

PENSION POST MORTEM - Régimen especial para docentes y régimen general de la Ley 100 de 1993 / PENSION DE SOBREVIVIENTES - Requisitos de semanas cotizadas en la Ley 100 de 1993 / DOCENTES - Pensión post mortem: aplicación de la ley más favorable

Así, el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos previsto en el Decreto 224 de 1972, 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. De esta manera, el Legislador frente a la contingencia de muerte del afiliado consagró en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los requisitos que éstos deberían acreditar para acceder a ella y la cuantía correspondiente de acuerdo con el número de semanas cotizadas, lo que quedó expresado dentro de dicho ordenamiento en los siguientes términos: (...). De acuerdo con lo anterior, 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. Así, de la lectura de los dos regímenes estudiados -norma especial y norma general respectivamente-, se observa que aunque la prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza y previsión, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, 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 más beneficiosa al requerirse para su obtención tan sólo 26 semanas de cotización. 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.

FUENTE FORMAL: DECRETO 224 DE 1972 - ARTICULO 7 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULOS 46, 47 Y 48

NOTA DE RELATORIA: Se citan sentencias C-484 de 1998, 2401-01 M.P. Alberto Arango Mantilla, 1707-02 M.P. Ana Margarita Olaya Forero y 0880-07 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Pensión post mortem o de sobrevivientes: aplicación del régimen general de la Ley 100 de 1993 / PENSION POST MORTEM - Aplicación del régimen general y no el especial para docentes / DOCENTES - Pensión post mortem: inaplicación del régimen especial / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Pensión post mortem para docentes

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: “El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta (...)”. 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 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.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 142 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 288

NOTA DE RELATORIA: Se cita sentencia C-461 de 1995

PENSION POST MORTEM - Aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad en docentes / MENORES DE EDAD - Pensión de sobrevivientes surge desde el deceso del causante / PRESCRIPCION DE MESADAS PENSIONALES - Menor de edad: solo se les exige al cumplir la mayoría de edad

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. Así las cosas, se tiene que el tiempo de servicios que ostenta la causante, corresponde a 590 semanas de cotización, que sin duda alguna y al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho a sus beneficiarios de percibir la pensión de sobrevivientes allí consagrada, en la cuantía correspondiente de conformidad con el artículo 48 ibidem. Ahora, a diferencia de lo expuesto por el a quo, debe precisar la Sala que en el sub examine, el joven Luís Alberto Hurtado Pedraza si tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en discusión. En efecto, encontrándose probada su calidad de hijo de la señora Rosalba Pedraza Acuña a folios 8 y 83 del expediente, y aun cuando no haya logrado probar eficazmente su escolaridad como lo afirmó el a quo (lo que constituye en últimas un requisito para extender el derecho pensional con posterioridad al cumplimiento de los 18 años), se observa con toda claridad que para la fecha de fallecimiento de la docente, esto es, para el 4 de octubre del 2000, éste contaba con tan solo 14 años de edad, lo que sin duda alguna habilita su derecho al menos hasta el momento en que cumplió la mayoría de edad el 16 de abril de 2004, pues así lo estableció el Legislador en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en donde se dispuso el derecho de los menores de edad a la pensión de sobrevivientes allí prevista, sin que éste se encuentre condicionado a circunstancia adicional alguna. Al respecto, debe precisar la Sala que el derecho a la sustitución pensional o en este caso a la pensión de sobrevivientes, surge para los beneficiarios del pensionado o afiliado fallecido a partir del momento de su deceso, independientemente de la fecha en que se reclame o se eleve la solicitud de reconocimiento ante la Administración, con observancia desde luego del fenómeno prescriptivo cuando a ello haya lugar, razón por la que causa extrañeza en el sub examine la forma en la que el a quo ignoró el derecho del demandante, partiendo de que al momento de elevar el derecho de petición respectivo en procura del agotamiento de la vía gubernativa, esto es, a 1° de febrero de 2005, el joven Luís Alberto Hurtado Pedraza ya contaba con 18 años de edad, desconociendo el amplio periodo en que, fallecida la causante y siendo menor de edad, le asistía el derecho prestacional de sobrevivencia. Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del a quo y en su lugar declarará la nulidad de los actos acusados con el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante a partir del día siguiente de fallecimiento de la causante y hasta la fecha en que éste adquirió la mayoría de edad, sin que opere en este caso afectación del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas, por tratarse de un derecho causado a favor de un menor de edad, el cual no podía ser exigible directamente por éste sino hasta el cumplimiento de su mayoría de edad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 224 DE 1972 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 46 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 48 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 47 / ARTICULO 178 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ARTICULO 177 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA -SUBSECCION "A"-

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 68001-23-15-000-2005-01238-01(1259-09)

Actor: LUIS ALBERTO HURTADO PEDRAZA

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

Referencia: APELACION SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de marzo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el joven Luís Alberto Hurtado Pedraza contra la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en procura del reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

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 joven Luís Alberto Hurtado Pedraza por conducto de apoderado judicial y en su calidad de hijo de la docente fallecida Rosalba Pedraza Acuña, demanda la nulidad del Oficio del 16 de febrero de 2005, por medio del cual la Coordinadora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada; y del Oficio del 13 de marzo de 2005, que resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial, confirmándola en todas sus partes.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con efecto retroactivo a partir del 5 de octubre de 2000, día siguiente del fallecimiento de su progenitora, en la cuantía que resulte de conformidad con el inciso 2° del artículo 48 ibidem y aplicando los reajustes previstos en el Ordenamiento Jurídico para tal efecto, como también, el pago de las mesadas adicionales que se hayan causado desde la fecha en que se reconozca la pensión. Por último, reclama la actualización de las mesadas pensionales causadas desde el 5 de octubre de 2000 hasta la ejecutoria de la sentencia y el cumplimiento de la condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como sustento de sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

La señora Rosalba Pedraza Acuña nació el 13 de mayo de 1959 y se vinculó laboralmente al Magisterio de Santander desde el 4 de febrero de 1985 como docente nacionalizada.

El 16 de abril de 1986, nació su hijo Luís Alberto Hurtado Pedraza, demandante dentro de la presente acción.

El 4 de octubre de 2000, luego de sufrir un accidente que le causó heridas y quemaduras mientras se encontraba efectuando diligencias personales en la zona comercial y bancaria del Municipio de Barrancabermeja, la señora Rosalba Pedraza Acuña falleció, momento para el que reunía un tiempo total de servicios docentes correspondiente a 15 años y 8 meses.

Para la fecha del deceso de la docente, su hijo Luís Alberto Hurtado Pedraza convivía con ella y contaba con 14 años de edad.

Posteriormente, el 1° de febrero de 2005 el causahabiente en mención dirigió derecho de petición ante la Coordinación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander, en aras del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, con efectividad a partir del

día siguiente de la muerte de su señora madre y hasta la fecha, teniendo en cuenta que se encontraba adelantando estudios superiores anexando para tal efecto la documentación requerida por la Entidad, solicitud que fue despachada desfavorablemente mediante el acto demandado, aduciendo la inexistencia de derecho alguno a pensión de sobrevivientes dada la existencia de un régimen especial docente que impedía el reconocimiento de la prestación reclamada al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Por considerar desajustada la decisión anterior se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, resueltos negativamente mediante el Oficio fechado del 3 de marzo de 2005, en donde se reiteró que el ordenamiento invocado -artículo 46 de la Ley 100 de 1993- no puede ser aplicado al caso particular en razón del régimen especial que rige a los docentes, en virtud del cual solo hay derecho a pensión de sobrevivientes o a sustitución pensional cuando fallece un docente pensionado o un docente que reunió requisitos para pensión sin que se hubiese efectuado el reconocimiento respectivo y en los casos de las pensiones post mortem de 18 y 20 años de servicios, según la normatividad especial.

Cita como normas violadas con los actos acusados los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 83, 84 y 95 de la Carta Política; 50, 51, 52, 56, 57, 58, 59, 60 a 64, 68, 84 del Código Contencioso Administrativo; 1° al 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 46 de la Ley 100 de 1993; el Código de Procedimiento Civil y los Decretos Extraordinarios Nos. 2150 de 1995, 813 y 1160 de 1994, y 013 de 2001.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Entidad demandada en la oportunidad procesal pertinente contestó el libelo oponiéndose a sus pretensiones (fl. 46). Propuso como excepciones la “ineptitud de la demanda” por falta de requisitos formales en el poder y en la integración del contradictorio, y la prescripción trienal de las mesadas, sustentadas debidamente en el escrito de oposición.

En cuanto al fondo del asunto, reiteró los fundamentos de hecho y de derecho consignados dentro de los actos acusados, consistentes en la inexistencia de la obligación a la luz del ordenamiento especial que rige a los docentes en materia prestacional, que a su vez los excluye por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, del Sistema General de Seguridad Social allí consagrado y por ende del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que reclama el actor.

Por último, señaló que revisadas las prestaciones por muerte reconocidas a favor de los docentes y sus beneficiarios, se tiene, que para el momento de fallecimiento de la causante, ésta no cumplía con ninguno de los requisitos para acceder a alguna de ellas, es decir, que no se encontraba pensionada ni había reunido los requisitos para pensión, y que tampoco contaba con más de 18 o 20 años de servicios docentes que permitieran el beneficio sustitutivo o de sobrevivencia en favor del ahora demandante a la luz del régimen especial, razón por la que solicita la negativa frente a las pretensiones incoadas.

II. LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia del 26 de marzo de 2009, desestimó las excepciones propuestas y en cuanto al fondo del asunto, negó las pretensiones de la demanda (fl. 219).

Respecto de las excepciones planteadas y luego de revisar el poder cuestionado, precisó la suficiencia del mismo y su aptitud procesal, pues si bien en éste no se determinaron en concreto los actos administrativos demandados, si se podía inferir de su contenido que se trataba de aquellos que negaron el reconocimiento de la sustitución pensional. En cuanto a la excepción denominada falta de integración del contradictorio, señaló su ineptitud para enervar el análisis de mérito propuesto, como quiera que la comparecencia de los restantes beneficiarios de la causante no era obligatoria, máxime cuando los actos demandados niegan el derecho a sustituir del demandante únicamente y no de los restantes causahabientes que no hicieron parte de la reclamación en vía gubernativa, lo que los excluye de la presente litis.

Al analizar el asunto de fondo propuesto, definió que a los docentes oficiales sí les son aplicables las normas sobre pensión de sobrevivientes contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por ser más favorables que las previstas en el régimen especial que les cobija en la materia, en tanto el régimen general posibilita acceder a dicha prestación con menores requisitos, resultando por ende aplicable al caso concreto.

Sin embargo, al revisar la calidad de beneficiario del actor a la luz del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, concluyó que no podía acceder al derecho reclamado por cuanto al momento de elevar la solicitud de reconocimiento pensional ante la Entidad demandada -1° de febrero de 2005-, contaba con más de 18 años de edad sin hubiese logrado demostrar su escolaridad que permitiera la continuidad de su derecho, razón por la que negó las súplicas de la demanda.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante, inconforme con el fallo del Tribunal lo recurre oportunamente (fl. 226).

El sucinto escrito de apelación se concreta en la indebida valoración probatoria en que incurrió el a quo respecto del derecho que reclama el joven Luís Alberto Hurtado Pedraza, como quiera que de los medios probatorios allegados al expediente y de las normas que sustentan las pretensiones de la demanda se infiere la existencia del mismo, por lo que solicita se revoque el fallo recurrido y se acceda a las pretensiones incoadas.

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

IV. CONSIDERACIONES

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 que negó la pensión de sobrevivientes reclamada por el hijo de la docente Rosalba Pedraza Acuña con fundamento en las normas especiales que rigen a los docentes en materia prestacional; o si por el contrario, asiste derecho a la parte demandante al reconocimiento y pago de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el régimen general contenidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

La Entidad demandada dentro de los actos acusados sostuvo como fundamento de la negativa del derecho reclamado, la inexistencia de derecho pensional alguno radicado en cabeza de la fallecida docente Rosalba Pedraza Acuña que permitiera la aplicación de las reglas que en materia de sustitución pensional rigen al ramo docente; afirmó además, que en cuanto a las prestaciones previstas en el régimen especial tampoco se reunían los requisitos para acceder a alguna de ellas. Por último, dijo que en razón a la especialidad del régimen que ampara a los docentes no podía darse aplicación a las normas generales que en materia de pensión de sobrevivientes se encuentran consagradas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por cuanto éstos se encuentran expresamente excluidos de las mismas.

Para desatar la cuestión litigiosa, se harán las siguientes precisiones:

Sea lo primero aclarar que de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente, la docente fallecida no se encontraba en goce de pensión ni tenía derecho jubilatorio consolidado, razón por la que las normas que en materia de sustitución pensional adujo la demandada para negar el derecho en discusión -Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 71 de 1988 y Decreto 1160 de 1989- no resultaban aplicables al caso concreto, pues éstas prevén dicho beneficio a favor de la familia del empleado público, en este caso del docente, que logró de una u otra forma obtener un derecho pensional.

Ahora, para las personas que como la causante, 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 7°.- 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.~~”¹ (Resalta la Sala)

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, 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 lograba 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, el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos previsto en el Decreto 224 de 1972, 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 .

¹ *Aportes tachados derogados tácitamente por virtud de los dispuesto en los artículos 1, 2, 4 de la Ley 33 de 1973. Corte Constitucional. Sentencia C-480 de 1998.*

De acuerdo con la normatividad anterior, en el sub examine, según da cuenta el plenario, la causante no completó el tiempo de servicios necesario para que sus beneficiarios tuviesen derecho a la *pensión post-mortem de 18 años* consagrada en el mencionado Decreto, prestación que correspondería de conformidad con el régimen especial que le ampara, como quiera que al momento de su deceso tan solo contaba con 11 años, 4 meses y 23 días de servicios (fls. 14 a 23, 129, 130, 201)

De otra parte, con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sin extinguir las normas especiales existentes en la materia, fue desarrollada dentro del Régimen General de Seguridad Social una modalidad de previsión denominada *pensión de sobrevivientes* que no solo preveía la sustitución de la pensión ya percibida o consolidada por el trabajador fallecido, sino el reconocimiento de dicha prestación para los familiares de aquel que encontrándose *afiliado* al sistema y sin haber logrado el status pensional falleciera, siempre y cuando hubiese efectuado un mínimo de cotizaciones establecido por el Legislador.

La aludida prestación, consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido -normalmente al cónyuge supérstite o al compañero o compañera permanente y por supuesto a sus hijos-, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento en forma tal que **su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante**, es decir, que ésta responde a la necesidad de mantener para los beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del trabajador o del pensionado fallecido, derecho que al desconocerse puede significar la reducción de los mismos a un estado total de desprotección y desamparo, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales. Es la familia entonces, el interés jurídico a proteger con las disposiciones que en materia de pensión de sobrevivientes se consagraron en el régimen de la Ley 100 de 1993, como proyección desde luego del precepto constitucional de protección integral a la misma, consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991.

Al respecto, debe recordarse precisamente que **la finalidad legítima del Régimen General de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, 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, estableciéndose como principios orientadores del mismo **la universalidad y solidaridad**, en virtud de los cuales dicho sistema **se concibe como una garantía de protección y ayuda para todas las personas, sin discriminación alguna, en todas las etapas de la vida.**

De esta manera, el Legislador frente a la contingencia de *muerte del afiliado* consagró en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los requisitos que éstos deberían acreditar para acceder a ella y la cuantía correspondiente de acuerdo con el número de semanas cotizadas, lo que quedó expresado dentro de dicho ordenamiento en los siguientes términos:

“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. (...)”

“ARTICULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

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 ~~por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos~~

~~para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y] hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;~~

b. 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; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

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

d. 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.”² (Resalta la Sala)

“ARTICULO 48. MONTO DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley. (...)”

De acuerdo con lo anterior, 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:

² Aparte en tachado en corchetes declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1176/01 Expediente D-3531, por constituir una restricción demasiado amplia y desproporcionada del derecho a la pensión de sobrevivientes que desconoce evidentemente su finalidad. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- 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.

Así, de la lectura de los dos regímenes estudiados -norma especial y norma general respectivamente-, se observa que aunque las prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza y previsión, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, 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 más beneficiosa al requerirse para su obtención tan sólo 26 semanas de cotización.

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;³ 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

³ *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.*

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.⁴ 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:

“El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta (...).”

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

⁴ Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995.

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 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.

Precisado lo anterior, da cuenta el plenario que la docente Rosalba Pedraza Acuña, laboró en diferentes establecimientos educativos del Departamento de Santander por un tiempo total de 11 años, 4 meses y 23 días de servicios, que corresponden a los servicios prestados en la docencia oficial de manera discontinua desde el año 1984 hasta el 2000, sin tener en cuenta el periodo comprendido entre los años 1988 y 1989 como quiera que habiéndose desempeñado como docente por Horas Cátedra, las mencionadas certificaciones no precisaron la intensidad horaria servida que permitiera de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985,⁵ efectuar la liquidación aritmética del tiempo laborado para efectos pensionales, lo que si sucedió respecto del año 1985, en donde se precisó que la docente laboró con una intensidad horaria semanal de 12 horas (fls. 14 a 23, 129, 130, 201).

La determinación del tiempo de servicios adquiere relevancia en el caso de la pensión de sobrevivientes por cuanto de la definición del mismo depende la fijación del quantum pensional en proporción de las semanas cotizadas.

Así las cosas, se tiene que el tiempo de servicios que ostenta la causante, corresponde a 590 semanas de cotización, que sin duda alguna y al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho a sus beneficiarios de percibir la pensión de sobrevivientes allí consagrada, en la cuantía correspondiente de conformidad con el artículo 48 ibidem.

⁵ Ley 33 de 1985. Artículo 1°. (...) Parágrafo 1°. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la Ley.

Ahora, a diferencia de lo expuesto por el a quo, debe precisar la Sala que en el sub examine, el joven Luís Alberto Hurtado Pedraza si tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en discusión.

En efecto, encontrándose probada su calidad de hijo de la señora Rosalba Pedraza Acuña a folios 8 y 83 del expediente, y aun cuando no haya logrado probar eficazmente su escolaridad como lo afirmó el a quo (lo que constituye en últimas un requisito para extender el derecho pensional con posterioridad al cumplimiento de los 18 años), se observa con toda claridad que para la fecha de fallecimiento de la docente, esto es, para el 4 de octubre del 2000 (fl. 9 y 78), éste contaba con tan solo 14 años de edad, lo que sin duda alguna habilita su derecho al menos hasta el momento en que cumplió la mayoría de edad el 16 de abril de 2004, pues así lo estableció el Legislador en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en donde se dispuso el derecho de los menores de edad a la pensión de sobrevivientes allí prevista, sin que éste se encuentre condicionado a circunstancia adicional alguna.

Al respecto, debe precisar la Sala que el derecho a la sustitución pensional o en este caso a la pensión de sobrevivientes, surge para los beneficiarios del pensionado o afiliado fallecido a partir del momento de su deceso, independientemente de la fecha en que se reclame o se eleve la solicitud de reconocimiento ante la Administración, con observancia desde luego del fenómeno prescriptivo cuando a ello haya lugar, razón por la que causa extrañeza en el sub examine la forma en la que el a quo ignoró el derecho del demandante, partiendo de que al momento de elevar el derecho de petición respectivo en procura del agotamiento de la vía gubernativa, esto es, a 1° de febrero de 2005, el joven Luís Alberto Hurtado Pedraza ya contaba con 18 años de edad, desconociendo el amplio periodo en que, fallecida la causante y siendo menor de edad, le asistía el derecho prestacional de sobrevivencia.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del a quo y en su lugar declarará la nulidad de los actos acusados con el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante a partir del día siguiente de fallecimiento de la causante y hasta la fecha en que éste adquirió la mayoría de edad, sin que opere en este

caso afectación del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas, por tratarse de un derecho causado a favor de un menor de edad, el cual no podía ser exigible directamente por éste sino hasta el cumplimiento de su mayoría de edad.

Para efecto de liquidar el derecho reconocido, la Entidad demandada observará estrictamente lo dispuesto en cuanto al porcentaje y cuantía de la pensión de sobrevivientes tanto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 como en el artículo 8° del Decreto Reglamentario 1889 de 1994,⁶ teniendo en cuenta además la posible existencia de otro u otros beneficiarios respecto del derecho en discusión, pero sin que ello obstruya la materialización del mismo en lo correspondiente a favor del actor.

La pensión de sobrevivientes que se reconoce tendrá los reajustes de Ley. Asimismo, al monto de la condena que resulte se aplicarán los ajustes de valor mes por mes, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

⁶ DECRETO 1889 DE 1994. **ARTICULO 8o.** DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

2. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la pensión de sobrevivientes, corresponderá en su totalidad a los padres con derecho, por partes iguales.

3. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, en el régimen de prima media con prestación definida y en el sistema general de riesgos profesionales, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos con derecho por partes iguales, y en el régimen de ahorro individual los recursos de la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha de fallecimiento de la causante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

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

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 26 de marzo de 2009 que negó las súplicas de la demanda instaurada por Luís Alberto Hurtado Pedraza contra la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar, se **DISPONE**:

1°. DECLÁRASE LA NULIDAD de los Oficios del 16 de febrero y del 3 de marzo de 2005, proferidos por la Coordinadora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander, por medio de los cuales negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a Luís Alberto Hurtado Pedraza, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer una pensión de sobrevivientes a Luís Alberto Hurtado Pedraza desde el 5 de octubre de 2000 -día siguiente del deceso de la docente Rosalba Pedraza Acuña- y hasta el 16 de abril de 2004 - momento en el que adquirió la mayoría de edad-.

3°. Las sumas a que resulte condenada la Entidad demandada se reajustarán e indexarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

4°. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

5°. **NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

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 GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO