

PENSIÓN POST MÓRTEM DOCENTE – Requisitos

Conforme a lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972 que contiene el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos sin cumplir con los requisitos para percibir pensión de jubilación, consagra el derecho a la *pensión post mortem* pero sólo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973.

FUENTE FORMAL: LEY 43 DE 1975 / LEY 91 DE 1989 – ARTÍCULO 15 / DECRETO 224 DE 1972 – ARTÍCULO 7

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DOCENTE – Aplicación del subsistema general de seguridad social en pensiones / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Una vez analizado el régimen general y el régimen especial aplicable a los docentes, se observa que aunque las prestaciones que los dos regulan comparten la misma naturaleza, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes contemplada en el Decreto 224 de 1972, régimen especial de docentes, el cual prevé como requisito para acceder a la prestación un tiempo de servicios de 18 años, mientras que la Ley 100 de 1993, contentiva del régimen general, tan sólo exige 50 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la muerte del causante, resultando de esta manera más beneficiosa. Esta Corporación ha indicado de tiempo atrás la procedencia de la aplicación del régimen general, cuando el régimen especial es menos favorable respecto a los requerimientos contenidos para la mayoría de empleados públicos, esto por cuanto, la razón de ser de un régimen especial es ser más benévolo para sus destinatarios en aras de concebir requisitos más cómodos para el acceso a los derechos que en él se contemplan. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 29 de abril de 2010, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad.: 1259-09.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 11 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 46 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 47 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 279 / LEY 812 DE 2003 – ARTÍCULO 82 / DECRETO 224 DE 1972

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00295-01(0603-17)

Actor: YANETTE TIMANÁ GUERRERO Y CLAUDIA YANETH MACÍAS TIMANÁ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho –Ley 1437 de 2011 - Segunda instancia

Tema: Pensión de sobrevivientes cuyo causante laboró como docente. La cónyuge supérstite y la hija pretenden el reconocimiento prestacional con fundamento en la Ley 100 de 1993, habida cuenta de que el Decreto 224 de 1972 le es menos favorable.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de noviembre de 2016, por la cual el Tribunal Administrativo del Cauca, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por **Yanette Timaná Guerrero** y negó las pretensiones respecto de **Claudia Janeth Macías Timaná** contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Las señoras Yanette Timaná Guerrero y Claudia Yaneth Macías Timaná a través de apoderado, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, solicitaron la nulidad del siguiente acto administrativo:

Resolución 1679 del 21 de octubre de 2013 por la cual la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio negó a las señoras Yanette Timaná Guerrero y Claudia Yaneth Macías Timaná el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge y padre, respectivamente, señor Saúl Rainier Macías Rojas.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar a favor de las demandantes una pensión de sobrevivientes a partir de la muerte del señor Saúl Reinier Macías Rojas ocurrida el 20 de agosto de 2012.

Solicitó igualmente que se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar los intereses moratorios previstos

en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto los previstos en el art. 187 del CPACA., en costas y agencias en derecho.

1.2. Los hechos de la demanda se resumen así:

El señor Saúl Rainier Macías Rojas murió el 20 de agosto de 2012, fecha para la cual estaba vinculado al servicio del Departamento de Cundinamarca como docente, habiendo laborado un total de 17 años y 4 meses.

El señor Saúl Rainier Macías Rojas y Yanette Timaná Guerrero contrajeron matrimonio católico el 12 de junio de 2004, conviviendo hasta la muerte del causante. Fruto de la unión nacieron Sonia Edith y Claudia Yaneth.

La cónyuge supérstite y sus hijas dependían económicamente del causante.

El 11 de julio de 2013 la señora Yanette Timaná Guerrero radicó ante la entidad demandada solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del señor Saúl Rainier Macías Rojas, la que le fue negada a través de la Resolución 1679 del 21 de octubre de 2013, por considerar que el causante a la fecha de la muerte no contaba con 18 años de servicios.

1.3 Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citaron normas violadas las siguientes:

Arts. 2, 4, 13, 48 y 58 de la CP.

Arts. 46, 47 y 288 de la Ley 100 de 1993

Art. 12 de la Ley 797 de 2003

Art. 7 Decreto 224 de 1972

Al explicar el concepto de violación se sostuvo que:

Se refirió a los arts. 2, 4, 13, 48 y 58 de la CP., 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 concluyendo de ellos que el causante al momento de fallecer se encontraba vinculado como docente del Instituto Agrícola Carmencita Cardona había laborado por espacio de 17 años y 4 meses, por lo que de conformidad con el art. 12 de la Ley 797 de 2003 tiene derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada.

Agregó que una vez analizada la norma especial aplicable a los docentes contenida en el Decreto 224 de 1972, existe una diferencia ostensible entre ésta y la Ley 100 de 1993, ya

que la primera norma exige 18 años de servicios para acceder a la pensión de sobrevivientes, mientras que la segunda sólo requiere 50 semanas de cotización en los últimos 3 años.

La señora Yanette Timaná Guerrero al convivir en forma efectiva con el *de cujus* por más de 30 años es la llamada a reclamar el derecho pretendido. Conforme a lo anterior al cumplirse con los requisitos exigidos por el régimen general de seguridad social, es forzoso concluir que en aplicación del principio de favorabilidad a las demandantes las mismas tienen derecho a la prestación pretendida.

2. Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Cauca mediante sentencia del 4 de noviembre de 2016, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda por las razones que se resumen a continuación¹:

En principio hizo un análisis de la normatividad aplicable al *sub lite*, empezando por el art. 7º del Decreto 224 de 1972 que regula la pensión *post mortem* para los beneficiarios de los docentes, sin embargo la jurisprudencia constitucional y la contenciosa administrativa ha admitido la aplicación del régimen general cuando las previsiones del régimen especial resultan menos favorables. Para lo cual citó un aparte de la sentencia C-461 de 2005 emitida por la Corte Constitucional, en la que además, dicha corporación advirtió que quien se someta al régimen general debió hacerlo en forma integral, no solo en lo favorable.

Citó los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, concluyendo del análisis del régimen general y especial, que las prestaciones consagradas comparten la misma naturaleza y finalidad, pero el régimen general resulta más favorable, en razón a que el requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes contemplado en el Decreto 224 de 1972 son 18 años de servicios, mientras que la Ley 100 de 1993 sólo exige 50 semanas de cotización, por su parte, el primero enlista entre los beneficiarios de la prestación sólo al cónyuge e hijos del causante, mientras que la segunda contempla un número mayor de destinatarios. En

¹ Folios 113 a 117.

estas condiciones hay lugar a aplicar la favorabilidad al momento de resolver cada caso particular.

Con fundamento en lo anterior analizó el caso concreto encontrando que el señor Saúl Rainier Macías Rojas laboró como directivo docente nacional por espacio de 17 años y 4 meses, esto es, desde el 16 de marzo de 1995 al 20 de agosto de 2012, fecha en que falleció.

No se acreditó en el plenario que la señora Claudia Yaneth Macías Timaná hubiere estado estudiando para la fecha de la muerte del causante; sin embargo se acreditó que el causante y la señora Yanette Timaná Guerrero contrajeron matrimonio el 12 de junio de 2004, pareja que convivió hasta la muerte del señor Saúl Macías Rojas según declaraciones extra proceso rendidas por Simón Bolívar Añazco Gómez y José Rodrigo Martínez Anacona.

Con fundamento en las probanzas y el fin que persigue la pensión de sobrevivientes, como es el de proteger al grupo familiar del pensionado y que la muerte del trabajador no se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas que se hallaban a su cargo, resolvió que había lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Yanette Timaná Guerrero en calidad de cónyuge supérstite del causante, pues si bien este no completó 18 años al servicio de la docencia como lo prevé el Decreto 224 de 1972, sino 17 años y 4 meses, conforme a la Ley 100 de 1993 tienen derecho a la misma los beneficiarios del trabajador fallecido que contare con al menos 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a su muerte.

Así entonces, si bien el art. 279 de la Ley 100 de 1993 excluye de su aplicación a los docentes, la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa ponen de manifiesto que en circunstancias específicas, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que si satisface el régimen general y éste resulte más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación. Así las cosas, como el causante a su muerte se hallaba activo al servicio de la docencia superando las semanas de cotización que contempla el régimen general de seguridad social, no es procedente negar el reconocimiento de la prestación so pretexto de no cumplirse con los requisitos del régimen especial.

Conforme a lo anterior, como se probó que la señora Yanette Timaná Guerrero era la esposa del señor Saúl Rainier Macías Rojas, quienes convivieron hasta la fecha de su muerte, le permite ser beneficiaria de la pensión reclamada en calidad de cónyuge supérstite, por lo que hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes reclamada a su

favor. Sin embargo respecto a la joven Claudia Yaneth Macías Timaná quien se acreditó nació el 12 de agosto de 1990, contando a la fecha del deceso de su padre con 22 años de edad, cumpliendo 25 años, el 12 de agosto de 2015, no es procedente reconocer la prestación a su favor, puesto que aquella no probó estar cursando algún tipo de estudio o que estuviera inmersa en alguna circunstancia que impidiera ingresar al mercado laboral.

En estas condiciones resolvió aplicar en forma íntegra al presente asunto el régimen general de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993 en atención al principio de favorabilidad, sobre el régimen especial aplicable a los docentes, y en consecuencia reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Yanette Timaná Guerrero en la cuantía que resulte conforme a las previsiones del art. 48 *ibídem*, con efectos a partir del 20 de agosto de 2012, sin lugar a prescripción,

Finalmente condenó en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, de conformidad con los arts. 188 de la Ley 1437 de 2011 y 365 del CGP.

4. Recurso de apelación

La entidad demandada en forma oportuna presentó recurso de apelación a la sentencia proferida en primera instancia², el cual se sintetiza en los siguientes términos:

Se refirió a los arts. 1º de la Ley 91 de 1989, 2º y 3º del Decreto 3752 de 2003, indicando que *“con relación a la pensión post-mortem, si un docente se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al momento de su fallecimiento, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 91 de 1989, dentro de los cuales se reconoce la pensión post-mortem 20 años, a la cual tienen derecho de forma vitalicia los beneficiarios de los docentes que hayan fallecidos (sic) estando afiliados al FNPSM y hayan cumplido como mínimo 20 años de servicios continuos o discontinuos, para lo cual no se tiene cuenta el requisito de edad del causante y la pensión post-mortem 18 años a la cual tienen derecho por un término de cinco años los beneficiarios de los docentes fallecidos que hayan cumplido con un mínimo de tiempo de servicios de 18 años”*.

Adujo que en el presente asunto debe tenerse en cuenta que el docente era nacionalizado y la normatividad que le es aplicable no contempla la pensión de sobrevivientes, esto es, la Ley 91 de 1989 y el Decreto 196 de 1995, por lo cual el derecho a la pensión se consolida cuando se cumplen los requisitos para acceder a ella, así entonces hasta tanto no se reúnan estos no hay lugar a pretender su reconocimiento y por ende el mismo queda sujeto a las modificaciones que se introduzcan en el ordenamiento jurídico.

² Fls. 187 a 188

En estas condiciones, el docente por ser nacionalizado, no se rige por las disposiciones consagradas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, pues fueron exceptuados de su aplicación, no habiendo lugar a predicar la favorabilidad para invocar la extensión de unas normas que los exceptuó expresamente. Por lo que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se rigen por los Decretos 1848 de 1969 y 1160 de 1989.

Se refirió a la excepción prevista en la Ley 33 de 1985, precisando que para ser beneficiario del régimen anterior de la referida norma, se debe contar con 15 años de servicios a su expedición, cuya excepción sólo se refiere a la edad, más no a los factores salariales, seguidamente explicó que los docentes al someterse al régimen general en materia pensional conforme a la Ley 91 de 1989, su pensión se debe liquidar con los factores salariales sobre los cuales se efectuaron aportes a pensión. Enfatizó que el régimen aplicable a los docentes es el previsto en dicha norma por remisión de la Ley 91 de 1989.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 16 de mayo de 2017³ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La parte demandada reiteró en su integridad los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La parte demandante guardó silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto fiscal.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conoce en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales administrativos.

³ Folio 212.

2. Problema jurídico

En el caso concreto la Sala debe precisar si la señora Yanette Timaná Guerrero tiene derecho a que se les reconozca la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del causante de conformidad con la Ley 100 de 1993 reformada por la Ley 797 de 2003 por no cumplir con los requisitos establecidos en el régimen previsto en el Decreto 224 de 1972, o en su defecto la normatividad aplicable es la dispuesta en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985 como lo alega la parte demandada y no la Ley 100 de 1993, pues aquella los excluyó expresamente de su aplicación.

3. De la normatividad aplicable al sub examine

3.1. Régimen pensional aplicable a los docentes

La Ley 43 de diciembre 11 de 1975 *“por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa”*, ordenó que los docentes fueran nacionalizados, en virtud de la cual se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

La mentada disposición en su art. 15 señaló:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...”

De conformidad con lo anterior, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del

orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Es así como nos debemos remitir a las normas que se encontraban vigentes a la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las que se encuentra la Ley 33 de 1985 la que al no contener distinción en cuanto a los funcionarios a quienes se dirige, se ha entendido que le es aplicable a todos los niveles, pues con la misma lo que se pretendió fue unificar los regímenes existentes a la época y así crear un régimen pensional del que se beneficiaran los empleados oficiales de todos los órdenes, por lo tanto la misma le es aplicable a los docentes de conformidad con el art. 15 de la Ley 91 de 1989.

No obstante lo anterior, para las personas que como el causante señor Saúl Rainier Macías Rojas, no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de su fallecimiento, el Decreto 224 de 1972 por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7° previó la siguiente prestación:

“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.~~”

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

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972 que contiene el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos sin cumplir con los requisitos para percibir pensión de jubilación, consagra el derecho a la *pensión post mortem* pero sólo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973⁴.

3.2. De la pensión de sobrevivientes consagrada en la Ley 100 de 1993

El Legislador con el objeto de unificar los diferentes regímenes pensionales que se venían aplicando a los servidores públicos de todos los órdenes, expidió la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema General de Seguridad Social Integral y en lo relativo a pensiones dispuso que este sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con independencia que sean públicos o privados, así:

“ARTICULO. 11.- [Modificado por el art. 1, Ley 797 de 2003](#) Campo de aplicación. El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”

⁴ Pues el Decreto 224 de 1972 preveía una limitante para esta pensión por cinco (5) años, limitante temporal que fue eliminado por el art. 1º de la Ley 33 de 1972.

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

PARAGRAFO 1o. Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de el, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al caso se aplicaran las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron aclararon.

Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagara, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

La cuota parte de la pensión de devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

PARAGRAFO 2o. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, obtengan 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” (negrillas de la Sala).

Seguidamente, en el capítulo IV arts. 46 a 49 reguló el derecho a la pensión de sobrevivientes, así:

“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 por la sentencia C-556 de 2009>

b) <Literal INEXEQUIBLE por la sentencia C-556 de 2009>

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

“ARTÍCULO 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

<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 pensionado, 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).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá

reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”.

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno~~; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, ~~esto es, que no tienen ingresos adicionales~~, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.”

Por su parte, se tiene que el Régimen de Seguridad Social en Pensiones previsto en la normatividad anterior, empezó a regir a nivel nacional el 1º de abril de 1994, sin embargo en el nivel territorial el mismo cobró vigencia el 30 de junio de 1995, conforme a lo dispuesto en los arts. 150 de la Ley 100 de 1993 y 1º del Decreto 1068 de 1995.

A su vez, la Ley 100 de 1993 en su art. 279 dispuso la exclusión de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

“ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

No obstante lo anterior, la Ley 812 del 26 de junio de 2003, terminó con la excepción prevista en el art. 279 de la Ley 100 de 1993 aplicable a los docentes

afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para disponer que a partir de su vigencia (diario oficial No. 45.231 del 27 de junio de 2003) los docentes se regían por el sistema de seguridad social en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, así en su art. 81 dispuso:

*“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.
[...].”*

4. Del caso concreto

Encuentra la Sala que el apoderado de la parte demandada presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia por considerar que una de las demandantes en calidad de cónyuge supérstite del causante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes a cuyo pago fue condenada, por cuanto el causante en calidad de docente se encuentra regido por la Ley 91 de 1989, por lo que la normatividad aplicable es la que regula el régimen general que no es otra que la Ley 33 de 1985 y no la Ley 100 de 1993 cuya aplicación se pretende, puesto que la misma excluyó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como es el caso del *de cuius*.

Conforme a lo expuesto encuentra la Sala que el apoderado de la parte demandada sustenta su recurso en considerar que la normatividad que gobierna al causante en materia pensional es la Ley 33 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989, no habiendo lugar a derivar derechos de la Ley 100 de 1993 por cuanto la misma excluyó en forma expresa de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, argumento que podría resultar incongruente con lo aquí debatido, ya que dentro del presente proceso se persigue la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del señor Saúl Rainier Macías Rojas, quien para su muerte no tenía pensión de jubilación, mientras que la defensa radica en la no aplicación de la Ley 100 de 1993 dado que la pensión del causante se regía por la Ley 33 de 1985.

No obstante lo anterior, en aras de garantizar el derecho de defensa de la entidad demandada y el principio de la doble instancia se entenderá que su inconformidad radica

en la aplicación al presente asunto de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, la que excluye a los docentes de su campo de acción en su art. 279, argumento que es aducido en el acto administrativo acusado para negar la pensión de sobrevivientes a las demandantes.

Aclarado lo anterior, la Sala procederá a verificar si Yanette Timaná Guerrero tiene derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en calidad de cónyuge del señor Saúl Rainier Macías Rojas, quien no acreditó el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el Decreto 224 de 1972.

Se advierte que no será objeto de análisis el derecho que le asiste a la señora Claudia Yaneth Macías Timaná por cuanto la misma no presentó recurso de apelación en contra de la sentencia que le negó las pretensiones de la demanda.

4.1 Hechos probados

4.1.1. Para efectos del reconocimiento pensional de Yanette Timaná Guerrero, se encuentra demostrado en el proceso lo siguiente:

- Copia del registro civil de matrimonio No. 4592003 en el que consta que el señor Saúl Rainier Macías Rojas contrajo matrimonio con la señora Yanette Timaná Guerrero, el 12 de junio de 2004⁵. Información que se consigna igualmente en certificado de matrimonio expedido por la Parroquia San Antonio de Padua Totoró – Cauca⁶.
- El señor Saúl Rainier Macías Rojas falleció el 20 de agosto de 2012, según consta en copia auténtica del registro civil de defunción No. 5876968⁷.
- Formato único para expedición de certificado de historia laboral proferido por la Secretaría de Educación del Cauca el 26 de junio de 2013, en el que consta que el señor Saúl Rainier Macías Rojas laboró al servicio de la docencia nacional como directivo docente desde el 29 de marzo de 1995 al 20 de agosto de 2012⁸.
- Formato único para expedición de certificado de salarios emitido por la Secretaría de Educación del Cauca el 26 de junio de 2013, en el que constan los conceptos y valores

⁵ Fl. 9

⁶ Fl. 10

⁷ Fl. 3

⁸ Fls. 95 a 97

percibidos por el señor Saúl Rainier Macías Rojas desde el 1º de agosto de 2008 al 20 de agosto de 2012⁹.

- Obran declaraciones extra juicio rendidas por los señores Simón Bolívar Añazco Gómez y José Rodrigo Martínez Anacona ante la Notaría Primera del Círculo de Popayán el 27 de marzo de 2014, en las que manifiestan que conocieron al causante y a la señora Yanette Timaná Guerrero, por lo cual les consta que convivieron juntos bajo el mismo techo, en forma continua, estable y permanente, compartiendo lecho y mesa, durante aproximadamente 30 años hasta el fallecimiento del señor Saúl Rainier el 20 de agosto de 2012, fruto de cuya unión procrearon dos hijos Sonia Edith y Claudia Yaneth Macías Timaná, familia que dependía del *de cuius*¹⁰.

- Copia de la Resolución 6014 del 24 de agosto de 2012 por la cual el Secretario de Educación del Cauca declara vacante el cargo de Rector Institución Educativa Completa D.2277 Código 9032 grado 14 en la Institución Educativa los Anayes, sede Colegio los Anayes del Municipio de El Tambo (Cauca) por fallecimiento del señor Saúl Rainier Macías Rojas¹¹.

- Copia de la Resolución 2108 – 11 – 2013 del 29 de noviembre de 2013 por la cual el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Cauca reconoce seguro por muerte a favor de la señora Yanette Timaná Guerrero 50% en calidad de cónyuge del señor Saúl Rainier Macías Rojas, Sandra Milena, Sonia Edith y Claudia Yaneth 16.66% en calidad de hijas del causante¹².

- Copia de la Resolución 2197 – 12 – 2013 del 10 de diciembre de 2013 por la cual el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Cauca reconoce cesantía definitiva a favor de la señora Yanette Timaná Guerrero en un porcentaje del 50% en calidad de cónyuge del señor Saúl Rainier Macías Rojas, y el 16.66% a cada una de las hijas del causante, esto es, Sandra Milena, Sonia Edith y Claudia Yaneth¹³.

- Copia de la Resolución 15915 – 12 – 2013 del 9 de diciembre de 2013 por la cual el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Cauca reconoce costos acumulados adeudados por concepto de retroactivo de ascensos en el Escalafón Nacional Docente, de los años 2008 a 2010, a favor de la señora Yanette Timaná Guerrero en un porcentaje del 50% en calidad de cónyuge del señor Saúl Rainier Macías

⁹ Fls. 6 a 8

¹⁰ Fls. 11 a 12

¹¹ Fl. 102

¹² Fls. 176 a 178

¹³ Fls. 178 a 180

Rojas, y el 16.66% a cada una de las hijas del causante, esto es, Sandra Milena, Sonia Edith y Claudia Yaneth¹⁴.

- Obra dentro del plenario copia de los antecedentes laborales del señor Saúl Rainier Macías Rojas, en los que constan: el nombramiento, ascensos en el escalafón docente y situaciones administrativas en las que se encontró el causante durante su vida laboral¹⁵.

4.1.2.- El acto administrativo acusado es el siguiente:

- Resolución 1679-10-2013 del 21 de octubre de 2013 expedido por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca por la cual se niega la petición elevada por la actora en orden a que se reconozca la pensión de sobrevivientes del señor Saúl Rainier Macías Rojas, en forma negativa por considerar que el docente laboró por espacio de 17 años y 4 meses, mientras que el régimen especial aplicable a este sector exige 18 años de servicios¹⁶.

Conforme a lo anterior, se observa que el señor Saúl Rainier Macías Rojas laboró al servicio de la docencia nacional como directivo docente desde el 29 de marzo de 1995 al 20 de agosto de 2012¹⁷, para un total de 17 años, 4 meses y 11 días.

Finalmente, se tiene que los señores Saúl Rainier Macías Rojas y Yanette Timaná Guerrero contrajeron matrimonio 12 de junio de 2004¹⁸.

Bajo los anteriores supuestos, observa la Sala que en el caso concreto se encuentra debidamente acreditado y no existe discusión, el hecho de que el señor Saúl Rainier Macías Rojas laboró al servicio de la docencia por espacio de 17 años, 4 meses y 11 días, en el Departamento del Cauca, además, se hallaba casado con la señora Yanette Timaná Guerrero desde el 12 de junio de 2004 convivencia que perduró hasta el momento de su muerte, esto es, el 20 de agosto de 2012¹⁹. Situación que es confirmada por las declaraciones extra juicio arrojadas al plenario por los señores Simón Bolívar Añazco Gómez y José Rodrigo Martínez Anacona ante la Notaría Primera del Círculo de Popayán

¹⁴ Fls. 181 a 182

¹⁵ Fls. 120 a 164

¹⁶ Fls. 4 a 5

¹⁷ Fls. 95 a 97

¹⁸ Fl. 9

¹⁹ Fl. 3

el 27 de marzo de 2014²⁰, en las que manifiestan que la pareja convivió bajo el mismo techo, en forma continua, estable y permanente, compartiendo lecho y mesa, durante aproximadamente 30 años²¹, supuestos fácticos que se repite, no se discuten en el plenario.

Conforme a lo anterior, la demandante pretende derivar su derecho a la pensión de sobrevivientes contemplada en la Ley 100 de 1993, puesto que el régimen especial aplicable a los docentes contenido en el Decreto 224 de 1972 le es menos favorable, habida cuenta que exige un tiempo de servicios de 18 años, razón por la cual en aras de garantizar el principio de favorabilidad y los derechos a la igualdad y a la seguridad social integral, se debe regular el presente asunto por la norma más favorable.

En estas condiciones, es necesario precisar el contenido y alcance del principio de favorabilidad consagrado en el art. 53 de la C.P., según el cual cuando existan dos normas vigentes aplicables al mismo caso concreto o varias interpretaciones respecto a una misma norma, el operador judicial deberá preferir la más favorable al trabajador, en aras de resolver la situación de hecho planteada.

Al respecto esta Corporación en reciente pronunciamiento precisó:

“La aplicación del principio de favorabilidad supone el conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente “vigentes” al momento en que se realice el análisis del caso particular, o cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones. En aplicación de tales lineamientos, se ha procedido a la aplicación del principio de favorabilidad cuando el régimen especial vigente establece beneficios inferiores a los dispuestos en el régimen general aplicable al común de la población sin que exista causa válida para este tratamiento diferencial, en

20 De conformidad con los arts. 188 y 222 del CGP no es necesario la ratificación de las declaraciones de terceros a efectos de otorgarles valor probatorio, a menos que las partes así lo soliciten, situación que no ocurrió en el sub examine, por lo que son tenidas en cuenta como pruebas en este proceso.

Al respecto las normas señalan:

“Artículo 188. Testimonios sin citación de la contraparte. Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

A os (Sic) testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.

“Artículo 222. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”.

²¹ FIs. 11 a 12

*razón a que la situación discriminatoria riñe con los principios de igualdad y favorabilidad que erigen el Estado Social de Derecho.*²²

En el caso objeto de estudio, la parte demandante señora Yanette Timaná Guerrero pretende que se le reconozca la pensión de sobrevivientes en virtud del fallecimiento de su cónyuge, señor Saúl Rainier Macías Rojas conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, pues no reúne los requisitos dispuestos en la normatividad especial aplicable a los docentes para ser beneficiaria de la prestación pretendida.

Al respecto se tiene entonces que el Decreto 224 de 1972 prevé que el cónyuge y los hijos menores del docente que fallece sin cumplir el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión de jubilación, tienen derecho a una pensión de sobrevivientes siempre que el causante hubiere cumplido por lo menos 18 años continuos o discontinuos de servicios, la cual es equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el profesor al tiempo de la muerte.

Al respecto se tiene en el *sub examine* que el causante laboró al servicio de la docencia por espacio de 17 años, 4 meses y 11 días, por lo tanto, no reunió los requisitos dispuestos en la referida normatividad para que sus beneficiarios sean acreedores de la pensión de sobrevivientes prevista en la normatividad especial.

Por su parte, se tiene que de conformidad con la Ley 100 de 1993 art. 46, normatividad cuya aplicación pretende la parte actora, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Conforme a lo expuesto y una vez analizado el régimen general y el régimen especial aplicable a los docentes, se observa que aunque las prestaciones que los dos regulan comparten la misma naturaleza, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes contemplada en el Decreto 224 de 1972, régimen especial de docentes, el cual prevé como requisito para acceder a la prestación un tiempo de servicios de 18 años, mientras que la Ley 100 de 1993, contentiva del régimen general, tan sólo exige 50

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de julio de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la muerte del causante, resultando de esta manera más beneficiosa.

Esta Corporación ha indicado de tiempo atrás la procedencia de la aplicación del régimen general, cuando el régimen especial es menos favorable respecto a los requerimientos contenidos para la mayoría de empleados públicos, esto por cuanto, la razón de ser de un régimen especial es ser más benévolo para sus destinatarios en aras de concebir requisitos más cómodos para el acceso a los derechos que en él se contemplan, con relación a este tema la Corte Constitucional al analizar un caso similar al aquí planteado sostuvo:

“4.9. Como se expuso en las consideraciones de esta providencia, es factible la existencia de regímenes especiales de pensiones siempre y cuando estos ofrezcan un nivel de protección igual o superior al dispuesto en el régimen general, en aras de evitar un tratamiento discriminatorio. Por lo que el sujeto perteneciente al régimen especial, se rige integralmente por el este y no puede pretender ser titular a su vez de prestaciones individuales previstas en el régimen general. No obstante, cuando una regulación específica vulnera la igualdad, es procedente analizar la aplicación de tal regulación contenida en el régimen general pese a que el beneficiario se rija por el régimen especial, cuando se cumplan tres requisitos: i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y iii) la carencia de compensación al interior del régimen especial debe ser evidente.

Siguiendo el análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-167 de 2011,²³ al contrastar el régimen de pensión de sobreviviente contenido en el régimen general de la Ley 100 de 1993, con la del régimen especial de los docentes, prescrito en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972, la Sala Tercera de Revisión constató que en este supuesto específico existe un trato discriminatorio a la luz de las reglas establecidas por la jurisprudencia para realizar este tipo de comparaciones.

Por su parte, la Sala Primera de Revisión comparte la decisión adoptada en la sentencia previamente citada, en tanto: En primer lugar, en relación con la autonomía y separabilidad de la prestación, la Sala constata que esta característica se predica de aquellas prestaciones que gozan de autonomía propia, esto es, que son separables del conjunto del régimen de pensiones, por su carácter específico y debido a que beneficia de manera concreta a determinadas personas. La pensión de sobreviviente del régimen del magisterio, es independiente, en tanto no se encuentra indisolublemente ligada a otra prestación y beneficia únicamente a un grupo de personas, el cónyuge y los hijos del causante.

En relación con la inferioridad del régimen especial, la Sala considera que es manifiesta la mayor exigencia del régimen especial con relación al régimen general, pues mientras este último sólo exige a) que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento,²⁴ el Decreto 224 de 1972, exige mínimo dieciocho (18) años de

²³ (MP. Juan Carlos Henao Pérez)

²⁴ Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" Artículo 46.- Modificado por el Art. 12. Ley 797 de 2003. "Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la

cotización al momento de la muerte.²⁵ Es palmario que los requisitos contemplados en el régimen especial de docente Decreto 224 de 1972 en cuanto a la pensión post mortem son más gravosos, que los estipulados para la misma materia en la Ley 100 de 1993.

Finalmente, es notoria la carencia de compensación al interior del régimen especial, puesto que no se encuentra en el régimen del magisterio alguna otra prerrogativa que tenga por finalidad mejorar la situación de las personas que no pudieron acceder a la pensión, al no cumplir con los requisitos propios de la pensión de jubilación post mortem, ya que no hay ningún tipo de indemnización ni la posibilidad de completar el tiempo de cotización, quedando sin fuente alguna de ingresos la o las personas que dependían económicamente del docente. Después de realizar este estudio, la Sala observa que el artículo 7° del Decreto 224 de 1972, contiene requisitos más rigurosos que los contemplados en la Ley 100 de 1993.

Admitir la aplicación de una norma del régimen especial que es menos benéfica que la consagrada para el régimen general implica una violación al principio de igualdad en tanto, como bien lo señala el señor Dussan y de acuerdo con la jurisprudencia relacionada, a propósito de la pensión de sobrevivientes, los beneficiarios de la misma se encuentran en la misma situación y tal prestación persigue idéntica finalidad, cual es proteger a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte,²⁶ evitándose que este hecho se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de éstos.²⁷ No existe ninguna razón que justifique que, en un caso, las disposiciones señalen que para acceder a la pensión se requiera haber sido docente por un término mínimo de dieciocho (18) años, mientras que en el régimen general se exija haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años anteriores a la muerte.²⁸

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”.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Ver sentencia C-1176 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En el mismo sentido se pueden revisar, entre otras, la sentencia C-1094 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), y la sentencia C-1035 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

²⁷ Sentencia C-556 de 2009 (MP. Nilson Pinilla Pinilla). En esta sentencia, la Corte estudió la acción pública de inconstitucionalidad contra los literales a y b del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en el cual se establecen los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Mediante los literales acusados del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 fueron aumentados los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues en el anterior artículo sólo se exigía que el afiliado fallecido, si se encontraba aportando al régimen, hubiera cotizado un mínimo de 26 semanas al momento de producirse el deceso; y si había dejado de cotizar, hubiese efectuado aportes como mínimo por 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el fallecimiento. Mientras que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó la norma original, exige que el afiliado fallecido (i) hubiera cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años (los inmediatamente anteriores al fallecimiento) y (ii) que se acrediten los requisitos contemplados en los literales a) y b) de dicho artículo 12 acusado, donde se requiere, para que los beneficiarios tengan derecho, que los afiliados demuestren una fidelidad de cotización al sistema de al menos el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento. Respecto de la introducción de un nuevo requisito para para obtener la pensión de sobrevivientes la Corte consideró 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”. Para sustentar lo anterior, este Tribunal hizo referencia al principio de progresividad y a su importancia en el ordenamiento jurídico: “El deber asumido por el Estado al respecto es de no regresividad, es decir, no es legítimo, en principio, adoptar medidas ni sancionar normas jurídicas que disminuyan los derechos económicos, sociales y culturales de los que disfruta la población. || Dado que, por regla general, el Estado se obliga a mejorar el cubrimiento y calidad de estos derechos, simultáneamente asume la proscricción de reducir los niveles vigentes o derogar los ya existentes. Es decir, no pueden existir reformas regresivas, salvo que exista una justificación de raigambre constitucional. || Por tanto, dentro de la normatividad constitucional se pregona la progresividad de los derechos, lo cual significa, en principio, que han de ser mejorados o dejados igual, pero no disminuidos. Por eso, los mínimos básicos que garantizan las políticas públicas de un Estado, deben ser progresivos y facilitar las estrategias de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. || (...) De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en materia de progresividad de los derechos sociales, el Pacto de San José de Costa Rica y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, las medidas regresivas, en cuanto constituyen disminución en la protección que haya alcanzado un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias al Pacto Internacional de estos derechos. || En consecuencia, el legislador puede realizar cambios normativos, siempre y cuando exista una clara justificación superior para la excepcional disminución, en la general protección de los derechos sociales y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.”. Finalmente, La Corte declaró la inexequibilidad de las normas demandadas, porque en ellas se estableció el requisito de fidelidad al Sistema, medida que se consideró regresiva, por tratarse de un requisito más riguroso que los consagrados en la norma anterior.

²⁸ Sentencia T-071 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa.

Por su parte, respecto al tema el Consejo de Estado ha compartido de tiempo atrás la posición de la Corte Constitucional y en temas de pensión de sobrevivientes de docentes ha preferido la aplicación del régimen general sobre el especial en aras de garantizar la favorabilidad, los derechos a la igualdad y seguridad social de los beneficiarios del maestro fallecido sin el lleno de los requisitos previstos en el régimen especial, así:

“En este caso, la aplicación preferente del régimen especial contenido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la Ley 100 de 1993 que consagra como principios rectores precisamente la universalidad y la solidaridad, conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al Juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales en éste caso se encuentran encaminadas dentro del marco constitucional vigente a mitigar los efectos de la viudez o la orfandad y fundamentalmente al amparo del grupo familiar inmediato del trabajador afiliado fallecido, como se expresó en párrafos precedentes.

Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a la excepción 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 el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas a los docentes bajo la misma contingencia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por el Ente demandado, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial.

Sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales, la Corte Constitucional se ha pronunciado, señalando que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector. Si bien, tal pronunciamiento fue hecho a raíz de la mesada pensional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada del mes de junio), los razonamientos que otrora esbozó la Corte resultan perfectamente aplicables al presente caso, en cuanto ellos se refieren a la aplicación de la norma más favorable contenida en el régimen general.

Dijo así la Corte en la referida sentencia:

(...)

Ahora, el mismo artículo 288 de la precitada Ley 100 de 1993 desarrolla e imprime en su contenido la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, al prescribir taxativamente lo siguiente:

(...)

De lo anterior se concluye con toda claridad que la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles

el acceso a los derechos mínimos consagrados en la Legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.

Admitir lo contrario, sería apartarse del principio de equidad, por cuanto no observa la igualdad y la justicia la existencia de decisiones que nieguen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a quienes no lograron consolidar 18 años de servicios en una Entidad determinada y que al mismo tiempo subsistan providencias judiciales que concedan dicho beneficio a quienes sólo demuestran cotizaciones por 26 semanas al momento del deceso del causante.

Así pues, se harán efectivas las consideraciones anteriormente consignadas al caso que ocupa la atención de la Sala, dejando de lado por razones de equidad las disposiciones del Decreto 224 de 1972, pues sin duda alguna, si se cumplían los requisitos contemplados en el régimen general para acceder a la pensión de sobrevivientes, resulta forzoso concluir, que en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, los beneficiarios del docente y en el caso particular su hijo, tenía derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993.”²⁹

Visto lo expuesto, encuentra la Sala que hay lugar en el presente asunto a dar aplicación a la normatividad general contenida en el la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 en aras de garantizar el principio de favorabilidad contenido en el art. 53 de la C.P. arriba analizado y así salvaguardar el derecho a la seguridad social de la señora Yanette Timaná Guerrero en calidad de cónyuge supérstite del causante señor Saúl Rainier Macías Rojas, quien según se acreditó en el plenario laboró como directivo docente por espacio de 17 años, 4 meses y 11 días de servicios³⁰, por lo que cumple con el requisito previsto en el art. 46 *ídem*, esto es, haber cotizado al menos 50 semanas con anterioridad a la muerte.

En estas condiciones habrá lugar a ordenar a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Yanette Timaná Guerrero en la cuantía indicada en el art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. interno No. 1259-09.

³⁰ Fls. 95 a 97

4.2. Conclusión.

Vistas las consideraciones que anteceden, la señora Yanette Timaná Guerrero tiene derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida, en calidad de cónyuge supérstite del señor Saúl Rainier Macías Rojas, puesto que el mismo laboró por espacio de 17 años, 4 meses y 11 días como directivo docente, lo cual sobrepasa el tiempo exigido por el art. 46 numeral 2 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, esto es, haber cotizado al menos 50 semanas con anterioridad a la muerte del causante.

Última norma que como se dejó advertido, es aplicable al presente asunto en atención al principio de favorabilidad y prevalencia de los derechos a la seguridad social e igualdad de la parte actora, dado que el régimen especial contenido en el Decreto 224 de 1972 contempla requisitos considerablemente más exigentes con respecto al régimen general, por lo que es procedente resolver el presente asunto prefiriendo el régimen más favorable en su integridad, como es el previsto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Por lo expuesto hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Yanette Timaná Guerrero en calidad de cónyuge supérstite del señor Saúl Rainier Macías Rojas, de conformidad con el art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, la cual deberá ser reconocida en la cuantía indicada en dicha norma, a partir del 20 de agosto de 2012 fecha de muerte del causante, tal como lo concluyó el *a quo*.

Por último, en lo que respecta a la condena en costas impuesta a la parte vencida en la sentencia apelada, no hay lugar a efectuar pronunciamiento con relación a este punto por cuanto la parte demandada no presentó objeción en este tema en el recurso de apelación.

5. Decisión de segunda instancia.

Conforme al análisis precedente, se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 4 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones 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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2016, por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda promovida por **Yanette Timaná Guerrero y Claudia Yaneth Macías Timaná** contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ