

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – Reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes de afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de la prestación por sobrevivencia, se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones. En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 5 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 8 / DECRETO 1775 DE 1990 – ARTICULO 5 / DECRETO 1775 DE 1990 – ARTICULO 8 / LEY 962 DE 2005 – ARTICULO 50 / DECRETO 2381 DE 2005

PENSION DE SOBREVIVIENTE DOCENTE – Régimen aplicable. Principio de favorabilidad. Derecho a la igualdad

Es posible afirmar que, excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Bajo estos supuestos, y descendiendo al caso concreto, se observa que conforme a lo dispuesto por los artículo 7 del Decreto Ley 224 de 1972 y 1 de la Ley 33 de 1973 el señor Hugo Gurrero Cáceres, en su condición de compañero supérstite de la señora María Rosalba Benjumea de Marín, no tiene derecho al reconocimiento de una prestación pensional de sobreviviente, toda vez que la causante no laboró los 18 años exigidos por las disposiciones en cita. Así las cosas, y teniendo en cuenta que la aplicación del régimen especial previsto para los docentes en el caso concreto, Decreto Ley 224 de 1972 y Ley 33 de 1973, da lugar a un trato desfavorable a las pretensiones del demandante la Sala, estima acertada la decisión del Tribunal en cuanto por vía de excepción aplicó las disposiciones prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, las cuales resultan más beneficiosas a su situación particular, en cuanto logra satisfacer los requisitos exigidos por el citado artículo 46.

FUENTE FORMAL: DECRETO 224 DE 1972 – ARTICULO 7 / LEY 33 DE 1973 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 46 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 21

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12)

Actor: HUGO GUERRERO CACERES

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 23 de marzo de 2012, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en Descongestión, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por el señor HUGO GUERRERO CÁCERES contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

El señor Hugo Guerrero Cáceres, en su condición de compañero supérstite de la señora María Rosalba Benjumea de Marín solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 03012 de 24 de julio de 2006, suscrita por el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por la cual se le negó el reconcomiendo y pago de una pensión de sobreviviente, por la muerte de su compañera permanente la señora María Rosalba Benjumea de Marín, quien se desempeñaba como docente del citado ente territorial.
2. Resolución No. 0492 de 6 de febrero de 2007 por la cual el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., confirmó en

todas sus partes la Resolución No. 03012 de 2006, al resolver un recurso reposición formulado en su contra.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reconocerle y pagarle al demandante una pensión vitalicia de sobreviviente, a causa de la muerte de la señora María Rosalba Benjumea de Marín, en cuantía de \$1.492.716.68, a partir del 2 de diciembre de 2005.

Igualmente, solicitó que el valor de la pensión sea incrementado anualmente y que se condene a la demandada a pagar, a favor de la demandante los intereses legales a partir del día en que se produjo la muerte de la causante.

Y, finalmente, pidió que las sumas resultantes de las distintas condenas sean ajustadas conforme a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Basó su petitum en los siguientes hechos:

Señala el demandante que, la señora María Rosalba Benjumea de Marín prestó sus servicios como docente oficial en el departamento de Antioquia, entre 1970 y 1971 y, en el Distrito Capital, de 1988 a 2005.

Así mismo, indicó que la señora María Rosalba Benjumea de Marín falleció el 1 de diciembre de 2005 a la edad de 54 años, sin que a ese momento se le hubiera reconocido pensión de jubilación.

Se argumentó que, el demandante convivía con la señora María Rosalba Benjumea de Marín al momento de su muerte.

Teniendo en cuenta lo anterior, el 2 de junio de 2006 el demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. La Secretaría de Educación del Distrito Capital mediante Resolución No. 3012 de 24 de julio de 2006 negó el referido reconocimiento argumentando que la señora María Rosalba Benjumea de Marín no había laborado los 18 años de servicio que exigía el Decreto 224 de 1972 para efectos del reconocimiento de una prestación pensional por sobrevivencia

Manifestó el demandante que, encontrándose dentro de la oportunidad legal, interpuso recurso de reposición en contra la Resolución No. 03012 de 2006 el cual fue resuelto por el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante Resolución No. 0492 de 6 de febrero de 2007, confirmándola en todas sus partes.

Finalmente, se indicó que, al sustituirse a favor del señor Hugo Guerrero Cáceres el auxilio de cesantías que causado por la señora María Rosalba Benjumea de Marín, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., reconoce la legitimación por activa de éste para solicitar el reconocimiento de una prestación pensional por sobrevivencia.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 42 y 48.

Del Decreto 224 de 1972, el artículo 7.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que resulta indiscutible el derecho que le asiste al demandante a recibir la pensión de sobreviviente solicitada, pues se encuentra acreditado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previstos en el Decreto 224 de 1972.

Precisó que, en la actuación administrativa que precedió la expedición de los actos administrativos acusados da cuenta que en la práctica la señora María Rosalba Benjumea de Marín laboró como docente oficial por más de 18 años lo que le confiere al demandante el derecho a percibir la prestación solicitada.

Se argumentó que, en todo caso, el Decreto 224 de 1972 es una norma inconstitucional en la medida en que los requisitos que prevé para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, a saber 18 años de servicio, resultan ser más exigentes que los que contempla el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, esto es, 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del causante.

Indicó que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido en innumerables pronunciamientos la posibilidad que del que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio disponga el reconocimiento y pago de una prestación pensional de sobreviviente, dando aplicación al régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, en virtud al principio de favorabilidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada no contestó la demanda dentro de la oportunidad legal prevista para ello, se según se advierte a folio 123 del expediente.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en Descongestión, accedió a las pretensiones de la demanda, con las siguientes consideraciones (fls. 205 a 243):

En primer lugar, el Tribunal analizó el régimen especial de seguridad social integral de los docentes, señalando que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal régimen consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes solamente para los docentes que hubiesen laborado en planteles oficiales durante 18 años.

Indicó que, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa de su aplicación a las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

excepción que fue declarada exequible por la Corte Constitucional bajo la condición de que su aplicación no vulnerara el principio de igualdad.

No obstante lo anterior, en consideración a los principios de favorabilidad en materia pensional, equidad e igualdad, cuando un docente fallece antes de cumplir con los requisitos previstos en el Decreto 224 de 1972, su grupo familiar puede beneficiarse de la pensión de sobrevivientes consagrada en la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se cumplan los requisitos allí establecidos

Bajo estos supuestos, precisó, que el Consejo de Estado ha dispuesto el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 al grupo familiar de los docentes fallecidos que no alcanzaron a cumplir los 18 años de prestación de servicios.

Concluyó, que de acuerdo con lo anterior, al demandante le asiste el derecho de gozar de la pensión de sobreviviente toda vez que, la señora María Rosalba Benjumea de Marín al momento de su fallecimiento cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 46 d la Ley 100 de 1993, para efectos del reconocimiento de la citada prestación pensional de sobrevivencia, al haber “cotizado” más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada formuló recurso de apelación contra la anterior providencia, en los siguientes términos (fl. 246 a 250):

Sostiene en primer lugar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 y decretos reglamentarios es la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., quien debió ser vinculada al presente proceso con el fin de que respondiera por el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente solicitada por el demandante, en su condición de compañero supérstite de la señora María Rosalba Benjumea de Marín.

Precisó que, es la autoridad que expide los actos acusados quien debe concurrir al proceso para defender la legalidad de los mismos o, en su defecto, hacer efectivo el restablecimiento del derecho del demandante, en el caso de que, como lo determinó el Tribunal, tenga derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente solicitada.

Bajo estos supuestos se pidió que se revocara la decisión de primera instancia y, en consecuencia, se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

El problema jurídico

Se trata de determinar si, en el presente asunto, el Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuentan con la legitimación en la causa por pasiva, para figurar como entidades demandadas, y en consecuencia responder patrimonialmente frente a la condena impuesta por la sentencia apelada, esto es, el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor del señor Hugo Guerrero Cáceres.

I. Los actos administrativos demandados

1. Resolución No. 03012 de 24 de julio de 2006, suscrita por el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por la cual se le negó al señor Hugo Guerrero Cáceres el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, por la muerte de su compañera permanente la señora María

Rosalba Benjumea de Marín, quien se desempeñaba como docente del citado ente territorial (fls. 3 a 5).

2. Resolución No. 0492 de 6 de febrero de 2007 por la cual el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., confirmó en todas sus partes la Resolución No. 03012 de 2006, al resolver un recurso reposición formulado en su contra (fls. 9 a 11).

II. De la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

Sostiene el Ministerio de Educación Nacional, en el recurso de apelación, que contrario a lo afirmado por el Tribunal, es la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá a quien, en virtud de lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 le correspondía comparecer al presente proceso con el fin de responder a los cuestionamientos formulados por el señor Hugo Guerrero Cáceres contra los actos administrativos que le negaron el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

Sobre este particular, estima la Sala que en relación con el servicio público y derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, su desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico Colombiano encuentra su máxima expresión en la Ley 100 de 1993, mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones, y se dictan otras disposiciones.

No obstante lo anterior, el artículo 279 de la citada Ley 100 de 1993 exceptúa de su aplicación unos regímenes especiales de seguridad social, entre los que se encuentran el de los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y el de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Lo anterior, en atención a la trascendencia social que envuelven las funciones que desarrollan.

En efecto, el legislador mediante la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad entre otras, es el pago de las

prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes. Así se observa en el artículo 5 ibídem:

“ARTÍCULO 5o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

- 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*
- 5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.”.*

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la citada norma, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial llevado a cabo en el país mediante la Ley 43 de 1975, señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, 29 de diciembre de 1989 y, así mismo, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

En lo que se refiere a los recursos económicos que hacen parte del citado Fondo, el artículo 8 ibídem indicó que los mismos estarían integrados, principalmente por

los aportes de los docentes afiliados, en cuantía del 5% del sueldo básico mensual.

Para mayor ilustración se transcribe el citado artículo 8 de la Ley 91 de 1989:

“Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.*
- 7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.*
- 8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.*
- 9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.*
- 10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.”.

Y, en punto del manejo de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, dispuso que para tal efecto el Gobierno Nacional suscribiría un contrato de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o de economía mixta la cual se encargaría de su administración. Así se observa en el citado artículo 3:

“(....) El Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”.

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante Decreto 1775 de 3 de agosto de 1990, artículos 5 a 8, reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio precisando, en relación con el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, que las mismas debían ser radicadas ante la Oficina de Prestaciones Sociales del respectivo Fondo Educativo Regional, quien procedería a realizar el estudio de la documentación, con el visto bueno de la entidad fiduciaria, para luego expedir la correspondiente resolución de reconocimiento.

No obstante lo anterior, en relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

Así se lee en la citada norma:

“ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”.

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, los cuales a la letra señalan:

“Artículo 2°.Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°.Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. *Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*

4. *Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*

5. *Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.*

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°.Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°.Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”.

Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente¹.

No obstante lo anterior, y aún cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar² una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que

¹ En este mismo sentido pueden verse las sentencias de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008 y 14 de febrero de 2013. Rad. 1048-2012. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

² Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: *"Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos."*

reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que *“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”*

Descendiendo al caso concreto, se observa que mediante Resolución No. 03012 de 24 de julio de 2006 la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., actuando en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la solicitud de la demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su compañera permanente la señora María Rosalba Benjumea de Marín, en los siguientes términos:

***“(...) FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
OFICINA DE PRSTACIONES SOCIALES DE BOGOTÁ D.C.***

RESOLUCIÓN No. 03012 de 24 de julio de 2006

*Por la cual se niega una solicitud de una pensión Post-Mortem
Dieciocho (18) años.*

El Subsecretario Administrativo de la Secretaria de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la NACIÓN –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en ejercicio de las facultades legales y en especial las que le confiere la Resolución No. 3080 de 2005 y,

CONSIDERANDO

*Que el artículo 56 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, racionalizó los tramites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio determinado que *“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”**

Que mediante solicitud radicada bajo el número 2006-PENS-004994 del 02/06/2006, el señor HUGO GUERRERO CÁCERES con CC 17.016.439, en calidad de compañero permanente, (...) solicita el reconocimiento y posterior pago de una pensión post-mortem dieciocho (18) años de la docente María Rosalba Benjumea de Marín (...), por haber laborado en varias entidades privadas y últimamente como

docente Distrital-Recursos Propios, trabajando con menos de 20 años de servicios y falleció el 01/12/2005.

(...) Se estableció que la docente María Rosalba Benjumea de Marín (...) nació el 03/05/1951, y a la fecha del fallecimiento contaba con 54 años, 6 meses y 28 días de edad.

Que de conformidad con el certificado de tiempo de servicio No. 15534 expedido el 16 de mayo de 2006, por el jefe de grupo de hojas de vida de la Secretaría de Educación Distrital, la docente María Rosalba Benjumea de Marín, laboró como maestro temporal desde el 16/01/1988 y por el año lectivo, del 26/01/1989 y por el año lectivo 02/02/1990 al 30/11/1990 del 29/01/1991 al 30/11/1991 y desde el 20/01/1992 (sic) 1992 al 30/11/1992, y como docente tiempo completo con vinculación Distrital Recursos Propios, desde el 01 de febrero de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2005, con lo cual contaba con 17 años, 2 meses y 2 días de servicio.

Que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 224 de 1972, que a su letra reza "En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos dieciocho (18) años continuos o discontinuos, los beneficiarios, 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.

Que con base en lo anterior el señor (sic) María Rosalba Benjumea de Marín, no contaba con el requisito de tiempo como docente oficial para acceder a la pensión post-mortem solicitada. (...)."

La anterior Resolución fue confirmada en su totalidad por el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a través de la Resolución No. 0492 de 6 de febrero de 2007, al resolver un recurso de reposición formulado en su contra (fls. 9 a 11).

De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de la prestación por sobrevivencia, se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.**

En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales *“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”*

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición del demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional por sobrevivencia, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y entrar al fondo del presente asunto, bajo las siguientes consideraciones.

III. De la pensión de sobreviviente y el régimen aplicable a los docentes

La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.

En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

En este contexto, el derecho de la seguridad social crea la noción de “beneficiario de pensión” que difiere del concepto de general de “heredero o causahabiente” previsto en el derecho civil.

Los herederos de una persona que fallece, son sus descendientes o ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido. Los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.

Sobre este particular la Corte Constitucional en sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, sostuvo que:

“La Corte ya había advertido en reiteradas ocasiones que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”.

Así mismo debe decirse, que la noción de contingencia derivada por la muerte de un empleado no es ajena al régimen prestacional aplicable a los docentes oficiales. En efecto, el Decreto 224 de 1972, por el cual se dictan normas

relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7 reguló lo relacionado con el reconocimiento de la pensión post mortem en los siguientes términos :

“Artículo 7º.- *En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.”.*

El artículo transcrito, en cuanto a su regla temporal, esto es los 5 años por los cuales se reconocía la citada prestación pensional, se entiende derogado por la Ley 33 de 1973 en primer lugar, porque a través de ésta se transforman en vitalicia las pensiones reconocidas a favor de las viudas de los docentes y, en segundo lugar, porque su artículo 4 derogó las disposiciones que le fueran contrarias.

Para mayor ilustración se transcriben los artículos 1 y 4 de la Ley 33 de 1973:

“ARTICULO 1o. *Fallecido un particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidación o vejez, o un empleado a trabajador del sector público, sea éste oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia. (...)*

PARAGRAFO 2o. *A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley. (...)*

Artículo 4º.- *Esta Ley rige a partir de la fecha de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.”.*

Esta Sección mediante providencia del 29 de enero de 2004 analizó el tránsito legislativo entre el Decreto Ley 224 de 1972 y la Ley 33 de 1973, precisando que³:

“La Sala ha verificado que la tendencia de la legislación sobre sustitución pensional a las viudas, para la época en que se expidió el aludido decreto 224, fue en el sentido de que tal derecho se pagara durante 5 años.

En efecto, para el sector público se expidió el decreto ley 434 de 1971 que modificó por medio de los artículos 19 y 20, los numerales (sic) 36 y 39 del decreto ley 3135 de 1968, sobre sustitución pensional de jubilación e invalidez y retiro por vejez, respectivamente, para que se pagara durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante.

El mismo día de la expedición del decreto 434, se profirió el 435 para las pensiones del sector privado, con similar alcance, o sea, para que la sustitución pensional se gozara durante los mismos 5 años.

Y, a manera de ejemplo, para pensiones especiales, el mismo día también se emitió el decreto ley 546 de 1971, para la rama judicial, cuyo artículo 16 consagró igual derecho a sustitución pensional por 5 años.

Lo expuesto, explica el porqué cuando por el artículo 7º del decreto ley 224 de 1972 se consagró el derecho a una pensión para las viudas de los docentes que fallecieran y que hubieran trabajado 18 años como profesores en planteles oficiales, se estableció allí que ese derecho sería por un tiempo “máximo” (sic) de 5 años.

3. Pero, al año siguiente, se expidió la ley 33 de 1973, cuyo epígrafe es bien ilustrativo:

³ Rad. No. 00513-01, M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

“Por la cual se transforman en vitalicias las pensiones de las viudas.”

Y efectivamente, así se dispuso tanto para el sector privado como para el público, por su artículo 1º, cuyo parágrafo 2º autorizó que a las viudas que en ese momento se encontraban disfrutando, o tuvieran derecho a disfrutar, de la sustitución por 5 años, les quedaba prorrogado su derecho “dentro de los términos de esta ley,” vale decir, en forma vitalicia.

4. Aun que el artículo 4º de la ley 33 de 1973 no hubiera dicho que quedaban derogadas las disposiciones que le fueran contrarias, para la Sala es evidente que todas las normas que con anterioridad a la vigencia de esta ley, establecían un término para el goce de la sustitución de pensiones, cualquiera que fuera, quedaron derogadas, en la regla temporal correspondiente, que fue reemplazada por la condición vitalicia mencionada.

De ahí que, evidentemente el artículo 7º del decreto ley 224 de 1972, está vigente, como lo concluyó la Sala de Consulta y Servicio Civil, pero sustituida su regla temporal de los 5 años allí establecida, por la condición vitalicia de la pensión, por mandato de la ley 33 de 1973.

5. No atina la Nación cuando alega que la ley 33 no se refirió a las pensiones post-mortem, pues basta leer su artículo 1º para convencerse de lo contrario: “Fallecido un trabajador...”.

6. Desde luego, que la ley 33 no mencionó a las pensiones docentes, ni al artículo 7º del decreto ley 224 de 1972, pero a juicio de la Sala no hacía falta que los mencionara para entenderlo modificado en lo pertinente, porque los términos en que fue expedida es omnicomprendiva, tanto de las pensiones ordinarias como de las especiales y las de los sectores público, “sea este oficial o semioficial” y privado.”.

De acuerdo con lo expuesto, estima la Sala que las normas antes transcritas establecen el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente con carácter

vitalicia a favor de las viudas e hijos de los docentes que, habiendo muerto, hubieran laborado por lo menos 18 años continuos o discontinuos en planteles oficiales.

IV. Del caso concreto

Observa la Sala que mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Hugo Guerrero Cáceres pretende obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional de sobreviviente argumentando para tal efecto, como causa eficiente, la muerte de su compañera permanente la señora María Rosalba Benjumea de Marín, quien se desempeñaba como docente al servicio del Distrito Capital.

Sobre este particular, observa la Sala que según *“Los Formatos Únicos Para La Expedición De Certificados De Historia Laboral”* visibles a folios 140 y 164 a 165 de expediente, la señora María Rosalba Benjumea de Marín se desempeñó como docente en la siguiente forma:

“En el Departamento de Antioquia:

Del 02/04/1970 al 31/01/1971 Escuela Palmichal, municipio de San Carlos.

Del 01/02/1971 al 19/01/1972 Escuela la Esperanza, Medellín.”.

“En el Distrito Capital

Respecto de los años lectivos 1988, 1989, 1990, 1991, 1992 - bajo vinculación temporal de tiempo completo.

Respecto de los años lectivos 1993 a 2005 – vinculación en propiedad de tiempo completo.”.

Y, que de acuerdo con el registro de defunción No. 5711544 de 2 de diciembre de 2005 la señora María Rosalba Benjumea de Marín falleció el 1 de diciembre de 2005 (fl. 25)

Teniendo en cuenta lo anterior, el de 2 de junio de 2006 el señor Hugo Guerrero Cáceres, en su condición de compañero supérstite de la señora María Rosalba Benjumea de Marín, solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

Sin embargo, el 24 de julio de 2006 mediante Resolución No. 03012 el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., negó la referida solicitud, como quedó visto en el acápite denominado *“De la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.”*

Contra la anterior decisión, el demandante formuló recurso de reposición el cual fue resuelto, por el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., confirmando en todas sus partes la Resolución No. 03012 de 2006 (fls. 9 a 11).

Bajo estos supuestos, estima la Sala que como quedó dicho con anterioridad, el Decreto Ley 224 de 1972, en concordancia con la Ley 33 de 1973, disponen el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de las viudas e hijos de los docentes que al momento de su muerte hubieran laborado por lo menos 18 años al servicio de la educación oficial.

No obstante lo anterior, tal como lo afirmó la entidad demandada en los actos administrativos acusados, debe decirse que en el caso concreto la señora María Rosalba Benjumea de Marín 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 compañero permanente, en los términos del Decreto 224 de 1972 y la Ley 33 de 1973, toda vez que, desde el momento en que inició sus labores como docente y hasta su muerte, transcurrieron 17 años, 2 meses y 2 días.

Sin embargo, tal y como lo afirma el señor Hugo Guerrero Cáceres en el concepto de violación de la demanda, el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 consagra en su artículo 46 la misma prestación pensional por sobrevivencia, cuyos requisitos resultan ser más favorables a su situación particular.

En efecto, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, establece la pensión de sobreviviente como un amparo a favor de las personas que dependían económicamente del afiliado al sistema que ha muerto, sin haber logrado el reconocimiento y pago de una pensión de vejez. Así se observa en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993:

“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

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 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.”.

En relación con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la citada prestación pensional, debe decirse que el artículo 46 ibídem, además de la muerte del afiliado al sistema, como resulta obvio, exige un mínimo de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que ascienden a 50 semanas, dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del causante.

Bajo estos supuestos, se observa que 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.

En este punto, estima la Sala que si bien el régimen especial aplicable a los docentes y el régimen general de pensiones, son regímenes diversos, con reglas jurídicas propias, debe decirse que tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Corporación han admitido la posibilidad de que a los beneficiarios de un régimen especial le sean aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas resulten más favorables a sus pretensiones.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 12 de octubre de 2005, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, sostuvo que:

"Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser

discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta."

Sobre este mismo punto, el Despacho que sustancia la presente causa en sentencia de 27 de agosto de 2009. Rad. 0241-2007, precisó que:

"Ahora, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección, en casos similares al que se juzga en este proceso², a las excepciones en la aplicación de las normas generales por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las previsiones contenidas en los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas por muerte en situaciones especiales a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en el ordenamiento que rige la materia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por la entidad demandada, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial. "

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que, excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Bajo estos supuestos, y descendiendo al caso concreto, se observa que conforme a lo dispuesto por los artículos 7 del Decreto Ley 224 de 1972 y 1 de la Ley 33 de 1973 el señor Hugo Gurrero Cáceres, en su condición de compañero supérstite de la señora María Rosalba Benjumea de Marín, no tiene derecho al reconocimiento

² Sentencias Nos. 2409-01 del 25 de abril de 2002 y 1707-02 del 6 de marzo de 2003.

de una prestación pensional de sobreviviente, toda vez que la causante no laboró los 18 años exigidos por las disposiciones en cita.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la aplicación del régimen especial previsto para los docentes en el caso concreto, Decreto Ley 224 de 1972 y Ley 33 de 1973, da lugar a un trato desfavorable a las pretensiones del demandante la Sala, estima acertada la decisión del Tribunal en cuanto por vía de excepción aplicó las disposiciones prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, las cuales resultan más beneficiosas a su situación particular, en cuanto logra satisfacer los requisitos exigidos por el citado artículo 46.

En efecto, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente la señora María Rosalba Benjumea de Marín laboró como docente al servicio en el departamento de Antioquia del 02 de abril de 1970 al 19 de enero de 1997 y en el Distrito Capital del 16 de enero de 1988 al 1 de diciembre de 2005, lo que permite a la Sala dar por probado que dentro de los 3 años anteriores a su muerte esto es, entre el 1 de diciembre de 2002 y el 1 de diciembre de 2005, cotizó más de cincuenta semanas por concepto de pensión y, en consecuencia da lugar, al reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor del demandante (fl. 140 a 141 y 164 a 165).

Sobre este particular, vale la pena precisar que en lo que se refiere al ingreso base de liquidación de la pensión de sobreviviente, reconocida al señor Hugo Guerrero Cáceres, este deberá corresponder al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales la causante cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Y así mismo, en cuanto a su monto se deberá seguir la regla establecida en el artículo 48³ de la Ley 100 de 1993, esto es, el 45% del ingreso base de

³ 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.

liquidación, más un 2% por cada 50 semanas cotizadas adicionales a las primeras 500 sin exceder, en todo caso, del 75% del ingreso base.

Finalmente, en el caso concreto no hay lugar a declarar la prescripción de las mesadas pensionales, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969. Lo anterior toda vez que, la muerte de la señora María Rosalba Benjumea de Marín se registró el 1 de diciembre de 2005 y el señor Hugo Guerrero Cáceres solicitó, en sede administrativa, el reconocimiento de la prestación pensional por sobrevivencia el 2 de junio de 2006.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, la Sala confirmará la sentencia de 23 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 23 de marzo de 2012, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en Descongestión, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por el señor

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.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.

HUGO GUERRERO CÁCERES contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE
DE PÁEZ

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ