docente MARÍA AMINTA SALAZAR MARTÍNEZ, respondió *"claro Dr. él vivía con los padres con doña Juana y con don Carlos"* Pregunta el apoderado si la señora María Aminta vivía en el mismo techo con don Guillermo Mejía. Contestó: *"Por supuesto que sí Dr. en la casa que era de don Carlos Mejía"* Pregunta el apoderado si la convivencia entre la docente y el demandante era permanente y continua, respondió *"Por supuesto que sí, era permanente y continua (...) todos los días (...) yo tengo una tienda o venta de víveres y ellos me hacían mercado ahí y venían constantemente"* (min 26:30 a min.26:47). Al

preguntársele si Don Guillermo Mejía y la esposa tuvieron hijos "claro que sí, Sebastián Felipe, eso sí me consta". Así mismo, al indagársele sobre el lugar en donde la señora MARÍA AMINTA SALAZAR MARTÍNEZ y el señor LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA tenían su residencia familiar al momento del fallecimiento de la docente, señaló "en la casa de don Carlos Mejía, en Sativanorte en el perímetro urbano" (min 02:00 a min 11:16).

Igualmente reposa en el informativo el testimonio del señor JOSÉ EDILBERTO APARICIO GÓMEZ quien manifestó lo siguiente sobre el objeto de la Litis: *"Llevo viviendo en Sativanorte 40 años, y desde que yo llegué a Sativanorte lo he conocido (...) nos hicimos amigos desde el momento que yo llegué al pueblo (...) él fue casado con la señora María Aminta, vivieron 7 años hasta que mi Dios la llamó a cuentas (...) ellos tuvieron un hijo".* Así mismo, al indagársele sobre el lugar de residencia familiar de la pareja, señaló *"en Sativanorte, en el centro de la población (...) en la car 4ª con calle 2ª"*. Al preguntársele por qué conocía a la señora María Aminta, indicó *"porque ella llegó como docente al Colegio de Nuestra Señora del Rosario"*. Pregunta el apoderado con quién vivía la señora María Aminta *"ella llegó ahí sola, al Colegio, después ya cuando se conocieron con don Guillermo, tuvieron un hijo, que también él falleció con la mamá en el momento del accidente de que hubo que fue con gas que hizo escape un cilindro de gas y murieron"*; pregunta el apoderado si la convivencia entre la docente y el demandante fue permanente o temporal, respondió *"ellos vivieron en forma permanente (...) todo el tiempo juntos (...) no vivieron separados el uno del otro (...) ella la trasladaron para Paz de Río, pero ella viajaba el lunes y volvía el día sábado otra vez al hogar, a Sativanorte, donde vivía con don Guillermo (...) ellos duraron 7 años"* (min 13:00 a min 19:16).

También se acreditó que producto de la relación sostenida entre la causante y el demandante, el día 7 de junio de 1997, nació Sebastián Felipe Mejía Salazar (fol.165); cuyo deceso ocurrió el mismo día en que falleció su madre -23 de agosto de 2006-. (fol.81).

Los anteriores elementos de convicción permiten concluir al Despacho que en efecto el demandante, señor LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA estuvo haciendo vida marital con la señora MARÍA AMINTA SALAZAR MARTÍNEZ, durante más de cinco (5) años continuos hasta el momento de su fallecimiento.

En consecuencia, encuentra el Despacho que el señor LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA, en su calidad de cónyuge supérstite de la causante, **cumplen con los requisitos previstos en los artículos**

46 y siguientes de la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 24 de agosto de 2006, día siguiente a la fecha del fallecimiento de la señora MARÍA AMINTA SALAZAR MARTÍNEZ y en consecuencia se dispone declarar la nulidad de los actos administrativos acusados-Resoluciones Nos. 002867 de 12 de mayo de 2014 y 006023 de 26 de septiembre de 2014, expedidas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

-Del monto de la pensión:

Según el artículo 48 de la ley 100 de 1993, 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), sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, y sin que en ningún caso, el monto de la pensión pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de dicha ley.

Ahora, de conformidad con el artículo 21 del mismo estatuto legal, se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Debe, seguidamente establecerse los factores salariales que constituyen la base de cotización, para lo cual se tiene que acudir al artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el cual prescribe en su inciso tercero que el salario base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

El Gobierno reglamentó lo señalado en la norma antes indicada en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, determinando que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;

- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;

Así, se encuentra acreditado que la causante, señora MARÍA AMINTA SALAZAR MARTÍNEZ, laboró como docente en provisionalidad por un lapso de 2 años y 5 meses; en consecuencia, tendrá derecho al reconocimiento de 45% del ingreso base de liquidación, sin que haya lugar a adicionar el 2% como quiera que no se acreditaron quinientas (500) semanas de cotización, en los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993. Dicha base de liquidación deberá tener en cuenta los factores que para calcular el ingreso base de cotización determina el Decreto 1158 de 1994, y la suma reconocida le corresponde en proporción del 100% al señor LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA.

▪ **De la prescripción:**

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969. En aplicación de las anteriores normas, teniendo en cuenta que el derecho se hizo exigible a partir del fallecimiento -23 de agosto de 2006-, la prescripción se interrumpió con la solicitud de reconocimiento pensional radicada el 9 de octubre de 2013 (fol.70) por un término igual de 3 años, que a la fecha de presentación de la demanda aún no había transcurrido (pues la demanda se presentó el 17 de marzo de 2015 (fl. 28)). Así se tiene que el fenómeno prescriptivo afectó las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 9 de octubre de 2010.

• **De las costas y agencias en derecho:**

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda se requiere fundamentar la imposición de costas, por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el proceso con los gastos ordinarios del proceso y las agencias en derecho en que incurrió el demandante.

Así las cosas, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de doscientos setenta mil pesos (\$270.000).

III. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 002867 de 12 de mayo de 2014 y 006023 de 26 de septiembre de 2014, proferidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en las motivaciones de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO **reconocer y pagar** al señor **LUIS GUILLERMO MEJÍA DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía No.-6.770.357 de Tunja, pensión de sobrevivientes de la causante **MARÍA AMINTA SALAZAR MARTÍNEZ**, en cuantía del 45% del ingreso base de liquidación, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 a partir del **9 de octubre de 2010**, por aplicación de la prescripción trienal.

TERCERO: ORDENAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a indexar las sumas adeudadas de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del CPACA a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula en matemática financiera acogida por el Consejo de Estado y devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

245

**R = R.H. Índice final
Índice inicial**

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial a la fecha que debió hacerse el pago. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

CUARTO: Las sumas que se ordena reconocer devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquéndose por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SEXTO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, **fíjese** como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de doscientos setenta mil pesos (\$270.000).

SÉPTIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

OCTAVO: REMÍTASE el expediente al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama, para que el presente fallo sea notificado a las partes y al Ministerio Público, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2º del Acuerdo No. CSJBOYA17-617 del 10 de febrero de 2017.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez