

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA**  
**SUBSECCION B**

**CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015)

**EXPEDIENTE N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014)**

**DEMANDANTE: SULAY GONZALEZ DE CASTRO Y OTROS**

**DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL –  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO. LA PREVISORA S.A. DEPARTAMENTO DEL CAUCA –  
SECRETARIA DE EDUCACION**

**ASUNTO: PENSION POST MORTEN**

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 24 de febrero de 2015 (fl 264) para resolver el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2013 por el Tribunal Administrativo del Cauca mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

## **ANTECEDENTES**

La señora SULAY GONZALEZ DE CASTRO en su condición de madre de LUZ MARINA CASTRO GONZALEZ (Q.E.P.D.) a través de apoderado y ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2014 presenta demanda contra la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, LA PREVISORA S.A. y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACION, en la finalidad de obtener la nulidad de la Resolución No 2894 de 1º de diciembre de 2010 por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión post mortem. Igualmente impugna la Resolución No 327 de 9 de marzo de 2011 por la que se confirmó en todas sus partes la Resolución No 2894 de 1º d diciembre de 2010. A título de restablecimiento del derecho solicita el reconocimiento y pago de la pensión post mortem a partir del 25 de junio de 2007 en cuantía del 75% de los factores salariales percibidos por Luz Marina Castro González en el año anterior al fallecimiento (fl. 51 Cuaderno 1).

## **LOS HECHOS**

Se resumen así: la demandante señora SULAY GONZALEZ DE CASTRO es la madre de LUZ MARINA CASTRO GONZALEZ (Q.E.P.D.) quien falleció el 24 de junio de 2007 de acuerdo con el Registro Civil de Defunción. El último

cargo ocupado fue como Directora del Colegio la Sagrada Familia del Departamento del Cauca.

Se dice en la demanda que LUZ MARINA CASTRO GONZALEZ hizo aportes para pensión al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por ser docente oficial.

Informó que laboró en las siguientes entidades: 1) En la Imprenta Departamental del 1º de agosto de 1979 al 8 de julio de 1981; 2) En la misma entidad desde el 9 de julio de 1981 hasta el 7 de abril de 1983; 3) Cajera Pagadora de la Imprenta Departamental desde el 8 de abril de 1983 hasta el 4 de febrero de 1985; 4) Docente del Colegio San José del Departamento del Quindío del 5 de febrero de 1997 al 3 de marzo de 2003; 5) En la Secretaría de Educación de la Gobernación del Cauca en calidad de directivo docente desde el 6 de mayo de 2003 hasta el 23 de junio de 2007 (fl. 53).

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION**

Citó el Acto Legislativo de 2005, los artículos 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; los artículos 3, 9, 44, 47, 49 y 50 del Código Contencioso Administrativo y la Ley 100 de 1993 en su artículo 279. En cuanto al concepto de la violación manifestó que la igualdad no solo es un principio orientador del ordenamiento jurídico sino un derecho fundamental de todos. Por tanto, la garantía, protección, dirección, coordinación y control

de la seguridad social es una obligación del Estado de conformidad con los artículos 46, 48 y 53 superiores.

Señaló que la Seguridad Social conduce a la prestación de asistencia y protección como elemento integrante del Estado Social de Derecho que debe establecer condiciones que permitan a todos los habitantes una vida digna y un mínimo de situaciones para la seguridad como es la sustitución pensional previo el cumplimiento de los requisitos de ley.

También dijo que se desconoció el principio de favorabilidad pues el hecho de que Luz Marina Castro no haya completado 18 años de servicio a la educación estatal no es óbice para que la administración busque la interpretación más favorable en procura de consolidar un derecho fundamental para los padres beneficiarios de la sustitución pensional.<sup>1</sup>

### **OPOSICION A LA DEMANDA**

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opone a la prosperidad de las pretensiones para lo cual manifestó que de acuerdo con la Ley 91 de 1989 y el Decreto 3752 de 2003 una prestación se causa cuando se han cumplido los requisitos para ser reconocida.

---

<sup>1</sup> fl. 57 a 61, Cuaderno 1.

Señaló que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 el empleado oficial que haya cumplido 20 años de servicio y 55 de edad tiene derecho a una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Presentó las excepciones que denominó “falta de legitimidad por pasiva”, “prescripción”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “caducidad” (fl. 153 a 155 del Cuaderno 1).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La profirió el Tribunal Administrativo del Cauca dentro de la Audiencia Inicial del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 y accedió a las pretensiones de la demandante con fundamento en lo dispuesto en el régimen general de pensiones concretamente en lo previsto por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 por ser más favorable que el régimen especial del Decreto 224 de 1972 en donde se consagró la pensión post mortem para quienes hubiesen laborado como mínimos 18 años, en tanto que en las disposiciones de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 solo se requiere haber cotizado 26 semanas.

Manifestó que según el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 solo tiene derecho a beneficiarse de la pensión post mortem el cónyuge y los hijos menores mientras que de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993

son beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Por lo anterior el a quo anuló los actos acusados y condenó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – a reconocer y pagar a la demandante una pensión de sobrevivientes desde el 24 de junio de 2007 en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual vigente según las previsiones de los artículos 35 y 48 de la Ley 100 de 1993. Además condenó en costas a la parte demandada (fl. 204 y CD: 1:50:00).

### **EL RECURSO DE APELACION**

Lo presenta la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien se refiere a las Leyes 91 de 1989, 812 de 2003 y 33 de 1985 donde se regulan los requisitos y montos de la pensión de jubilación.

Manifestó que las Leyes 12 de 1975 y 71 de 1988 disponen que el cónyuge supérstite o la compañera permanente y sus hijos menores o inválidos tienen derecho a la pensión de jubilación del otro que hubiere completado el tiempo de servicio, esto es, 20 años.

Indicó que el Decreto 224 de 1972 señaló que 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 18 años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión le pague la pensión.

Argumentó que el docente que fallece y se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene derecho a acceder a la pensión post mortem si laboró 18 o 20 años.

Recalcó que la docente fallecida sí cumple con los requisitos y excepciones normativas para la pensión pero quien lo reclama no son las personas del vínculo familiar o de afinidad que puede ser acreedora de la pensión (fl. 206 a 208 del Cuaderno 1).

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado emite el Concepto No 49 de 3 de febrero de 2015 y considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada teniendo en cuenta que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 es más favorable que el artículo 7º del Decreto 224 de

1972. Además porque se debe tener en cuenta los principios constitucionales que caracterizan al Estado Social de Derecho como la solidaridad, la protección a la familia, la protección especial a las personas de la tercera edad, la condición más beneficiosa y la equidad<sup>2</sup>

## **CONSIDERACIONES**

### **El Problema Jurídico**

En el presente caso el problema jurídico a resolver por la Sala se circunscribe a determinar si de conformidad con los artículos 7º del Decreto 224 de 1972 y 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 la demandante señora SULAY GONZALEZ DE CASTRO, en su condición de madre de la fallecida Luz Marina Castro González, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes.

La Resolución del problema jurídico planteado abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) La normatividad que regula la pensión post mortem y de sobrevivientes; 2) La jurisprudencia y 3) El caso concreto.

---

<sup>2</sup> fl. 254 a 263

## **1. La Normatividad Reguladora de la Pensión Post Mortem y de Sobrevivientes.**

La pensión post mortem se consagró con la expedición del Decreto 224 de 2 de febrero de 1972 “por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente” y en el artículo 7º, dice:

“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”.

De acuerdo con la norma las condiciones para el goce de esta pensión son las siguientes: 1) La muerte del docente sin que hubiese cumplido los requisitos para obtener la pensión. 2) Haber trabajado diez y ocho (18) años de manera continua o discontinua. 3) No contraer nuevas nupcias o que el hijo menor cumpla la mayoría de edad.

Ahora, en cuanto a los beneficiarios de la pensión la norma dispuso que fuera el cónyuge y los hijos menores quienes percibirían el 75% de la asignación señalada para el cargo y por tiempo máximo de cinco (5) años.

Posteriormente se expide la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en la cual se regula lo concerniente a la pensión de sobrevivientes en los artículos 46, 47 y 48 sobre requisitos, beneficiarios y monto, respectivamente:

“ARTICULO. 46.- [Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003](#) 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”.

“ARTICULO. 47.- [Modificado por el art. 13, Ley 797 de 2003](#) Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

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

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

“ARTICULO. 48.-Monto de la pensión de sobrevivientes. [Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996](#). El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél 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”.

Conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 gozan del beneficio de la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, invalidez o riesgo común del pensionado que fallezca y los miembros del grupo familiar del afiliado siempre y cuando hubiese cotizado 26 semanas al sistema o que hubiese dejado de cotizar y haya realizado

aportes por lo menos durante 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.

En lo que tiene que ver con los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 contempla a las siguientes personas: De manera vitalicia el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite; los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años que se encuentren incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y que dependan económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependen económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Ahora, en caso de faltar el cónyuge, compañero o compañera permanente son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los padres del causante con la condición de que éstos dependan económicamente de la persona fallecida. Y en el evento de que falte el cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Como se observa los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 ampliaron el beneficio de la pensión de sobrevivientes a todo el núcleo familiar del causante al contrario de lo que dispone el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 que solo protege a los hijos y al cónyuge.

Y en cuanto al monto de la pensión el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, lo señaló así:

a) El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

b) 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.

También señaló que el monto de la pensión no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente según lo establecido en el artículo 35 de la presente ley. Y en el inciso final dispone lo siguiente: *“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”*.

En este orden de ideas se establece que el régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes, es más favorable que el régimen especial contemplado en el Decreto 224 de 1972, en donde se regula la pensión post mortem para el caso de la muerte de un docente.

Ahora bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 279 dispone lo siguiente:

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... (Se subrayó).

Conforme al inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes están excluidos de la aplicación del régimen general de pensiones allí previsto, ya que éstos están afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo con la Ley 91 de 1989. Sin embargo, la misma normatividad en el artículo 288 dispone lo siguiente:

“ARTICULO 288.- Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en las 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” (Se subrayó).

Es decir que no obstante que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala que se exceptúan de la aplicación del régimen general de pensiones los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 en el artículo 288 se hace una excepción cuando dispone que todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se le aplique 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.

Significa lo anterior que si bien es cierto que los docentes tienen un régimen especial de prestaciones sociales el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989 también lo es que la Ley 100 de 1993 a pesar de no regularlos en todos los aspectos pensionales tiene aplicación en aquellos casos en que sus disposiciones les sean favorables.

## **2. La Jurisprudencia**

Visto el marco normativo que regula el reconocimiento de la pensión post mortem y la de sobrevivientes de conformidad con lo señalado en los artículos 7º del Decreto 224 de 1972 y 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, respectivamente, es pertinente traer a colación lo que al respecto ha señalado el Consejo de Estado<sup>3</sup> en la aplicación de la norma general a un caso regulado por norma especial.

“(…) Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general<sup>4</sup>; 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

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 29 de abril de 2010.

<sup>4</sup> Sentencias Nos. 2401-01 del 25 de abril de 2002; 1707-02 del 6 de marzo de 2003 y 0880-07 del 22 de mayo de 2008.

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 el Ente demandado, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial.

Sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales, la Corte Constitucional se ha pronunciado, señalando que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector.<sup>5</sup> Si bien tal pronunciamiento fue hecho a raíz de la mesada pensional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada del mes de junio), las razones que otrora esbozó la Corte resultan perfectamente aplicables al presente caso, en cuanto ellos se refieren a la aplicación de la norma más favorable contenida en el régimen general.

Dijo así la Corte en la referida sentencia:

“El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que 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

---

<sup>5</sup> Sentencia C – 461 del 12 de octubre de 1995.

y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentra 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 el parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 d la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta...”.

De lo anterior se concluye con toda claridad que la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la Legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.

Admitir lo contrario, sería apartarse del principio de equidad, por cuanto no observa la igualdad y la justicia la existencia de decisiones que nieguen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a quienes no lograron consolidar 18 años de servicios en una Entidad determinada y que al mismo tiempo subsistan providencias judiciales que concedan dicho beneficio a quienes solo demuestran cotizaciones por 26 semanas al momento del deceso del causante...”.

La misma Corporación<sup>6</sup> sobre el tema en debate, dijo:

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente No Interno 1510-07. 11 de febrero de 2011.

“... 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 ocurren si 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 224 de 1972.

Este complejo dilema se lo planteó la Corte Constitucional cuando estudió 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” (...).

Y en una decisión del año 2011, el Consejo de Estado<sup>7</sup> precisó:

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Subsección. Sentencia de 14 de julio de 2011.

“...Así las cosas, y teniendo en cuenta que la aplicación del régimen especial previsto para los docentes en el caso concreto, Decreto 224 de 1972 y la 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 artículo 46.

En efecto, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente el señor (...) laboró como docente al servicio del departamento de (...), 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 sobrevivientes a favor de la demandante (...).”

De la cita jurisprudencial señalada en precedencia es preciso destacar que en casos en los cuales los derechos del trabajador están regulados por legislación especial y resulta menos beneficiosa que la general, se debe aplicar ésta de conformidad con el principio de favorabilidad. Es el caso que se debate en este asunto en el que la entidad se abstuvo de tener en cuenta el régimen general de la Ley 100 de 1993 por considerar que la normatividad reguladora del caso es la contenida en el Decreto 224 de 1972 que es especial para el ramo docente.

Pues bien, teniendo en cuenta lo señalado tanto en la ley como en la jurisprudencia se procederá al estudio del caso concreto para lo cual se acudirá al análisis de la prueba que se allegó al proceso.

### **3. El Caso Concreto**

Los documentos que obran en el proceso informan que la causante LUZ MARINA CASTRO GONZALEZ nació el 14 de mayo de 1963 de acuerdo con el registro civil de nacimiento. Es hija del matrimonio conformado por el señor PEDRO NEL CASTRO y la señora SULAY GONZALEZ (fl. 15).

LUZ MARINA CASTRO GONZALEZ falleció el 24 de junio de 2007 según el registro civil de defunción (fl. 16) y a reclamar la pensión post mortem se presentó su señora madre SULAY GONZALEZ DE CASTRO de acuerdo con la solicitud radicada con el No. 2010-PENS-DD7676 (fl. 2).

La solicitud fue resuelta mediante la Resolución No. 2894 de 1º de diciembre de 2010 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por intermedio de la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca negándose la petición por cuanto la causante no cumplió el requisito señalado en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, es decir, haber laborado 18 años continuos o discontinuos (fl. 3). Esta decisión fue objeto del recurso de reposición (fl. 5) el que se resolvió con la Resolución No 327 de 9 de marzo de 2011 confirmándose en todas sus parte el primer acto (fl. 8).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la historia laboral de la causante LUZ MARINA CASTRO GONZALEZ, la documental<sup>8</sup> allegada al proceso informa que laboró en la parte administrativa del Departamento de Caldas, así:

---

<sup>8</sup> Folio 20

CARGO	DESDE	HASTA	TOTAL
Auxiliar de Contabilidad	01-08-1979	08-07-1981	1 AÑO, 11 MESES Y 7 DIAS
Secretaria Imprenta DEPTAL	09-07-1981	07-04-1983	1 AÑO, 8 MESES Y 28 DÍAS
Cajera Pagadora Imprenta DEPTAL	08-04-1983	04-02-1985	1 AÑO, 9 MESES Y 26 DÍAS
TOTAL			5 AÑOS, 6 MESES 1 DIAS

En la docencia del Departamento del Quindío laboró en los siguientes planteles (fl. 21).

INSTITUCION EDUCATIVA	DESDE	HASTA	TOTAL
Colegio San José de Circasia	17-02-1997	01-03-2003	6 años, 13 días
Colegio San José de Circasia. Traslado a otro Depto.	03-2003	03-03-2003	2 días
TOTAL			6 AÑOS y 15 DIAS

Y en el Departamento del Cauca de acuerdo con el documento que obra al folio 11, laboró como docente el siguiente tiempo:

INSTITUCION EDUCATIVA	DESDE	HASTA	TOTAL

Centro Docente Urbano de Niñas Sagrada Familia	06-05-2003	23-06-2007	4 años, 1 mes y 18 días
---------------------------------------------------	------------	------------	-------------------------

Conforme a las constancias de los documentos que obran en el proceso y de los cuales se ha hecho la síntesis en los cuadros anteriores, se establece que la causante LUZ MARINA CASTRO GONZALEZ, al servicio de la docencia solo laboró un total de 10 años, 2 meses y 2 días.

Pues bien, el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 exige que para ser beneficiario de la pensión post mortem, es necesario que la persona hubiese laborado como mínimo 18 años continuos o discontinuos al servicio de la educación oficial y como la docente LUZ MARINA CASTRO GONZALEZ tan solo laboró 10 años, 2 meses y 2 días, pues, no alcanzó a reunir el tiempo exigido por la norma para tener derecho a la citada prestación por tanto el régimen especial de los docentes contenido en el mencionado decreto es menos beneficioso que el régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993 que solo exige para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que el afiliado que fallezca hubiese cotizado al sistema un mínimo de 26 semanas.

Por otra parte, de acuerdo con la Resolución No 0707 de 21 de julio de 2009 “por la cual se reconoce y ordena el pago de cesantía definitiva a beneficiarios”, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, en nombre de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece que la docente LUZ

MARINA CASTRO GONZALEZ se encontraba afiliada y cotizando al mencionado fondo (fl. 10 Cuaderno 2).

Conforme a lo anterior si se compara los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes de la Ley 100 de 1993 con los requisitos de la pensión post mortem del artículo 7º del Decreto 224 de 1972, se concluye que el régimen general es más beneficioso pues tiene en cuenta un mayor número de personas como los padres y hermanos del causante mientras que el especial se refiere solo a los hijos menores y al cónyuge. Así mismo, en cuanto al tiempo requerido para el reconocimiento de la prestación el régimen especial consagró 18 años continuos o discontinuos en tanto que el general previó que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y lo hubiese hecho por lo menos 26 semanas.

En este orden de ideas la sentencia de primera instancia se ajusta a las disposiciones que regulan el reconocimiento de la pensión post mortem y la de sobrevivientes en los términos de los artículo 7º del Decreto 224 de 1972 y 46 y 27 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, se observa que el derecho reclamado está regulado por la legislación especial pero ésta es menos favorable que la general. En tal virtud y teniendo en cuenta las normas señaladas, la jurisprudencia de la Corporación y el principio de favorabilidad se confirmará la decisión de primera instancia.

**LAS COSTAS**

En el presente caso se observa que el Tribunal Administrativo del Cauca condenó en costas a la parte demandada en aplicación de lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Dice la norma:

*“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*

El Consejo de Estado<sup>9</sup>, en relación con el tema de las costas, ha dicho:

*“(...) La Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia dictada el 20 de enero de 2015<sup>10</sup>, en relación con la norma antes transcrita expuso que contiene el verbo “dispondrá” que está encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera la sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.*

El término **dispondrá** de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir”, “mandar”, “proveer”, es decir que lo previsto por el Legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...solo

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015) Radicación N° 250002342000201300451 (4044-2013). Actor: Nubia Inés Gualí Tello. Autoridades Nacionales.

<sup>10</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 20 de enero de 2015. Expediente No. 25000-23-42-000-2012-00701-01 (4583-2013). Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez.

habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

En la sentencia cuestionada claramente el a quo expuso que no procedían teniendo en cuenta la buena fe desplegada en la discusión planteada, esto es, se fundamentó de acuerdo con lo previsto en el Código General del Proceso.

Del estudio de la norma del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011<sup>11</sup> pareciera que la condena en costas es objetiva, la cual no se puede interpretar de manera literal por cuanto existe en este caso un argumento serio de valoración probatoria por parte del dilucidante por tanto no es procedente de manera literal aplicarla porque de esta manera se está impidiendo el acceso a la tutela judicial efectiva.

Pues bien, de la revisión de las piezas procesales se concluye que en este caso no hay lugar a la condena en costas conforme se dijo, por tanto habrá de revocarse el numeral CUARTO de la sentencia de 10 de diciembre de 2013 proferida por el a quo.

Por lo anteriormente expuesto el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **FALLA**

---

<sup>11</sup> “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013) proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora SULAY GONZALEZ DE CASTRO contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la cual se le reconoció la pensión de sobrevivientes, a excepción del numeral CUARTO el cual se revoca, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal Administrativo del Cauca y déjense las constancias de rigor.

**COPIESE NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**

Consejera

**GERARDO ARENAS MONSALVE    CARMELO PERDOMO CUETER**

Consejero

Consejero

SLIV/jjcp