

**PENSION DE SOBREVIVIENTES DE DOCENTES - Beneficiarios / DOCENTE - Derecho a la pensión de sobrevivientes. Aplicación de la Ley 100 de 1993 / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD E IGUALDAD - Aplicación de la norma más favorable contenida en el régimen general. Pensión de sobrevivientes / NORMA GENERAL - Prevalece sobre la norma especial por favorabilidad. Pensión de sobrevivientes**

El régimen especial que ampara a los beneficiarios del docente fallecido, se encuentra previsto en el Decreto 224 de 1972, que consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes pero solo para los profesores que hubiesen laborado en planteles oficiales durante 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el conyugue 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. De otra parte, el Régimen General de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de las personas y de la comunidad para obtener una calidad de vida digna, mediante la protección de las diversas contingencias que les afecten, estableció como orientación del mismo el principio de universalidad, en virtud del cual dicho sistema se concibe como una garantía de protección para todas las personas, sin discriminación alguna, en todas las etapas de la vida. Frente a la contingencia de muerte del afiliado, el Sistema prevé la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del mismo y establece como requisitos para su obtención: (...). De la lectura de los dos regímenes se observa, que existe una diferencia ostensible en los requisitos para acceder a la prestación, pues mientras el Decreto 224 de 1972, establece un requisito bastante alto como lo es exigir la prestación del servicio del docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993, resulta ser más beneficiosa al requerir tan solo 26 semanas de cotización. En este caso, la aplicación del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 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 están encaminadas a mitigar los efectos de la viudez. 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 la Ente demandado, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial. 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. 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 de la docente tenían derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993. Lo anterior significa que en el presente caso se cumplió en exceso con las exigencias previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues no solo se cotizaron más de 26 semanas, sino que al momento de su fallecimiento, la docente había completado más de 850 semanas de cotizaciones durante el tiempo servido, lo que configura el cumplimiento profuso de los requisitos establecidos para el reconocimiento aludido y en consecuencia, la pertinencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del actor.

**PENSION DE SOBREVIVIENTES - Prevalencia del principio de legalidad / PRINCIPIO DE LA JURISDICCION ROGADA - Es deber de los Jueces de ajustarse al imperio de la ley en sus decisiones / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY - La norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad. Pensión de sobrevivientes de docentes**

Considera la Sala, que aun cuando el marco para juzgar la legalidad de los actos sometidos al examen de ésta Jurisdicción lo fija el demandante de manera concreta y específica en la demanda, en virtud del principio de la jurisdicción rogada que se impone para al ejercicio de las acciones impugnatorias conforme al artículo 137 numeral 4º del Código Contencioso Administrativo, ello no impide que el operador judicial se releve de dar aplicación a las disposiciones que carezcan de vigencia dentro del ordenamiento jurídico, aun cuando su derogatoria no haya sido alegada por la parte interesada, lo cual mas allá de transgredir un principio procesal, observa la prevalencia del principio de legalidad y el deber de los Jueces de ajustarse al imperio de la Ley en sus decisiones. La situación advertida, atenta contra el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De manera pues que quien invoca una norma que le beneficia y quien en efecto la aplica, no puede recoger las prebendas contenidas en diferentes ordenamientos para crear una tercera norma; razón por la cual el monto y porcentaje ordenado equivocadamente por el a quo en virtud del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, no puede ser aplicado como quiera que el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 señala expresamente que el monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, es igual al 45 % del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que éste exceda el 75% del ingreso base de liquidación del causante, de donde resulta la modificación del fallo apelado en tal sentido.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008).

**Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07)**

**Actor: CESAR AUGUSTO JIMENEZ MEJIA**

**Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 2 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Quindío, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor Cesar Augusto Jiménez Mejía contra la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA ACCIÓN**

En ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor Cesar Augusto Jiménez Mejía por conducto de apoderado judicial y en su calidad de conyugue supérstite de la docente Luz Stella Torres Martínez, demanda la nulidad del Oficio del 14 de junio del 2002, por medio del cual el Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada; y de la Resolución No. 00427 del 13 de agosto de 2002, que resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de manera vitalicia a partir del 25 de enero de 1999, en cuantía correspondiente al 75% de los factores salariales percibidos por su esposa durante el año anterior a su deceso y la inclusión en nómina de pensionados; asimismo, pide que sobre las sumas adeudadas se apliquen los reajustes contenidos en la Ley 71 de 1988, se efectúe la actualización respectiva y se cancelen los intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del C.C.A..

**2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Como sustento de sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Relata que la señora Luz Stella Torres Martínez, prestó sus servicios como docente en forma discontinua en diferentes Municipios del Departamento del Quindío desde el 2 de febrero de 1981 hasta el 21 de diciembre de 1999, fecha en la que falleció, tal como consta en el acta de defunción expedida por la Notaría Cuarta del Círculo de Armenia, completando 17 años y 10 meses al servicio de la docencia oficial.

Ante tales circunstancias, el demandante en su calidad de conyugue supérstite, solicitó el 12 de junio de 2002 ante el Fondo Prestacional del Magisterio del Quindío, el reconocimiento y pago de la pensión post-mortem a su favor, con fundamento en lo dispuesto en el

artículo 46 de la Ley 100 de 1993, lo que dio lugar al Oficio demandado, mediante el cual el ente demandado niega la prestación reclamada dada la imposibilidad de aplicar el régimen invocado.

Por considerar desajustada la decisión anterior se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente el 13 de agosto de 2002 mediante la Resolución No. 00427, al considerar que el ordenamiento invocado no puede ser aplicado al caso particular, en razón de la excepción contenida en el artículo 279 de la misma Ley 100 de 1993.

Cita como normas violadas con los actos acusados los artículos 43 de la Ley 100 de 1993; 15 de la Ley 91 de 1989; 1° y 4° de la Ley 33 de 1973; 7° del Decreto 224 de 1972; 5° (lit. b) y 6° (num. 1°, lit. a) del Decreto 1160 de 1989.

Expuso que en el presente caso debía aplicarse la norma más favorable como quiera que la docente perdió su vida sin encontrarse retirada del servicio y por una situación de fuerza mayor como lo fue el sismo ocurrido el 25 de enero de 1999 en la ciudad de Armenia, lo que impidió abruptamente que completara los requisitos para su pensión.

Asimismo, señala que a la fallecida tan solo le hacían falta 2 meses para que pudiese hacerse efectiva la pensión post-mortem contemplada en el Decreto 224 de 1972, por lo que en casos como este, atendiendo a los diferentes criterios jurisprudenciales que han revisado situaciones similares, resulta viable la aplicación analógica del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

### **3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La entidad demandada en la oportunidad procesal pertinente contestó el libelo oponiéndose a sus pretensiones (fl. 60).

Alega que la prestación reclamada, para el caso de los docentes, la gobierna el Decreto 224 de 1972 y que en este caso, la negativa contenida en los actos demandados obedece precisamente a la falta de los requisitos exigidos para su reconocimiento, específicamente del tiempo de servicios requerido para tal efecto, que corresponde a 18 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° del citado ordenamiento.

Igualmente, se opone a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, como quiera que su artículo 279 excluye expresamente de su aplicación a los miembros del Magisterio, en razón de la existencia de un régimen propio de prestaciones económicas que amerita un tratamiento normativo especial y diferencial para los docentes.

## **II. LA SENTENCIA**

El Tribunal Administrativo de Quindío mediante sentencia del 2 de agosto de 2007 accedió a las pretensiones de la demanda (fl. 95).

Luego de analizar la vigencia de la norma que sustentó la decisión negativa de la Administración, concluyó que el artículo 7° del Decreto 224 de 1972

fue derogado por los artículos 1°, 2° y 4° de la Ley 33 de 1973, tal como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-480 de 1998, razón por la cual no podría producir efectos jurídicos, ni servir como fundamento de los actos demandados, por lo que éstos resultan contrarios al Ordenamiento Jurídico y deben ser declarados nulos.

Por lo anterior, consideró que el derecho demandado debía revisarse a la luz del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por ser ésta la norma vigente que regula la materia, frente a la cual, halló configurados y debidamente probados los supuestos de hecho que habilitaban el otorgamiento de la pensión reclamada y en consecuencia, ordenó el reconocimiento de la *sustitución pensional de la pensión post-mortem* a favor del demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir, ordenando su liquidación y pago en un porcentaje del 75% de los factores salariales percibidos por la causante durante el año inmediatamente anterior a su deceso, con los reajustes señalados en la Ley 71 de 1988.

De otra parte y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A., declaró de oficio la prescripción de los derechos causados antes del 12 de junio de 1999, como quiera que la reclamación en vía gubernativa fue presentada el 12 de junio de 2002.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN.**

La parte demandada, inconforme con el fallo del Tribunal lo recurre oportunamente (fl. 109). El extenso escrito de apelación compuesto por abundantes citas jurisprudenciales, se concreta en la dificultad que aduce la demandada para aplicar el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, ante la existencia de un régimen especial para los docentes, delimitado en la Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, entre otras.

Afirma que la Justicia Administrativa es rogada y que por tanto era a la parte demandante y no al Juez, a quien le correspondía alegar y demostrar que el Decreto 224 de 1972 fue derogado por normas posteriores en cuanto al régimen de pensión post-mortem allí contenido, fundamento no aducido ni probado por el

actor, de donde concluye que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos demandados, por lo cual, reclama la revocatoria de la sentencia impugnada y el rechazó de las pretensiones del demandante.

Agotado el trámite procesal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **1. PROBLEMA JURÍDICO.**

Corresponde a la Sala revisar la legalidad de los actos demandados en orden a establecer si resulta ajustada a derecho la decisión de la Administración en virtud de la cual negó la pensión de sobrevivientes reclamada por el señor Cesar Augusto Jiménez Mejía como conyugue supérstite de la Docente Luz Stella Torres Martínez, con fundamento en el artículo 7° del Decreto 224 de 1972; o si por el contrario, asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

##### **2. CUESTIÓN PREVIA**

Previo a realizar el análisis de fondo del asunto, resulta necesario esclarecer dos aspectos importantes que propone el recurso, relacionados con el principio de “Justicia Rogada” en virtud del cual el demandante pretende enervar la decisión tomada por el a quo y con la vigencia del Decreto 224 de 1972, en tanto constituyó el fundamento de la nulidad de los actos administrativos acusados en primera instancia. La cuestión planteada consiste en lo siguiente:

La pensión aludida fue negada por el Ente demandado en aplicación del régimen especial establecido para el personal docente en el Decreto 224 de 1972, que en cuanto a la pensión de sobrevivientes dispuso en su artículo 7° lo siguiente:

**“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.”** (Resalta la Sala)

De acuerdo a lo anterior estimó la demandada, que la causante no completó el tiempo de servicios necesario para que sus beneficiarios tuviesen derecho a la pensión de sobrevivientes consagrada en el ordenamiento transcrito, como quiera que tan solo contaba con 17 años y 10 meses de servicios al momento de su deceso.

Por su parte, el a quo consideró que la norma invocada como fundamento de los actos acusados se encontraba derogada de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-480 de 1998, razón por la cual procedió a declarar la nulidad de los mismos y a reconocer el derecho con fundamento en la norma general que gobierna la pensión reclamada, esto es, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; proceder que censura la parte demandada en el recurso propuesto, al considerar que tal situación no fue alegada en el libelo demandatorio por el interesado y que por ende transgrede el principio de “Justicia Rogada” que gobierna la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Lo anterior amerita el siguiente pronunciamiento:

Considera la Sala, que aun cuando el marco para juzgar la legalidad de los actos sometidos al examen de ésta Jurisdicción lo fija el demandante de manera concreta y específica en la demanda, en virtud del *principio de la jurisdicción rogada* que se impone para al ejercicio de las acciones impugnatorias conforme al artículo 137 numeral 4º del Código Contencioso Administrativo, ello no



impide que el operador judicial se releve de dar aplicación a las disposiciones que carezcan de vigencia dentro del ordenamiento jurídico, aun cuando su derogatoria no haya sido alegada por la parte interesada, lo cual mas allá de transgredir un principio procesal, observa la prevalencia del principio de legalidad y el deber de los Jueces de ajustarse al imperio de la Ley en sus decisiones.

De manera pues, que demandado un derecho o alegada una defensa con fundamento en una norma insubsistente dentro del Ordenamiento Legal, corresponde al Juez abstenerse de darle aplicación, con las consecuencias que de ello se deriven, desde luego observando que la situación de hecho alegada frente a la misma, no se subsuma dentro del periodo en donde cobró efectos jurídicos, razón suficiente para desestimar las reflexiones propuestas en este sentido por el recurrente.

No obstante lo anterior, observa la Sala que el a quo en este caso aplicó equivocadamente el contenido de la sentencia anteriormente citada, al darle un alcance mayor del expresado por la Corte Constitucional, pues la derogatoria tácita que se predica del artículo 7° del Decreto 224 de 1972, es parcial y no involucra la totalidad de la disposición normativa sino la limitación que la misma hace del derecho que consagra, como quiera que las expresiones *“aquel no contraiga nuevas nupcias”* y *“y por un tiempo máximo de cinco años”* allí contenidas, fueron suprimidas implícitamente en virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 33 de 1973, tal como se infiere de la parte motiva de la providencia en comento; de manera que resulta inapropiado suprimir una norma que aun conserva vigencia y esta llamada a producir efectos jurídicos, para casos concretos.

Lo anterior levanta el cargo en virtud del cual se declaró la nulidad de los actos demandados, como quiera que, contrario a lo expuesto por el Tribunal, los actos demandados se fundamentaron en una disposición vigente, lo que impone revisar el derecho frente a los ordenamientos invocados por el ente demandado y por el demandante respectivamente, en los términos del problema jurídico inicialmente esbozado.

De conformidad con lo expuesto, el régimen especial que ampara a los beneficiarios del docente fallecido, se encuentra previsto en el Decreto 224 de 1972, que consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes pero solo para los profesores que hubiesen laborado en planteles oficiales durante 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el conyugue 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.

De otra parte, el Régimen General de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de las personas y de la comunidad para obtener una calidad de vida digna, mediante la protección de las diversas contingencias que les afecten, estableció como orientación del mismo el principio de universalidad, en virtud del cual dicho sistema se concibe como una garantía de protección para todas las personas, sin discriminación alguna, en todas las etapas de la vida.

Frente a la contingencia de muerte del afiliado, el Sistema prevé la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del mismo y establece como requisitos para su obtención:

*“ARTICULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

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

*2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

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

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

De la lectura de los dos regímenes se observa, que existe una diferencia ostensible en los requisitos para acceder a la prestación, pues mientras el Decreto 224 de 1972, establece un requisito bastante alto como lo es exigir la prestación del servicio del docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993, resulta ser más beneficiosa al requerir tan solo 26 semanas de cotización.

En este caso, la aplicación del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 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 están encaminadas a mitigar los efectos de la viudez.

Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso<sup>1</sup>, 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 la 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<sup>2</sup>. 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.

---

<sup>1</sup> Sentencias Nos. 2409-01 del 25 de abril de 2002, 1707-02 del 6 de marzo de 2003 y 0880-07 del 22 de mayo de 2008.

<sup>2</sup> Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995.

Dijo así la Corte en la referida sentencia:

*“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 cobija. 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 (...).”*

Y más adelante agregó:

*“...No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...).”*

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:

*“Artículo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Ley y en Leyes anteriores.*

*Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.”*

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 judiciales 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 de la docente tenían derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993.

### **3. CASO CONCRETO**

Veamos, a la luz del numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cumplido **alguno** de los siguientes requisitos:

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte.
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Da cuenta el plenario, que la docente Luz Stella Torres Martínez, laboró en diferentes establecimientos educativos del Departamento del Quindío por un tiempo de 17 años, 6 meses y 12 días (fls. 40 a 43). Igualmente, resulta demostrado su fallecimiento y la calidad de beneficiario del señor Cesar Augusto Jiménez Mejía, como conyugue supérstite de la causante de la prestación aludida (fls. 30 a 34).

Lo anterior significa que en el presente caso se cumplió en exceso con las exigencias previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues no solo se cotizaron más de 26 semanas, sino que al momento de su fallecimiento, la docente había completado más de 850 semanas de cotizaciones durante el tiempo servido, lo que configura el cumplimiento profuso de los requisitos establecidos para el reconocimiento aludido y en consecuencia, la pertinencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del actor.

En este sentido y aunque bajo una motivación distinta a la esgrimida por el a quo, resulta necesaria la confirmación del fallo recurrido.

No obstante, causa extrañeza a la Sala que tratándose claramente de una pensión de sobrevivientes en razón del ordenamiento aplicado, se haya reconocido como una *sustitución pensional de pensión post-mortem* (fl. 105), aunado a lo cual asombra que se invoque en cuanto al monto y porcentaje de la

misma, la aplicación del contenido del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir, que para efectos de establecer la cuantía de la pensión reconocida, se haya ordenado aplicar el porcentaje del 75 % de los factores devengados por la docente en el último año de servicios, cuando existe dentro del ordenamiento aplicado, disposición expresa que establece el porcentaje y monto que corresponde a la pensión de sobrevivientes específicamente.

La situación advertida, atenta contra el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

De manera pues que quien invoca una norma que le beneficia y quien en efecto la aplica, no puede recoger las prebendas contenidas en diferentes ordenamientos para crear una tercera norma; razón por la cual el monto y porcentaje ordenado equivocadamente por el a quo en virtud del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, no puede ser aplicado como quiera que el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 señala expresamente que el monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, es igual al 45 % del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que éste exceda el 75% del ingreso base de liquidación del causante, de donde resulta la modificación del fallo apelado en tal sentido.

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

## **F A L L A**

**MODIFÍCASE** el numeral 2° de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 2 de agosto de 2007 dentro del proceso instaurado por el señor Cesar Augusto Jiménez Mejía, en el sentido de establecer que el porcentaje y monto de la pensión de sobrevivientes reconocida deberá determinarse de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 100 de

1993; en lo demás, se **CONFIRMA** la decisión del a quo, pero por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

**JAIME MORENO GARCÍA**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**