

PENSION DE SOBREVIVIENTES DE DOCENTE – Regulación legal. Aplicación del régimen general. Principio de favorabilidad

Tal y como lo concluyó el juez de primera instancia, que el derecho pensional reclamado debía reconocerse aplicando el nuevo régimen general pensional y no el especial, dado que éste último resultaba más exigente y que la docente Marleny Orozco Arenas alcanzó a reunir los requisitos para que su cónyuge sobreviviente pudiera acceder a la pensión de sobrevivientes a la luz de lo previsto en el artículo 46 numeral 2º de la Ley 100 de 1993. Esta cotización al sistema por el término requerido se deduce de la afirmación que hace la entidad al folio 27 en el sentido de haber efectuado la docente aportes para pensión desde el desde el 22 de abril de 1982 hasta el 20 de diciembre de 1997 (fecha esta última la de su fallecimiento). En las anteriores circunstancias, la norma en mención prevalecía frente al artículo 7º del Decreto 224 de 1972, ésta última de aplicación preferente para el caso de los docentes, condición que ostentaba la fallecida, toda vez que la finalidad de los regímenes pensionales de excepción, como son los señalados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, es otorgar un tratamiento favorable a las personas a quienes se dirige respecto de la generalidad de los servidores públicos, pero si este propósito no se cumple, vale decir si con las normas de excepción se invierte la anterior finalidad estableciendo disposiciones que desmejoran la situación de los servidores allí cobijados, por razones de elemental justicia se hace necesario acudir a las normas generales.

FUENTE FORMAL: DECRETO 224 DE 1972 – ARTICULO 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil once (2011).

Radicación número: 63001-23-31-000-2005-00104-01(1510-07)

Actor: EDUARDO OSORIO SEGURA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Autoridades Nacionales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de mayo de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío que declarando la nulidad del Oficio C: FPSM 0169 del 6 de noviembre de 2004 mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de la pensión post mortem al señor Eduardo Osorio

Segura, probada la excepción de prescripción trienal de las mesadas pensionales causadas antes del 22 de octubre de 2001, y accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La Demanda (Fol. 1 a 13). El señor **Eduardo Osorio Segura**, a través de apoderado, acude a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en procura de la anulación del Oficio C: FPSM 0169 del 5 de noviembre de 2004 suscrito por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento del Quindío, que le negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión post-mortem.

A título de restablecimiento solicita el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación post-mortem a partir del 20 de diciembre de 1997 en cuantía equivalente al 75% de los factores salariales percibidos por la docente en el año anterior a su fallecimiento, el reconocimiento de los reajustes conforme a la Ley 71 de 1988, la inclusión en la nómina de pensionados, el pago de las mesadas atrasadas ajustadas en su valor conforme al artículo 177 del C.C.A., los intereses moratorios y la condena en costas en contra de la demandada.

Como fundamentos fácticos expone el demandante que su cónyuge, la señora Marleny Orozco Arenas, se desempeñó como maestra en establecimientos públicos del orden municipal y departamental por el lapso de quince (15) años, siete (7) meses y veintiocho (28) días, contabilizados desde el 22 de abril de 1982 hasta el 20 de diciembre de 1997 cuando falleció.

Que en virtud de lo anterior y en su condición de cónyuge sobreviviente, solicitó a su favor el reconocimiento de la pensión sustitutiva ante el **Fondo de Prestaciones del Magisterio del Quindío**, entidad que le negó el derecho argumentando que para el momento del deceso su cónyuge no reunía los requisitos que el artículo 7º del Decreto 224 de 1971 exige para otorgar el derecho, toda vez que no alcanzó a completar dieciocho (18) años al servicio de la educación estatal.

En el acápite de normas violadas y el concepto de violación, le atribuye el acto al acto demandado las siguientes causales de anulación:

Vulneración del principio de favorabilidad. Señala el demandante que si bien para el momento del fallecimiento de su cónyuge, no había completado dieciocho (18) años de servicio en la educación estatal, ello no impide a la administración, en procura de lograr la consolidación de un derecho fundamental, buscar la interpretación más favorable para el cónyuge-beneficiario, con la finalidad de radicar en su cabeza derechos pensionales y en ese orden, habida cuenta que la falta de prestación del servicio no obedeció a un evento atribuible a la voluntad de la docente sino por causa de su intempestiva muerte, es dable admitir que de no haber ocurrido este acontecimiento, hubiera continuado con absoluta seguridad vinculada al servicio oficial.

Vulneración de la ley, Para el demandante se vulneró por la administración el artículo 1º de la Ley 33 de 1973, norma que extiende los derechos pensionales de manera vitalicia y en ese sentido, considera el actor que el período de cinco (5) años para gozar de la pensión contemplado en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, quedó derogado totalmente por el citado artículo 1º de la Ley 33 de 1973.

Estima el demandante, que además su derecho al goce de la sustitución pensional deriva del artículo 5º literal b) del Decreto Reglamentario 1160 de 1989 en concordancia con el artículo 6º literal a), numeral 1º, normas que reafirman su derecho a la sustitución pensional post mortem por la circunstancia de haber reunido la fallecida docente, casi en su totalidad, los requisitos exigidos por el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 en concordancia con lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1973.

Indica el demandante que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, da vía libre a la aplicación del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 y la Ley 33 de 1973, al igual que del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, por cuanto no existe al momento de promover la demanda, ninguna disposición legal dentro de la normatividad que regula el sistema prestacional de los empleados en el sector oficial que impida el reconocimiento de su derecho.

Afirma el actor que le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que establece dos (2) posibilidades para acceder a la pensión de sobrevivientes, y de las cuales se cumple una, la cotización al sistema por lo menos durante 26 semanas anteriores a la ocurrencia de su fallecimiento.

Contestación a la demanda (Fol. 62-67). La entidad demandada, a través de apoderado, propone la excepción de prescripción con miras a evitar el reconocimiento de los derechos sobre los cuales haya operado este fenómeno.

Manifiesta su oposición a las pretensiones de la demanda, argumentando que la docente fallecida no cumplió el tiempo de servicio previsto en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 y conforme a ello, el demandante no podía acceder al reconocimiento pensional en condición de sustituto.

Igualmente, expresa que tampoco es viable considerar la aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el artículo 279 ibídem, excluye de su ámbito a los afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio**.

A juicio del apoderado de la demandada, corresponde mantener vigente el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, dado que también como claramente lo refiere la Ley 91 de 1989, la existencia de un régimen de prestaciones económicas propio y exclusivo para los docentes comprende un tratamiento normativo especial y diferencial.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Quindío mediante sentencia del 10 de mayo de 2007 (Fol. 123-134), anuló el acto acusado, accedió a las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de octubre de 2001.

La anterior decisión se sustenta en la pauta señalada por el Consejo de Estado en sentencia del 22 de febrero de 2001, que le permitió concluir al Tribunal que el estudio del reconocimiento pensional reclamado por el demandante debía efectuarse con fundamento en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, antes de la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, y que contempla el goce de la pensión de sobrevivientes para los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca siempre y cuando éste último hubiere cotizado veintiséis (26) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se certifique la muerte ya sea por enfermedad o por accidente, presupuestos éstos que encontró acreditados, toda vez que la docente cotizó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año de 1982 hasta la fecha de su deceso en un accidente de tránsito ocurrido en el año 1997.

Consideró el Tribunal que el reconocimiento pensional en lo atinente al monto debía efectuarse con base en el artículo 48 inciso segundo de la Ley 100 de 1993 y que dichos pagos debían ser indexados desde la fecha del reconocimiento, esto es, el 22 de octubre de 2001 en aplicación de la prescripción trienal habida cuenta que la petición fue formulada el 22 de octubre de 2004.

RAZONES DE IMPUGNACIÓN

En el escrito contentivo del recurso de apelación (Fol. 136-143), la entidad demandada reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, los cuales se fundamentaron en que los docentes territoriales están gobernados en materia pensional por el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, que dispuso la preservación del régimen prestacional vigente para los docentes con vinculación departamental, distrital y municipal incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto de los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, la norma en mención estatuyó que se rigen por las disposiciones vigentes propias de los empleados públicos del orden nacional, entre ellas los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, motivo por el cual considera que so pretexto del principio de favorabilidad, no era dable aplicar el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Sustenta lo anterior, en que el sentido y alcance del mencionado principio fue trazado por la Corte Constitucional especialmente en la sentencia C-168 de 1995, de cuyo texto, emerge que la noción de favorabilidad no es viable aplicarla cuando existe claridad sobre la fuente formal que regula el derecho como acontece en el caso sub-júdice con el artículo 7º del Decreto 224 de 1973. Concluye el recurrente que la justicia administrativa es rogada y por ello la parte demandante debió demostrar que el artículo 7º del Decreto 224 de 1973, que determina el régimen pensional de la pensión post mortem con 18 años de servicios, fue derogado por la Ley 33 de 1985 y posteriores, pero como ello no ocurrió, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado y por tanto la sentencia impugnada deberá ser revocada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del acto acusado (Fol. 20-21). La pretensión anulatoria se dirige contra el Oficio C: F.P.S.M. 0169 del 5 de noviembre de 2004 suscrito por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento del Quindío y por el Coordinador del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Quindío mediante el cual se decidió de manera desfavorable la petición de reconocimiento de la pensión post mortem con motivo del fallecimiento de la esposa del demandante Marleny Orozco Arenas, por no reunirse los requisitos mínimos previstos en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972:

“...Teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento de la educadora, aún no había cumplido 18 años de servicio, ya que su vinculación ocurrió el 2 de junio de 1982 y el fallecimiento el día 20 de diciembre de 1997, teniendo como tiempo laborado 15 años 6 meses 19 días; careciendo por tanto de los requisitos establecidos por el Decreto 224 de 1972.

Respecto que se debe aplicar al caso, la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la favorabilidad de la misma, tampoco es posible, en razón de que el artículo 279 inciso segundo excluye de su aplicabilidad al personal Docente estatal”.

Problema jurídico. Determinar si es posible en aplicación del principio de favorabilidad, otorgar al actor el reconocimiento pensional post mortem, previsto en el Decreto 224 de 1973, computando para ello un tiempo laborado equivalente a 15 años, 7 meses y 28 días, o la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Marco Normativo y jurisprudencial. El artículo 7º del Decreto 224 de 1972 “Por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente” consagró a favor de los beneficiarios de un docente que hubiere laborado por espacio de 18 años y haya muerto sin la edad para adquirir el derecho a la pensión ordinaria de jubilación, la pensión post mortem, en los siguientes términos:

“....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 aquél no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años”.

Acorde con la anterior transcripción normativa, para tener derecho a este reconocimiento pensional post mortem, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

- La prestación del servicio docente.
- La ausencia del requisito de edad pensional.
- La prestación del servicio docente por espacio de por lo menos 18 años continuos o discontinuos.
- Tener la calidad de cónyuge o de hijos menores.

Señala también la norma que el monto pensional equivale al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al momento de la muerte, que este derecho se pierde al contraer nuevas nupcias y fija un límite temporal para su disfrute equivalente a 5 años.

En punto al límite temporal de disfrute, la Ley 33 de 1973, lo modificó consagrando que el reconocimiento pensional post mortem sería vitalicio. Concretamente en su artículo 1º esta ley dispuso:

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

A su turno, la prohibición de contraer nuevas nupcias, también sufrió modificaciones trascendentales bajo los nuevos postulados expuestos por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-309 de 1996, en la cual se argumentó que en virtud de los nuevos postulados constitucionales, el prohibir a la viuda que está disfrutando del derecho pensional contraer nuevas nupcias so pena de perder el derecho, “es una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación del sujeto que vulnera el libre desarrollo de su personalidad sin ninguna justificación como quiera que nada tiene que ver el interés general con tales decisiones personalísimas”.

De la misma manera, esta prohibición perdió vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993 que al consagrar el beneficio pensional que denominó “pensión de

sobrevivientes” y a través del cual se ampara la contingencia de la muerte, no hace mención alguna a la pérdida del derecho por nuevas nupcias.

En efecto, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, previó la pensión de sobrevivientes a la cual se hacen acreedores los beneficiarios del trabajador fallecido, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que prevé el artículo 46 de la citada ley:

“(…) Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

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

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

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley”.¹

Al tenor del artículo 11 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones que dicha ley establece, se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, exceptuando únicamente a los sectores que describe el artículo 279 ibídem dentro de los cuales se enlistan los docentes. Así mismo, de manera expresa se estipula el respeto por los derechos, garantías, prerrogativas, servicios, beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la vigencia de la ley reúnan los requisitos para acceder a una pensión, o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución.

Bajo el anterior criterio normativo la Sala debe plantearse el siguiente interrogante para resolver el problema jurídico que se somete a consideración: ¿Qué ocurre si

¹ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1094/03, salvo el párrafo 2º que se declara inexecutable; el numeral 1º es declarado exequible mediante sentencia C-1255 de 2001 y el literal b) numeral 2º es declarado exequible mediante sentencia C-617 de 2001.

la norma general es más amplia y beneficiosa mientras que la especial y excepcional es más restrictiva?

Lo anterior, dado que acorde con el marco normativo descrito, para el caso en concreto, resulta más beneficioso para el actor, que su derecho se regule por la norma general y no por la especial que regula la pensión post mortem de los docentes oficiales, esto es, el Decreto 1224 de 1972.

Este complejo dilema se lo planteó la Corte Constitucional cuando estudio la constitucionalidad de los regímenes exceptuados, concluyendo que la justificación de la vigencia de estos regímenes, está en que con ellos se pretende garantizar un nivel de protección igual o superior, por lo cual puede válidamente concluirse que cuando los regímenes exceptuados establecen niveles de protección inferiores al general, su aplicación vulnera la Constitución, lo cual posibilita que la situación particular se rija por las normas generales que de manera más amplia protegen el derecho reclamado.

A su turno la jurisprudencia de esta Sección en virtud de los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad, ha venido participando de la tesis consignada por la Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995² que establece la prevalencia del sistema general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993 sobre las normas especiales y los regímenes de excepción que regulan la materia para determinado grupo de servidores públicos.

También se ha acogido la tesis plasmada en la sentencia C-461 de 1995³, en la que la Corte Constitucional se refirió al trato discriminatorio que puede ocasionar la aplicación de las normas contentivas de los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, como sucede respecto del personal vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por esa razón, se declaró exequible el artículo 279 ibídem, que exceptúa al personal afiliado al citado Fondo de la aplicación de la mencionada Ley, siempre que con ello no se vulnere el principio de igualdad.

² REF.: Expediente No. D-686, Normas acusadas: artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la ley 100 de 1993, Demandante: Jairo Villegas Arbeláez, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, sentencia del 20 de abril de 1995.

³ Sentencia, C-461 de 1995, REF: Expediente N° D-864, Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, providencia del 12 de octubre de 1995.

Del ingreso base de liquidación y el monto mensual de la pensión. El ingreso base de liquidación del derecho pensional deberá corresponder al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el causante cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, en aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Y respecto al monto, de manera expresa el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, señala que el monto de la pensión post mortem, se calculará tomando como base el 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte.

A su vez el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 consagró que el monto de la pensión 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.

Así las cosas, precisar cuál es la normatividad aplicable, es tarea que única y exclusivamente le compete al juez, quién en desarrollo de los principios constitucionales citados, deberá previo estudio de las normas reguladoras del derecho específico reclamado y de las pruebas traídas al proceso, señalar cuál es la más benéfica y aplicable a un caso en particular⁴. Bajo esta óptica analizará la Sala la presente controversia.

Sobre el punto cabe citar apartes de la sentencia proferida por esta Sección en la cual se concluyó lo que sigue:

“(…) Ahora, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección, en casos similares al que se juzga en este proceso⁵, a las excepciones en la aplicación de las normas generales por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las previsiones contenidas en los artículo 46 y 48 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de

⁴ 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.

⁵ Sentencias Nos. 2409-01 del 25 de abril de 2002 y 1707-02 del 6 de marzo de 2003.

sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas por muerte en situaciones especiales (...)"⁶

De lo probado: En el expediente se encuentran demostrados los siguientes supuestos que resultan relevantes para desatar la controversia:

- El ejercicio docente. La prestación del servicio en la docencia oficial por la señora Marleny Orozco Arenas, cónyuge del demandante, según el certificado laboral anexo a los folios 23 y 26 del expediente se inició el 22 de abril de 1982 y culminó el día de su fallecimiento ocurrido el 20 de diciembre de 1997. Textualmente refiere la documentación en comento:

“...MARLENY OROZCO ARENAS (...) PRESTÓ SUS SERVICIOS COMO DOCENTE NACIONALIZADO EN PROPIEDAD ASI:

Según Decreto 270 del 02 de junio de 1982 fue nombrada del Centro Docente Calabarazo Alto de Calarcá, a partir del 22 de abril de 1982 hasta el 31 de enero de 1993.

A partir del 19 de diciembre de 1989 queda por cuenta del Municipio de Calarcá, según Decreto Departamental 0778 del 19 de diciembre de 1989 (fecha en la cual fue entregada la planta de personal docente para ser administrada conforme a la ley 29 de 1989 y demás normas reglamentarias).

Según Decreto 6 del 01 de febrero de 1993 fue trasladada como maestra al Centro Educativo Matilde Buritica de Ospina de Calarcá, a partir del 01 de febrero de 1993 hasta el 19 de diciembre de 1997.

Según Resolución Ministerial No. 6001 del 20 de diciembre de 1995, queda por cuenta del Departamento a partir del 21 de diciembre de 1995 (fecha en la cual fue certificado el Departamento y se le regresó a la Planta de Personal Directivo, Administrativo, Operativo y Docentes Nacionalizados).

Según Decreto 1581 del 29 de septiembre de 1997 es retirada por fallecimiento, a partir del 20 de diciembre de 1997 (...)

APORTES PARA PENSION: Del 22 de abril de 1982 al 31 de agosto de 1990 los aportes para pensión fueron consignados a la Caja Nacional de PREVISIÓN (...). A partir del 01 de septiembre de 1990 hasta el 20 de diciembre de 1997 los aportes para pensión se efectuaron al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...”.

⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 27 de agosto de 2009. No. Interno. 2007-0241-00.

En total se contabiliza un tiempo de servicio a la docencia oficial equivalente a quince (15) años, seis (6) meses y diecinueve (19) días.

- El fallecimiento de la docente. Este hecho determinante para computar el tiempo de servicio, se acreditó con el certificado de defunción visible al folio 22, en el que se consigna como causa del mismo “accidente de tránsito”.

- La petición en sede gubernativa. El reconocimiento pensional post mortem fue solicitado por el hoy demandante el 22 de octubre de 2004, invocando su condición de cónyuge de la docente Marleny Orozco Arenas. Como fecha a partir del cual procedía la sustitución, se señaló por el peticionario el día del fallecimiento, esto es, el 20 de diciembre de 1997.

Respecto a la cuantía del derecho pensional reclamado se señaló en el equivalente al 75% de los factores salariales que percibió la docente en el año anterior a su fallecimiento.

Argumentó el peticionario que para el momento de la muerte de su cónyuge, solamente le faltaban unos días para obtener el reconocimiento de la prestación económica en los términos del artículo 7º del Decreto 224 de 1972, estimando además que si el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Quindío no aceptaba este argumento, le correspondía acudir en virtud del principio de favorabilidad y por analogía, al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en cuanto resulta menos exigente respecto a las condiciones para acceder al derecho pensional. (fls 16 a 19).

- De la respuesta de la administración. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, responde de manera negativa la solicitud de sustitución pensional al considerar que: “(...) a la fecha del fallecimiento de la educadora OROZCO ARENAS, no cumplía con los mínimos requisitos establecidos por el Decreto 224 de 1972, conforme al artículo 7º (...). Respecto que se debe aplicar al caso, la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la favorabilidad de la misma, tampoco es posible, en razón de que el artículo 279 inciso segundo excluye de su aplicabilidad al personal Docente estatal...” (Fol. 20).

- De lo devengado por la docente antes de su fallecimiento. Al folio 30 la Secretaría de la Educación Departamental certifica que la docente MARLENY OROZCO ARENAS devengó lo siguiente:

Del 1º de enero al 31 de diciembre de 1996:

SUELDO	\$8.004.660	\$667.055 Mensuales
PRIMA DE ALIMENTACIÓN	\$5.400	\$450 Mensuales
PRIMA DE NAVIDAD	\$667,055	

Del 1º de enero al 19 de diciembre de 1997:

SUELDO	\$ 9.428.291	\$810.472 Mensuales
PRIMA DE ALIMENTACIÓN	\$5.400	\$450 Mensuales
PRIMA DE VACACIONES	\$371.335	
PRIMA DE NAVIDAD	\$928.788	

La calidad de cónyuge supérstite del demandante. El demandante afirma y demuestra con la fotocopia autenticada del registro civil de matrimonio, que es el cónyuge supérstite de la fallecida Marley Orozco Arenas (Fol. 33).

El anterior recuento probatorio permite inferir a la Sala, tal y como lo concluyó el juez de primera instancia, que el derecho pensional reclamado debía reconocerse aplicando el nuevo régimen general pensional y no el especial, dado que éste último resultaba más exigente y que la docente Marleny Orozco Arenas alcanzó a reunir los requisitos para que su cónyuge sobreviviente pudiera acceder a la pensión de sobrevivientes a la luz de lo previsto en el artículo 46 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, esto es,:

“...Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por los menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte...”

Esta cotización al sistema por el término requerido se deduce de la afirmación que hace la entidad al folio 27 en el sentido de haber efectuado la docente aportes para pensión desde el desde el 22 de abril de 1982 hasta el 20 de diciembre de 1997 (fecha esta última la de su fallecimiento).

En las anteriores circunstancias, la norma en mención prevalecía frente al artículo 7º del Decreto 224 de 1972, ésta última de aplicación preferente para el caso de los docentes, condición que ostentaba la fallecida, toda vez que la finalidad de los regímenes pensionales de excepción, como son los señalados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, es otorgar un tratamiento favorable a las personas a quienes se dirige respecto de la generalidad de los servidores públicos, pero si este propósito no se cumple, vale decir si con las normas de excepción se invierte la anterior finalidad estableciendo disposiciones que desmejoran la situación de los servidores allí cobijados, por razones de elemental justicia se hace necesario acudir a las normas generales.

La aplicación del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 conllevaría para el actor una afectación que no se compadece con los dictados de justicia y equidad, los cuales deben inspirar al juez en la interpretación de las normas laborales que procuran la protección de sujetos especiales que como el actor, además de la viudez, para el momento de la solicitud del reconocimiento pensional contaba con más de 65 años de edad.

Se concluye así que se satisfacen las exigencias para que proceda el reconocimiento pensional al actor, dando aplicación al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, de manera vitalicia acorde con lo preceptuado en el artículo 47 literal a) de la Ley 100 de 1993⁷ que le otorga tal carácter a la pensión de sobrevivientes, lo que coincide y armoniza con la sentencia de la Corte Constitucional C-480 de 1995⁸ que estatuye la pérdida de vigencia del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 por el artículo 1º de la Ley 33 de 1973, para concluir que esta pensión de régimen de docentes debe considerarse vitalicia.

Base liquidatoria para determinar el valor de la mesada pensional. En virtud del principio de inescindibilidad de la norma, la liquidación del derecho pensional de

⁷ Modificado por el artículo 13 de la Ley 7979 de 2003.

⁸ Referencia Expediente No. D-1975, Acción Pública de Inconstitucionalidad en contra del artículo 7º parcial del Decreto 224 de 1972, actor: Enrique Guarín Álvarez, M.P: Dr. Fabio Morón Díaz, sentencia del 9 de septiembre de 1998.

sobrevivientes que al actor se reconoce en este proceso, deberá efectuarse en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 concordante con el artículo 48 inciso 2º de la Ley 100 de 1993⁹ tal y como lo señala la primera instancia, teniendo en cuenta la prescripción trienal de las mesadas pensionales anteriores al 22 de octubre de 2001, toda vez que la petición de reconocimiento fue formulada el 22 de octubre de 2004 y el derecho se causó desde el 20 de diciembre de 1997.

Sobre la aplicación del principio de favorabilidad para el reconocimiento del derecho pensional post mortem en los términos de la Ley 100 de 1993 a los beneficiarios de un docente que no alcanzó a laborar los 18 años que exige el Decreto 224 de 1972, esta Subsección se pronunció en sentencia del 14 de julio de 2011 en similares términos a los que se exponen en esta providencia:

“(…) Bajo estos supuestos, y descendiendo al caso concreto, se observa que conforme a lo dispuesto por los artículo 7 del Decreto Ley 224 de 1972 y 1 de la Ley 33 de 1973 la señora Ruby Alcira Rojas Piedrahíta, en su condición de cónyuge superviviente del señor Moisés Agudelo Velásquez, no tiene derecho al reconocimiento de una prestación pensional de sobreviviente, toda vez que el causante no laboró los 18 años exigidos por las disposiciones en cita.

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

En efecto, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente el señor Moisés Agudelo Velásquez laboró como docente al servicio del departamento de Antioquia, desde el 9 de mayo de 1979 al 2 de abril de 1996, lo que permite a la Sala dar por probado que dentro de los 3 años anteriores a su muerte esto es, entre el 3 de abril de 1993 y el 3 de abril de 1996, cotizó más de cincuenta semanas por concepto de pensión y, en consecuencia da lugar, al reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de la demandante (fl. 39).

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

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección “A”. Sentencia del 5 de junio de 2008. Ponente. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp. No. 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07). Actor. César Augusto Jiménez Mejía.

Y así mismo, en cuanto a su monto se deberá seguir la regla establecida en el artículo 48³ de la Ley 100 de 1993, esto es, el 45% del ingreso base de liquidación, más un 2% por cada 50 semanas cotizadas adicionales a las primeras 500 sin exceder, en todo caso, del 75% del ingreso base (...)¹⁰.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 10 de mayo de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso promovido por **EDUARDO OSORIO SEGURA** mediante la cual declaró la nulidad del Oficio C: FPSM 0169 del 6 de noviembre de 2004 que le negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional post mortem, probada la excepción de prescripción trienal de las mesadas causadas antes del 22 de octubre de 2001 y accedió a las pretensiones de reconocimiento de la sustitución pensional a favor del cónyuge supérstite demandante, en los términos y efectos de la Ley 100 de 1993 tal y como quedó consignado en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA REMÍTASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

³ **ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** *El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.*

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

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

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

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección "B". C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. No. Interno. 1558-2010. Actor. Ruby Alcira Rojas Piedrahita contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

En esta providencia se reitera el criterio de la Sección sobre la aplicación del principio de favorabilidad para resolver una situación particular en la cual en tratándose de derecho pensional, el régimen general resulta más benéfico para el administrado que el régimen especial. Puede consultarse también la sentencia del 27 de agosto de 2009 proferida dentro del expediente con No. Interno 0241-07. Demandante. Lenis de la Cruz Valiente Mendoza. Demandado. La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE