

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

RADICACIÓN No : 70001-23-31-000-6929-01-(3229-99)

FECHA : Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de  
dos mil uno (2001).

CONSEJERO PONENTE : ALBERTO ARANGO MANTILLA

ACTOR : MARIA DE LAS MERCEDES HERNÁNDEZ

CONTRERAS Y OTROS

DEMANDADO : NACION - MINISTERIO DE EDUCACION

NACIONAL

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 1° de septiembre de 1999 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso iniciado contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la demandante, a nombre propio y en representación de sus hijos menores Diana María y José Javier Pérez Hernández, pidió al tribunal declarar, según modificación a la demanda (fl. 47), que operó el silencio administrativo frente a su petición de fecha 28 de agosto de 1997 (fl. 18) mediante la cual solicitó el reconocimiento de pensión post-mortem de su difunto esposo Libardo Rafael Pérez Navarro.

En el acápite "CONDENAS" pidió que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio reconocer pensión post-mortem o de sobrevivientes en los términos del artículo [46](#) de la ley 100 de 1993 a partir del 20 de junio de 1996, la mesada adicional a partir del 31 de diciembre del mismo año, los aumentos legales, y la indexación de la condena. Subsidiariamente pidió el reconocimiento de la pensión establecida en el artículo [7°](#) del decreto 224 de 1972.

Relata la demandante que convivió en unión libre con el señor Libardo Rafael Pérez Navarro (q.e.p.d.) por más de 21 años; que el causante se desempeñó como educador de tiempo completo desde el 9 de abril de 1981 hasta el 19 de junio de 1996, fecha en que falleció; que durante su vinculación laboral, el causante, estuvo afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; que mediante oficio del 18 de septiembre de 1997 el Coordinador de la Oficina de Prestaciones del Magisterio de Sucre le informó que su petición de pensión había sido devuelta según los comentarios del formulario para trámite No. 141220 del 4 de septiembre de 1997, en el que informaba que no se cumplía el requisito de tiempo de servicios; y que a raíz del fallecimiento de su compañero ha quedado desamparada y a cargo de sus dos hijos menores.

LA SENTENCIA APELADA

El tribunal negó las pretensiones de la demanda.

Expresó que a la demandante no resulta aplicable el artículo [46](#) de la ley 100 de 1993 por cuanto los docentes fueron excluidos del régimen general de pensiones, tal como lo previó su artículo [279](#); y que la declaratoria condicionada de exequibilidad del mencionado artículo solo se refería al reconocimiento de la mesada adicional.

Agregó que, tampoco era posible acceder a la pretensión subsidiaria pues el artículo [7°](#) del decreto 224 de 1972 exigía una labor de por lo menos 18 años y el causante solo alcanzó a trabajar algo más de 15 años.

## EL RECURSO DE APELACIÓN

Al recurrir la sentencia la demandante expresa que la exequibilidad condicionada del artículo [279](#) de la ley 100 de 1993 le confiere el derecho a la pensión de sobrevivientes en las condiciones previstas en el artículo [46](#) idem. ya que no existe norma igual o similar que la beneficie; que este vacío fue llenado por la ley 238 de 1995 en su artículo 1°.

Que carece de justificación que la ley reconozca derecho a beneficiarios de trabajadores que han cotizado solo 26 semanas (6 meses) y se lo niegue a quien ha cotizado durante más de 17 años; que la sentencia viola la Constitución Nacional en sus artículos [1](#), [13](#), [25](#), [53](#) y [228](#) y el sentido del Estado Social de Derecho; que la ley de seguridad social está cimentado sobre el principio de la universalidad y si bien protegió los regímenes especiales, ello no puede interpretarse como absoluto e irracional; que las excepciones previstas en la ley [100](#) de 1993 solo son aplicables cuando exista norma especial que regule la situación en condiciones más favorables.

Que la aparente contradicción entre la ley [100](#) de 1993 y el decreto [224](#) de 1972 debe resolverse a la luz del artículo [53](#) de la Carta aplicando el principio de favorabilidad y, en todo caso, esta última norma debe entenderse derogada desde la expedición del Estatuto de Pensión del Sobreviviente, según la cual se confiere el derecho a la pensión con 26 semanas de cotización.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Señor Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, en su concepto de fondo opina que la sentencia apelada amerita ser revocada y en su lugar debe accederse a las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en la sentencia C-[461](#)/95, apartes de la cual cita, concluye que al haberse vinculado el causante al magisterio el 8 de abril de 1981 no tenía vocación para ser acreedor a la pensión gracia; que resulta discriminatorio que no se reconozca a sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes, pese a estar demostrados 15 años de servicios, cuando a otros se les confiere esta prestación con solo 26 semanas de cotización.

Se decide, previas estas

## CONSIDERACIONES

Se trata en este caso de establecer si operó el silencio administrativo frente a la petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, presentada por la parte demandante el 28 de julio de 1997 (fl. 18), y si, como consecuencia, tiene derecho tal prestación.

En primer lugar considera la Sala que, en efecto, operó el silencio administrativo frente a la petición que para obtener el pago de la pensión de sobrevivientes presentara la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Seccional Sucre.

Como es sabido, las peticiones deben resolver de fondo lo que se solicita, ya sea negando o accediendo a ello.

Obra a folio 16 una comunicación del Coordinador de la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio de Sucre, dirigida a la actora, y en la que expresa:

"...Para su conocimiento le estoy devolviendo, el expediente de Pensión Post-Mortem, según los comentarios del Formulario para Trámite de Expedientes No. 141220, de fecha 4 de septiembre de 1997..."

A juicio de la Sala lo anterior no pasó de ser la comunicación de un trámite, pero allí ni se le negó ni se le concedió lo pedido. Mal puede la administración a la cual se vincula el personal calificado necesario para el ejercicio de una eficiente y diligente gestión pública pretender responder una petición con la devolución de un expediente para que, dentro de sus posibilidades, el administrado interprete la determinación tomada por la entidad.

En esas condiciones, y no existiendo prueba en el expediente de respuesta alguna de la petición presentada por la parte actora, resulta forzoso aceptar que operó el silencio administrativo, como lo declarará esta providencia, dado que el tribunal omitió resolver sobre este aspecto.

En cuanto al fondo del asunto dirá la Sala lo siguiente.

En sana lógica, a las excepciones en la aplicación de la ley general, por virtud de la existencia de normas especiales, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que la general. Lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por la ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad.

Pero aún más, en interpretación de la Constitución, la Corte ha pregonado el derecho a la igualdad de los pensionados, aún tratándose de aquellos excepcionados del régimen general. Así en sentencia C-[461](#) de 12 de octubre de 1995, precisó:

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

Y más adelante agregó:

"...No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se

traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo [13](#) de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos [13](#), [48](#) y [53](#) de la Carta y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo [142](#) de la Ley 100 de 1993...."

Si bien la sentencia citada contrajo la exequibilidad condicionada al reconocimiento de las mesadas adicionales, carece de sentido interpretar, como lo hizo el tribunal, que esa decisión cobijaba lo accesorio y no lo principal.

Es decir que los docentes tendrían derecho a la mesada adicional pero no a las pensiones que, sin estar contempladas en la norma especial de manera más benéfica, si lo están en la ley general, como es el caso de la pensión de sobrevivientes. Solo si se tiene el derecho pensional se puede gozar de las mesadas adicionales.

En ocasiones es necesario acudir al sentido común y no solo al texto frío de la ley encontrando una solución cimentada en principios de equidad y proporcionalidad, de los que se apartaría una decisión judicial que niegue el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a quien ha aportado al sistema de seguridad social durante más de 15 años y la concede a quien demuestra aportes por 26 semanas, con el argumento simple de la existencia de un régimen de excepción que, dicho sea de paso, no regula pensión similar a la de sobrevivientes.

En las condiciones anteriores, considera la Sala, que procede examinar si el señor Libardo Rafael Pérez Navarro, causante de la pensión que ahora se reclama, reunía al momento de la muerte las condiciones exigidas por el artículo [46](#) de la ley 100 de 1993 para que sus beneficiarios sean acreedores a la pensión de sobrevivientes.

A la luz de esta norma, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, al tenor del numeral 2°, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

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

Y agregó la norma que el cómputo de semanas se efectuaría conforme lo establecen los párrafos del artículo [33](#).

Según la certificación obrante a folio 72, el señor Pérez Navarro laboró desde el 14 de mayo de 1981 hasta el 30 de diciembre de 1989 efectuándose los aportes a la Caja Nacional de Previsión Social; y del 1° de enero de 1990 hasta el 20 de junio de 1996, lapso en el que se hicieron los respectivos descuentos a favor de La Previsora S.A. tal como lo ordenó la ley [91](#) de 1989 por la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así entonces, desde donde quiera analizarse, el causante cumplió en exceso las exigencias

previstas en el artículo [46](#) de la ley 100 de 1993; no solo cotizó más de 26 semanas, sino que también lo hizo por más de las 26 semanas durante el último año de servicios.

Se ordenará entonces que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconozca y pague a la demandante y sus hijos menores, pensión de sobrevivientes y las mesadas adicionales que se hayan causado, en la cuantía que resulte de conformidad con lo previsto en el artículo [48](#) inciso 2° de la ley 100 de 1993, a partir del 20 de junio de 1996 fecha del fallecimiento del señor Libardo Rafael Pérez Navarro (fl. 34), y aplicando los reajustes previstos en la ley.

Igualmente se ordenará la indexación, de las sumas que resulten a favor de la parte actora. Para tal efecto el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de pensión de sobrevivientes desde el 20 de junio de 1996 hasta la ejecutoria de la presente sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se adquirió el derecho)

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses se reconocerán en las condiciones previstas por el artículo [177](#) del C.C.A. adicionado por el artículo [60](#) de la ley 446 de 1998.

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

**F A L L A :**

Revócase la sentencia proferida el 1° de septiembre de 1999 por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso incoado por la señora María de las Mercedes Hernández Contreras, a nombre propio y en representación de sus hijos menores Diana María y José Javier Pérez Hernández, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. En su lugar se dispone:

1) Declárase configurado el silencio administrativo negativo frente a la petición presentada el 28 de julio de 1997 por la señora María de las Mercedes Hernández Contreras, a nombre propio y en representación de sus hijos menores Diana María y José Javier Pérez Hernández, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Seccional Sucre.

2) A título de restablecimiento del derecho la Nación – Ministerio de Educación Nacional a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá a la señora María de las Mercedes Hernández Contreras, a nombre propio y a sus hijos menores Diana María y José Javier Pérez Hernández pensión de sobrevivientes a partir del 20 de junio de 1996 en la cuantía que resulte conforme a lo previsto en el artículo [48](#) inciso 2° de la ley 100 de 1993 y aplicará los reajustes previstos en la ley. Igualmente pagará las mesadas adicionales que se hayan causado desde la fecha en que se reconoce la pensión.

3) Las sumas que se reconozcan a favor de la señora la señora María de las Mercedes Hernández

Contreras y los menores Diana María y José Javier Pérez Hernández serán ajustadas en la forma como se indica en la parte motiva de esta providencia aplicando para ello la siguiente fórmula:

Rh Índice Final

R= \_\_\_\_\_

Índice Inicial

4) La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo [176](#), observando lo dispuesto en el inciso final del artículo [177](#) del C.C.A., adicionado por el artículo [60](#) de la Ley 446 de 1998.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Publíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

ALBERTO ARANGO MANTILLA      ANA MARGARITA OLAYA FORERO

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

MYRIAM VIRACACHA SANDOVAL

Secretaria Ad-hoc



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

