



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

M DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.

EXPEDIENTE No. 70-001-33-33-007-2016-00152-01

DEMANDANTE: MARLY CECILIA PALACIO DE LEÓN

DEMANDADO: MACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

ASUNTO A DECIDIR

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 27 de octubre de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda

1. ANTECEDENTES

a. La demanda.¹

La demandante, en nombre propio y en representación de su hijo menor **EDER JOSÉ DE ARCOS PALACIO**, pretende la nulidad absoluta de

¹ Folios 1 a 16

las Resoluciones N° 1126 del 10 de diciembre de 2008 y 0199 del 27 de mayo de 2009, así como del Oficio N° 700.11.03 SE OPSM 0262 del 14 de junio de 2016, expedidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en donde se niega el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los demandantes, por el deceso del docente EDER FREY DE ARCOS BUELVAS, quien tenía la calidad de cónyuge y padre, respectivamente, de los accionantes.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG en adelante, a que reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARLY CECILIA PALACIO DE LEÓN y su hijo menor EDER JOSÉ DE ARCOS PALACIO, causada con ocasión al deceso del docente EDER FREY DE ARCOS BUELVAS.

De igual manera, pide que se ordene el pago de los intereses moratorios y la indexación a la que haya lugar.

Y por último, se ordene a la entidad demandada que dé cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA, sea condenada en costas de conformidad con el artículo 188 *ibídem*.

Como **hechos relevantes** se destacan:

El señor EDER FREY DE ARCOS BUELVAS (Q.E.P.D.), laboró como docente vinculado al servicio del Departamento de Sucre, desde el día 2 de abril de 1993 hasta el día 12 de mayo de 2005, fecha en que se retiró del servicio por causa de muerte. Hasta la fecha de su deceso, había laborado un total de tiempo de servicio de 13 años, 3 meses y 5 días, que equivalen a 4.775 días y 682 semanas.

La señora MARLY CECILIA PALACIO DE LEÓN, en nombre propio en representación de su hijo menor EDER JOSÉ DE ARCOS PALACIO, solicitaron al FOMAG, por conducto de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, el día 13 de julio de 2007, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, alegando que éstos son beneficiarios de esa prestación, en razón a que hasta la fecha del deceso del docente, tenían la calidad de cónyuge e hijo, respectivamente.

En respuesta a lo anterior, la entidad expidió la Resolución No. 1126 del 10 de diciembre de 2008, por la cual negó el reconocimiento y pago de la prestación pretendida. Contra esta decisión, se interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado mediante Resolución No. 0199 del 27 de mayo de 2009, en la cual confirma en todas sus partes la determinación administrativa recurrida.

Posteriormente, el día 25 de mayo de 2016, nuevamente solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. En respuesta a esta petición, la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, expidió el Oficio No. 700.11.03. SE OPSM 0262 del 27 de junio de 2016, mediante el cual reafirma lo expuesto en las resoluciones anteriores, y niega el derecho invocado.

Como **normas violadas**, se invocaron los artículos 13, 25, 48 y 53, de la C. P., los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, y Ley 797 de 2003.

En el **concepto de violación**, explicó la parte demandante que los actos acusados vulneran los derechos fundamentales de la cónyuge e hijo menor del difunto docente EDER FREY DE ARCOS BUELVAS (Q.E.P.D.), toda vez que la entidad demandada se aferró a la norma especial de reconocimiento pensional de los docentes, prevista en la ley

91 de 1989 y normas complementarias, las cuales para el caso de marras resultaron desfavorables, puesto que impone exigencias que no se alcanzaron a cumplir, pero que el mismo ordenamiento jurídico prevé unas leyes generales de pensión, las cuales pueden ser aplicables al caso en virtud del principio de favorabilidad, cuyos requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes se encuentran satisfechos, que no son otros que los contemplados en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En tal sentido, la entidad demandada al no aplicar para el reconocimiento pensional de sobrevivientes, regulado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por ser más favorable a las estipulaciones descritas en la Ley 91 de 1989, obstaculiza el derecho legal de los beneficiarios a gozar de aquella prestación.

Añadió, que además de ser aplicables esas normas generales, se cumplen con las exigencias allí establecidas, puesto que a la fecha del fallecimiento del docente, éste tenía más de 682 semanas cotizadas, excediendo notoriamente las requeridas por la Ley 797 de 2003 las cuales son 50 semanas anteriores a la fecha del deceso.

Por consiguiente, manifestó que al no aplicarse las normas generales de pensiones al asunto de la referencia, se viola el principio de favorabilidad, puesto que éstas son mucha más ventajosas que las aplicadas por la entidad.

b. Contestación de la demanda².

La entidad demandada, dentro del término legal, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que en ella se formularon, indicando que

² Folios 105-117, c. 1.

no están ajustadas a derecho, ya que las normas especiales aplicables, esto es, la Ley 91 de 1989 y el Decreto 224 de 1972 que creó la pensión *post mortem*, establecen unos requisitos que el docente fallecido no cumplía al momento de su deceso, concretamente, el tiempo de servicio exigido, de suerte que no tiene derecho al tipo de pensión que solicita.

Agregó, que para el caso de la referencia, no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que habla la Ley 100 de 1993, como quiera que los docentes tienen su propio régimen prestacional, el cual ostenta el carácter especial, y por tanto exceptuado de las normas generales de pensiones tal como lo señala el artículo 279 *ibídem*, donde tales preceptivas legales especiales estipulan una figura pensional aplicables a los docentes cuando fallecen en el ejercicio de la profesión, siempre y cuando tuvieren más de 18 años de servicio, denominada pensión *post mortem*. En ese orden, al observar el tiempo de servicio prestado por el finado docente, se tiene que no cumple con aquella condición, luego entonces, no es viable jurídicamente el reconocimiento de tal prestación.

Así entonces, para la demandada, no es posible la aplicación de las normas del sistema general de pensiones en los docentes, en lo que concierne a la pensión de sobrevivientes, dado que éstos tienen regulación especial en materia de contingencias del fallecimiento del docente.

Propuso las excepciones de: (i) inexistencia de la obligación pensional por aplicación del régimen exceptuado; (ii) prescripción; (iii) pago de lo no debido; (iv) compensación; (v) buena fe; y (vi) genérica o innominada.

c. La sentencia de primera instancia.³

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo profiere sentencia el día 27 de octubre de 2017, mediante la cual accede a las súplicas de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Para el *A quo*, al compararse el régimen especial aplicado al causante para negar la pensión de sobrevivientes a la demandante y su hijo menor, con el régimen general de seguridad social, puede palpase que éste último es más beneficioso que el primero, pues requiere una cotización al sistema de 26 semanas para acceder a su reconocimiento, entre tanto el régimen especial de los docentes exige como mínimo que la prestación del servicio haya tenido una duración igual o superior a 18 años (Decreto 224 de 1972), por tanto, en virtud de los principios de favorabilidad e igualdad, debe imperar el régimen general de pensiones.

Esta postura la desarrolla el Juez de primera instancia conforme los pronunciamientos que la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado, ha sentado en asuntos de igual materia y situación fáctica, donde en virtud del principio de favorabilidad, dan aplicación al régimen general de pensiones sobre el especial que regula la situación del docente, en materia de pensión de sobrevivientes.

Para el caso de marras, afirma que está demostrada la vinculación del finado docente EDER FREY DE ARCOS BUELVAS a la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, además de su afiliación al FOMAG, entre el 9 de febrero de 1993 y 12 de mayo de 2005, fecha en que falleció y que para la cual se encontraba en ejercicio del servicio activo. A su vez, determinó el parentesco que existe entre éste y la señora

³ Folios 140 a 154 C 1.

MARLY CECILIA PALACIO DE LEÓN, en calidad de cónyuge, y el menor EDER JOSÉ DE ARCOS PALACIOS en la condición de hijo, por lo que éstos son los llamados a ser los beneficiarios de la pensión reclamada.

En ese contexto, el *A quo* consideró que a la luz de la jurisprudencia de las dos Altas Cortes mencionadas, es procedente inaplicar regímenes especiales de seguridad social, cuando estos impliquen un trato desfavorable y discriminatorio al reconocido por el sistema general contenido en la Ley 100 de 1993, como sucede en el caso de marras, por cuanto se busca garantizar el objeto de la seguridad social, con base en los principios de la favorabilidad e igualdad en materia laboral, en aras de proteger el núcleo familiar de la persona que fallece.

Por tanto, los beneficiarios del fallecido docente EDER FREY DE ARCOS BUELVAS, tienen derecho a que les reconozcan la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues, al momento de su fallecimiento había completado más de 632 semanas de cotizaciones continuas durante el tiempo servido, lo que configura el cumplimiento de las exigencias para el reconocimiento del aludido derecho.

Siendo así, declaró la nulidad de los actos acusados, y a título de restablecimiento del derecho, ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge de la causante y su hijo, en proporciones iguales como lo prevé el artículo 8º del Decreto 1889 de 1994, a partir de la fecha del deceso del docente.

En cuanto a la prescripción de las mesadas causadas, el operador de primer grado, determinó que para el caso del joven EDER JOSÉ DE ARCOS PALACIO, la exigibilidad del derecho nace cuando éste cumple la mayoría de edad, esto sería el 11 de mayo de 2022, y no desde el

fallecimiento de su padre, de suerte que no es posible aplicarle la prescripción sobre el porcentaje de las mesadas pensionales que le corresponda al menor, en tanto estaba en la imposibilidad de jurídica de hacer directamente dicha reclamación.

En cuanto al porcentaje de las mesadas pensionales de la cónyuge, sostuvo el fallo de primera instancia que se tomará como referencia la fecha de la segunda reclamación efectuada el día 25 de mayo de 2016, por lo que desde este momento se contabiliza el término prescriptivo, denotando entonces, que las mesadas causadas con anterioridad al 25 de mayo de 2013, están prescritas.

d. El recurso de apelación.⁴

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte accionada presentó contra ésta recurso de apelación, solicitando su revocatoria argumentando que las normas aplicables para el caso de la demandante, son aquellas que regulan la *pensión post mortem* o la sustitución pensional, reguladas en el Decreto 224 de 1972, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 33 de 1973, Decreto 690 de 1974, Decreto 1160 de 1989, entre otras, las cuales al verificar sus requisitos, se tiene que el docente al momento de su fallecimiento no cumplía con el tiempo de servicio exigido para dar lugar al reconocimiento de cualquiera de las dos prestaciones. Por tanto, al tener regulación propia sobre la materia, no es dable aplicar las premisas del sistema general de pensiones.

En consecuencia, sostuvo que es improcedente reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes, por cuanto las normas que regulan no son aplicables a la situación de los docentes.

⁴ Folios 158 a 165, c. 1.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 16 de enero de 2018 (F. 4, C 2). Con proveído del 22 de febrero de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F.9, C 2), término dentro del cual se pronunció **parte accionante**⁵ alegando que debe aplicarse el principio de favorabilidad en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por cuanto las normas pensionales que regulan el régimen de los docentes son mucho más restrictivas que las prerrogativas estipuladas en el sistema general de pensiones, luego entonces al ser éste más ventajoso en cuanto a sus requisitos para su reconocimiento, siendo éstos cumplidos por el causante, es procedente el derecho prestacional pretendido.

Por su parte, la **entidad demandada**⁶ expuso los mismos argumentos señalados en el recurso de apelación.

Entre tanto, el **Ministerio Público** no emitió concepto en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES

a. Problema jurídico.

Con fundamento en los cargos expuestos en el recurso de apelación, siendo éste el marco de competencia de esta instancia según lo previsto en los artículos 321 y 328 del CGP, corresponde a este Tribunal determinar si la señora MARLY CECILIA PALACIO DE LEÓN y su menor hijo EDER JOSÉ DE ARCOS PALACIO, en calidad de cónyuge supérstite

⁵ Folios 14 a 18, c. 2.

⁶ Folios 19 a 24, c. 2.

e hijo, respectivamente, del finado docente EDER FREY DE ARCOS BUELVAS (Q.E.P.D.), fallecido el día 12 de mayo de 2006, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

b. Pensión post mortem aplicable a los docentes.

Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del proceso de nacionalización surgida con ocasión a la Ley 43 de 1975, ostentan un régimen pensional de jubilación propio, cuya regulación está consagrada en el literal b) numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

2. Pensiones:

(...)

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Sobre el particular, es diáfana la interpretación que se la ha dado a dicha norma, en el sentido que si bien los docentes tiene estipulación expresa sobre su derecho pensional, los parámetros para su reconocimiento se remiten a las disposiciones legales de los pensionados del sector nacional, esto es, la Ley 33 de 1985, que estipula como requisitos para

ser acreedor de éste, la edad de 55 años independientemente si es hombre o mujer, y tiempo de servicio de 20 años.

Al respecto, el H. Consejo de Estado sostiene⁷:

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

Si bien es cierto que en materia de pensión de jubilación, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se les aplican las normas pensionales de los empleados oficiales generales del orden nacional (Ley 33 de 1985), siempre y cuando estén vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, no es menos cierto que este mismo sector en materia prestacional tiene derechos pensionales propios sin que sea posible aplicarlos a los demás sectores, como lo son *verbi gracia* la pensión de gracia prevista en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, y la pensión post mortem regulada en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972.

Respecto a la pensión post mortem, debe decirse que se causa a favor del cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando éste último no logró alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al sistema para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión

⁷ Sentencia de 17 de noviembre de 2017, radicado 19001-23-33-000-2014-00295-01(0603-17, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

sustitutiva para sus beneficiarios. En ese contexto, la norma anotada exige por lo menos dieciocho (18) años continuos o discontinuos de servicio al momento del deceso, sin importar la edad que tenga.

Para el efecto, el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 dispone:

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.

Desde esta óptica, se destaca que esta pensión únicamente está prevista para los docentes que al momento de su deceso no cumplan con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación que trata la Ley 33 de 1985, que sea susceptible de ser sustituida a sus beneficiarios. Sin embargo, como aspecto a tener en cuenta para su reconocimiento, es que el docente tenga más de 18 años de servicios, de no reunir este condicionamiento, no tendrá derecho a acceder a este tipo pensión⁸.

⁸ Ibídem 14 "Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972 que contiene el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos sin cumplir con los requisitos para percibir pensión de jubilación, consagra el derecho a la pensión post mortem pero sólo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973".

c. Pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993.

El sistema general de seguridad social, en el que se encuentra el régimen de pensiones, comenzó a regir y surtir efectos con la expedición de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, cuyo propósito en el ámbito pensional, fue unificar en un solo sistema y bajos criterios y principios uniformes⁹, todos los regímenes vigentes al momento de su expedición, es decir, concentró en un misma regulación el régimen pensional de los empleados particulares y servidores públicos, exceptuándose los estipulados en el artículo 279 de esa misma normativa, siempre bajo la consigna de amparar las contingencias derivadas de la vejez, muerte e invalidez¹⁰.

⁹ **ARTÍCULO 2º.** Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación

a) EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c) SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e) UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f) PARTICIPACION. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

¹⁰ **ARTÍCULO 10º. Objeto del Sistema General de Pensiones.** El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente Ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

Frente a la muerte como contingencia objeto de amparo, este sistema previó una erogación pensional llamada pensión de sobreviviente, que se causa a favor de los beneficiarios del pensionado por vejez o invalidez o del afiliado al sistema cuando éste fallece, en éste último caso siempre y cuando hubiese cotizado, inicialmente veintiséis (26) semanas al momento de ocurrir el deceso¹¹; sin embargo, posteriormente se amplió el espectro del tiempo de cotización, aumentando a cincuenta (50) semanas, pero que se haya cotizado dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento¹².

Para la H. Corte Constitucional el propósito esencial de esta prestación es *“la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más*

¹¹ **ARTÍCULO 46.** 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, y

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;

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

¹² Ley 797 de 2002. **ARTÍCULO 12.** El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. 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 y,

2. **Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento** y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)

*cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.*¹³

La misma Ley 100 de 1993, en su artículo 47, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en procura de proteger el núcleo familiar del pensionado o afiliado al sistema, dispuso el orden de beneficiarios de esta prestación, a saber:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el *cónyuge o la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

¹³ Sentencia C-1094 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

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

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

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

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

En cuanto al monto de esta pensión, el artículo 48 *ibídem* prevé que su determinación está sujeto a la calidad que tenga la persona al momento de su deceso, en el sentido si es pensionado o usuario afiliado al sistema general de pensiones. Así pues, en el primer caso, será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba, y en caso de ser afiliado al sistema, 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.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, esta pensión cobija a todos los sectores del orden nacional, público y privado, salvo aquellos enlistados en el artículo 279 *ibídem*¹⁴, el cual

¹⁴ **ARTICULO. 279.-Excepciones.** *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.*

señala expresamente quienes no están sometidos a este régimen general de pensión, entre los que se encuentra los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En ese orden de ideas, este personal en principio no tiene derecho a que se les apliquen las reglas de la pensión de sobreviviente, cuando el docente estando en servicio activo falleciera, ostentando más de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Sin embargo, es amplia la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con la aplicación de las prerrogativas de la pensión de sobreviviente al sector docente e incluso a miembros de las fuerzas militares como oficiales y suboficiales¹⁵, en virtud del principio de protector, entre los que se encuentra favorabilidad en materia de la norma que más beneficia los intereses de los beneficiarios del fallecido.

Frente al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estas previsiones especial de la Ley 100 de 1993, se aplican por favorabilidad, en los casos donde el afiliado fallecido no alcanzó el tiempo de servicio exigido para tener derecho a la pensión *post mortem* regulada en el artículo 7º del Decreto Ley 224 de 1972, el cual es de dieciocho (18) años continuos o discontinuos, de modo que en aras de cumplir la finalidad de la pensión de sobreviviente que estriba, que como se dijo, es la protección del núcleo familiar del pensionado o usuario del sistema fallecido, se hace extensivo este

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

¹⁵ Sentencia de Unificación CE-SUJ2-009-18 de 1º de marzo de 2018, proferido por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, radicado 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16), C. P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

derecho a este tipo de personal siendo más beneficioso que *la post mortem*, pues tan solo exige un tiempo de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores al deceso del afiliado, lo cual a todas luces resulta más ventajoso, siendo entonces aplicable en virtud del principio constitucional de favorabilidad previsto en el artículo 53 Constitucional, pese a que expresamente este sector está exceptuado el sistema general de pensión, pero que no obsta o impide, bajo el criterio de justicia y equidad en la interpretación de las normas laborales, la extensión de este derecho pensional a los docentes, siempre bajo la salvaguarda de los derechos fundamentales, y los principios fundantes del Estado Social del Derecho.

Sobre el particular razonamiento, el H. Consejo de Estado ha dicho¹⁶:

(...)

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

¹⁶ Sentencia de 5 de junio de 2008, radicado 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C. P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

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.

(...)

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.

(...)

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha acogido el principio de favorabilidad en materia laboral, cuando existen dos normas vigentes aplicables al mismo caso concreto o varias interpretaciones respecto a una misma norma, caso en el cual el juez debe optar por la más conveniente al empleado. En tal sentido, para el caso, se prevé la regulación pensional del Decreto Ley 224 de 1972 y las disposiciones de pensión de sobreviviente previstas en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, ambas vigente, siendo mucho más laxa para el cumplimiento de los requisitos pensión de sobreviviente ésta última norma, luego entonces, es procedente su aplicabilidad en los docentes.

Frente al principio de favorabilidad, para asuntos como el de marras, el H. Consejo de Estado ha sentado¹⁷:

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de julio de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

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

En el mismo sentido, la misma Alta Corte, expresó¹⁸:

*"Ya se determinó por la Sección¹⁹, que aunque la pensión post mortem y la de sobrevivientes comparten la misma naturaleza y previsión, existe diferencia manifiesta entre ellas, que se evidencia en que para tener derecho a la primera, el Decreto 224 de 1972 determina como requisito, la prestación del servicio por parte del docente por más de 18 años, y para acceder a la segunda, la Ley 100 de 1993 exige tan sólo 26 semanas de cotización. **Por suerte, que en el evento en que ambas concurren esta última es la que debe ser reconocida a los beneficiarios, en aplicación de los principios de favorabilidad y de igualdad.**"*

Así las cosas, en los eventos donde el docente fallezca y no alcance el tiempo de servicio exigido por el artículo 7º del Decreto Ley 224 de 1972, para que sus beneficiarios sean merecedores de la pensión post mortem, el criterio jurisprudencial descrito señala que es procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, prevista en la Ley 100 de 1993, a favor de los beneficiarios del docente fallecido, siempre y

¹⁸ Sentencia de 26 de mayo de 2016, radicado 19001 23 31 000 2003 00024 01 (1749-2010), Sección Segunda, Subsección A, C. P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

¹⁹ Ilustran al respecto la Sentencia de 29 de abril de 2010. Radicado: 1259-09. Actor: Luis Alberto Hurtado Pedraza. Demandado: Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 11 de agosto de 2011. Radicado: 1510-07. Actor: Eduardo Osorio Segura. Demandado: Ministerio de Educación Nacional. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

cuando aquél tenga más de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores al deceso, en virtud del principio de favorabilidad, pues ante dos fuentes jurídicas vigentes aplicables al caso, resulta más ventajosa ésta última.

Decantado lo anterior, es pertinente advertir que este principio de favorabilidad tiene efecto en los casos sobre la aplicabilidad de la norma pensional más beneficiosa, siempre y cuando ambas normativas legales estén vigentes al momento de la causación del derecho, es decir, al momento del ocurrir la muerte del afiliado y/o pensionado.

Al respecto, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ha sido prolija en definir que si bien es cierto que la pensión de sobreviviente puede aplicarse a sectores exceptuados del sistema general de pensiones, entre ellos como ya se dijo docentes y personal de la fuerza pública, bajo el amparo del principio de favorabilidad, ello únicamente es posible cuando la causa jurídica que da lugar a dicha pensión (muerte del pensionado y/o afiliado), sucede en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto es la norma jurídica favorable vigente al momento de los hechos, por tanto el deceso ocurre con anterioridad a la vigencia de aquella ley, no es procedente la aplicabilidad de dicha norma, de modo que no se le pueden dar alcances o efectos retrospectivos, posición que acogió recientemente esta Sala de Decisión²⁰.

Así pues, aquella postura del máximo órgano contencioso administrativo, se encuentra desarrollada en sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda, en la que se aseveró:

²⁰ Sentencia de 23 de noviembre de 2018, radicado 70-001-23-33-000-2017-00175-00, demandante: ANNY BEATRÍZ NARVAEZ TOVAR. Demandado. UGPP. M. P. Dr. EDUARDO TORRALVO NEGRETE.

*La jurisprudencia de esta Corporación²¹ ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; **no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.***

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.
*El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, **regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994.**"*

Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

*Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; **no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.***

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior²², la que exigía el requisito de tener 15 o más años

²¹ Ver, entre otras, las sentencias de octubre 7 de 2010, Consejero ponente LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero ponente GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); abril 16 de 2009, Consejero ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06).

²² Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984.

de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

*Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010²³ y noviembre 1º de 2012²⁴, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, **precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.***

Recientemente la Subsección B de la Sección Segunda, expidió **sentencia de fecha 1º de marzo de 2018²⁵**, aduciendo:

"(...)

*Asimismo, comoquiera que, como se dejó anotado, los miembros de la Policía Nacional gozan de un régimen especial de pensiones, por lo que si la norma especial que lo rige contempla mayores requisitos, para acceder a dicha prestación, que los determinados en el régimen general de seguridad social, en principio, los beneficiarios de los agentes de la Policía Nacional estarían amparados por los preceptos favorables de la Ley 100 de 1993, **empero, ello solo es viable en la medida en que el derecho pensional se haya producido a partir de su vigencia (1º de abril de 1994), según lo prescrito en el artículo 151 de dicha ley.***

(...)

*A manera de corolario, estima la Sala que si bien es dable acogerse a los mandatos del régimen general de seguridad social cuando este resulte menos restrictivo que: el especial, **lo cierto es que la favorabilidad únicamente es viable respecto de la disposición que rija para el momento en el***

²³ Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09) Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 12 de 1975, a pesar de que el fallecimiento había ocurrido en octubre de 1970.

²⁴ Radicación No. 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11) Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, a pesar de que el deceso del causante se produjo el 20 de febrero de 1991. En esta oportunidad el doctor Gerardo Arenas Monsalve salvó el voto en los siguientes términos: "Nótese además, desde el punto de vista práctico, el complejo problema que surge con la tesis mayoritaria que no se comparte, de aplicar el régimen general de la Ley 100 de 1993 a situaciones que se resolvieron plenamente antes de su vigencia. Como se trata de pensiones, y éstas no tienen término de prescripción, todos los derechos pensionales de sobrevivientes, resueltos en su momento aplicando válidamente la legislación anterior, resultan ahora sorpresivamente litigiosos, es decir, susceptibles de discusión judicial, así el fallecimiento del causante se haya producido en vigencia de esa legislación anterior, y así se hayan reconocido los derechos derivados del régimen anterior. El principio constitucional de la sostenibilidad financiera, establecido en la Carta desde el Acto Legislativo No. 1 de 2005 queda en entredicho, con una extensión tan amplia y generalizada de la aplicación del régimen general".

²⁵ Expediente: 17001-23-33-000-2013-00604-01 (3713-2014). C.. P. Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER

***que se cause la pensión,** es decir, que en circunstancias como la aquí estudiada donde el derecho se generó el 21 de agosto de 1977 (fecha de la muerte del extinto agente Luis Darío Betancourt Betancourt), cuando no estaba en vigor la Ley 100 de 1993,21 es imposible aplicar retrospectivamente el contenido de esta.*

(...)”

En tal sentido, el precedente del H. Consejo de Estado, prevé que si es posible aplicar el régimen general de pensiones sobre uno especial (para el caso es el de los docentes), siempre y cuando la causa eficiente del derecho – muerte del afiliado - se produzca en vigencia de la ley más favorable (Ley 100 de 1993), esto es, la del sistema general de pensiones.

Por tanto, en razón a estas consideraciones y al precedente del H. Consejo de Estado, vinculante para casos de iguales supuestos fácticos y jurídicos como el presente, de conformidad con artículo 10 del CPACA, se procede a estudiar el fondo del asunto, teniendo como referencia la fecha de fallecimiento del docente, el tiempo de servicio prestado, los beneficiarios, y los requisitos preceptuados en el artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993

d. Solución del caso.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala encuentra los siguientes hechos probados:

- El señor EDER FREY DE ARCOS BUELVAS nació el día 21 de octubre de 1963.²⁶

²⁶ Ver copia del folio del registro civil de defunción. Folio 29.

- El señor EDER FREY DE ARCOS BUELVAS, prestó sus servicios como docente nacional en la Institución Educativa Los Palmitos, desde 8 de febrero de 1993 hasta el 12 de mayo de 2006.²⁷
- Durante el tiempo en que prestó sus servicios en calidad de docente, estuvo afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El señor EDER FREY DE ARCOS BUELVAS, tuvo un tiempo total de servicio de 13 años, 3 meses y 5 días, prestados de manera ininterrumpida.²⁸
- Contrajo matrimonio con la señora MARLY CECILIA PALACIO DE LEÓN, el 23 de diciembre de 1994.²⁹
- De la unión con la señora MARLY CECILIA PALACIO DE LEÓN, nació el menor EDER JOSÉ DE ARCOS PALACIO, el día 11 de marzo de 2004.³⁰
- El señor JUAN GUILLERMO DÍAZ PÉREZ falleció el día 12 de mayo de 2006.³¹

De lo probado, la Sala entiende que el señor EDER FREY DE ARCOS BUELVAS (Q.E.P.D.) no alcanzó a laborar en el servicio de la docencia como mínimo 18 años, a efectos de que sus beneficiarios aquí demandantes puedan acceder a la pensión *post mortem* prevista en el Decreto 224 de 1972, de suerte que no es procedente el reconocimiento de ese derecho.

Ahora bien, la parte actora reclama el derecho de pensión de sobreviviente, en consideración a que le es más favorable a sus intereses, dado que para su acceso solo se exige 50 semanas cotizadas

²⁷ Folios 30 y 50. Esta información está consignada en uno de los actos administrativos acusados, no siendo objeto de reproche por ninguna de las partes.

²⁸ Folio 30.

²⁹ Folio 40.

³⁰ Folio 46.

³¹ Folio 29.

durante los tres años anteriores al deceso del señor De Arcos Buelvas, aspecto que sí cumplió el fallecido docente, y por tanto, son beneficiarios del derecho prestacional que se reclama en esta oportunidad, como es la pensión de sobrevivientes.

Pues bien, sobre el particular, en virtud del reseñado precedente del H. Consejo de Estado³², atrás citado, la Sala considera que contrastados el régimen especial de los docentes y el general de pensiones, se advierte que la Ley 100 de 1993 resulta más benévola que el Decreto Ley 224 de 1972, para acceder a la pensión de sobreviviente, pues mientras que la primera exige un tiempo de servicios de 50 semanas durante los tres años anteriores al deceso, la segunda requiere como mínimo 18 años de servicios antes del fallecimiento, lo que indica que estando ambas normativas legales vigentes al momento de la causación del derecho, esto es, la muerte del docente De Arcos Buelvas, resulta más favorable y ventajosa la pensión de sobrevivientes regulada en el sistema general de pensiones.

En ese contexto, es procedente aplicar las normas del sistema general de pensiones, en materia de pensión de sobrevivientes, a docentes fallecidos en vigencia de la Ley 100 de 1993, con más de 26 o 50 semanas, según sea la fecha del deceso, cuando éstos no cumplan el tiempo exigido para que sus beneficiarios accedan a la pensión *post mortem* del Decreto 224 de 1972, por ser aquella más favorable a la protección del núcleo familiar del finado docente,

A estas alturas, la Sala insiste que favorabilidad se aplica frente a dos normas jurídicas vigentes al momento de los hechos, sobre un caso particular, asunto que ocurre en ese escenario, dado que para el año

³² Sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2013.

2006 (fecha de deceso del docente) se preveía como disposición especial aplicable al caso, las regulaciones que dan lugar a la pensión *post mortem*, pero que como se advirtió no reúne las condiciones para ser merecedores los beneficiarios demandantes de ese derecho prestacional, sin embargo, para la misma fecha, estaba vigente una norma pensional más favorable, siendo entonces ésta aplicable, en aras de garantizar el sostenimiento y manutención de los reclamantes, en especial, el de menor de edad que a la fecha cuenta con 14 años de edad.

En ese orden de ideas, en el *sub examine*, el principio de favorabilidad frente a la aplicabilidad de dos normativas laborales para el mismo caso, se concreta como quiera que la fuente jurídica más ventajosa estaba vigente al momento de la causa que da lugar a la prestación social, esto es, la muerte del señor EDER FREY DE ARCOS BUELVAS.

A igual conclusión llegó el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, al manifestar *que "a los demandantes le son aplicables los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993 (régimen general), por vía de excepción, en virtud del principio de favorabilidad para acceder al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte del docente Huber Ernesto Bedoya Martínez, en aras de evitar un trato discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues dichas disposiciones son más favorables que las contenidas en el Decreto 224 de 1972."*³³.

De otro lado, la Sala se releva de examinar la condición de beneficiarios del causante alegado por quienes figuran como demandantes, como quiera que este punto no fue objeto de disenso o discusión por la entidad

³³ Sentencia de 23 de febrero de 2017, radicado 23001 23 33 000 2013 00001 01 (1166 2014), Sección Segunda, Subsección A, C. P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

demandada en el recurso de apelación, ni mucho menos a lo largo del trámite del presente medio de control.

Así las cosas, dando respuesta al problema jurídico, se concluye que la señora MARLY CECILIA PALACIO DE LEÓN y su hijo menor EDER JOSÉ DE ARCOS PALACIO, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en la medida que para la época del deceso del señor EDER FREY DE ARCOS BUELVAS (Q.E.P.D.), estaba vigente la normativa invocada.

Por consiguiente, esta Sala de Decisión confirmará sentencia objeto de apelación.

f. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que estableció un criterio objetivo de imposición de costas, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, habida consideración de no observarse ninguna situación especial que objetivamente impida abstenerse de condenar en costas. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 178

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado