



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO
Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Y OTROS
Asunto: Pensión de sobreviviente. Ley 1437 de 2011.

SO. 0163

La Sala de Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda interpuesta en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del Departamento de Norte de Santander y de la Fiduprevisora S.A.

I. ANTECEDENTES

1.1.- PRETENSIONES¹

El señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo

¹ Folios 50 y 51.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó:

«1.1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en:

- Resolución No. 0009 de 27 de enero de 2012 notificada personalmente en la misma fecha, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander, actuando a nombre del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Regional Norte de Santander, mediante el cual niega el reconocimiento de una pensión post-mortem a mi representado.
- Oficio No. SAC-2014EE277 de 08 de enero de 2014 suscrito por la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander, actuando a nombre del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Regional Norte de Santander, a través del cual niega una solicitud de revocatoria directa de la resolución No. 0009 de 27 de enero de 2012.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA y DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER a:

- Reconocer y pagar una pensión de sobreviviente con carácter retroactivo y de forma vitalicia al señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO, en calidad de cónyuge supérstite de la docente NYDIA TIBADUIZA PEÑARANDA (Q.E.P.D.).
- Reconocer y pagar las mesadas pensionales adeudadas debidamente indexadas, causada desde el 31 de octubre de 2010 hasta que se haga efectivo el pago, incluidas las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, con los respectivos ajustes anuales.
- Reconocer y pagar el valor de los intereses comerciales y de mora sobre las sumas que resultaren adeudadas, causadas desde el 31 de octubre de 2010 hasta que efectivamente se produzca el pago.

1.3. Las sumas devengarán intereses moratorios de conformidad con lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.4. Condenar en costas y agencias en derecho a favor del demandante, de acuerdo a las preceptivas del artículo 188 del C.P.A.C.A.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

1.5. La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA y DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER, darán cumplimiento a la sentencia dentro del término legal según los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.»

1.2.- HECHOS²

El señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO contrajo matrimonio con la señora NYDIA TIBADUIZA PEÑARANDA el 30 de abril de 1988, conviviendo de manera continua e ininterrumpida bajo el mismo techo hasta el 31 de octubre de 2010, fecha del fallecimiento de la cónyuge.

La señora TIBADUIZA PEÑARANDA se posesionó como docente nacional el 19 de abril de 1995, ocupando el grado 04 en el Escalafón Nacional Docente, al servicio de las siguientes instituciones educativas:

- Escuela Rural Alto de Los Sánchez – Salazar, desde el 19 de abril de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2008.
- Instituto Técnico Agrícola Sede Rural La Ensellada – Salazar, desde el 1º de enero de 2009 hasta el 31 de octubre de 2010.

El señor BUENDÍA TIRADO presentó solicitud No. PENS-016076 de 21 de octubre de 2011, mediante la cual reclamó al FOMAG el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de su cónyuge NYDIA, petición que fue negada por medio de la Resolución No. 0009 de 27 de enero de 2012, proferida por la Secretaría de Educación de Norte de Santander.

Posteriormente, el demandante interpuso solicitud de revocatoria directa del acto administrativo precitado, la cual fue negada a través del Oficio

² Folios 51 a 53.

No. SAC-2014EE277 de 8 de enero de 2014, suscrito por la Secretaría de Educación de Norte de Santander, actuando en nombre del FOMAG.

1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: artículos 1º, 2º, 5º, 11, 25, 29, 42, 44 de la Constitución Política; artículos 138, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; artículos 46, 47 y 288 de la Ley 100 de 1993; y Código General del Proceso.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del demandante analizó (i) el marco normativo de la pensión post mortem, en relación con el régimen especial del Decreto 224 de 1972; (ii) la pensión de sobreviviente en el Sistema Integral de Seguridad Social; y (ii) el principio de favorabilidad en materia laboral.

Al respecto, sostuvo que si bien, dando aplicación a lo dispuesto por el Decreto 224 de 1972 el demandante no tendría derecho a la pensión de sobreviviente, toda vez que la causante no cumplió el tiempo de servicios necesario, es decir, 18 años, en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral y en desarrollo del principio de igualdad, sí tendría derecho al reconocimiento pensional previsto en la Ley 100 de 1993, pues la misma requiere 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años antes del fallecimiento.

1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.4.1. La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL⁴, mediante apoderada, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, teniendo en cuenta que existe dentro del

³ Folios 53 a 61.

⁴ Folios 109 a 114.

expediente plena prueba para demostrar que las prestaciones se reconocieron y pagaron de conformidad con la ley, por medio de las entidades legalmente competentes, es decir, la Secretaría de Educación de Norte de Santander y la Fiduprevisora S.A.

Sostuvo que una vez revisadas las prestaciones por muerte reconocidas en favor de los docentes y sus beneficiarios, para el momento de fallecimiento de la causante ésta no cumplía con ninguno de los requisitos para acceder a alguna de ellas, es decir que (i) no se encontraba pensionada; (ii) no había reunido lo necesario para la pensión; y, (iii) tampoco contaba con más de 18 años de servicio docente que permitiera el beneficio sustitutivo o de sobrevivencia en favor del ahora demandante a la luz del régimen especial dispuesto en el Decreto 224 de 1972.

En ese sentido, propuso las siguientes excepciones:

- **Prescripción** de las mesadas causadas en los últimos tres años por haber transcurrido más del tiempo que exige la ley como oportunidad para efectuar la reclamación.
- **Falta de legitimidad en la causa por pasiva**, por cuanto los actos administrativos acusados no fueron expedidos por el Ministerio de Educación Nacional sino por el FOMAG, entidad con patrimonio autónomo destinado a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta docente a través de las secretarías de educación, y cuya realización del pago está a cargo de la Fiduprevisora S.A.
- **Buena fe**, en atención a que la entidad no obró con el ánimo de desconocer los derechos prestacionales del demandante, sino con

estricto apego a la ley aplicable al caso.

- Cualquier excepción que resulte demostrada en el curso del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso.

1.4.2. El DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER⁵, por intermedio de apoderada, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en la medida en que el demandante no logró demostrar los hechos en los cuales fundamentó su solicitud, aun teniendo la carga de la prueba.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** el acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaría de Educación de Norte de Santander, ésta actuó en representación del FOMAG, en ejercicio de las facultades que les concede la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.
- **Prescripción** de las mesadas no cobradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

1.5.- LA SENTENCIA APELADA⁶

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 27 de octubre de 2016, decretó la nulidad de la Resolución No. 0009 de 27 de enero de 2012 y ordenó el reconocimiento y pago de a pensión de

⁵ Folios 175 a 178.

⁶ Folios 221 a 226.

sobrevivientes al señor BUENDÍA TIRADO.

Asimismo, declaró (i) probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Norte de Santander; y (ii) probada parcialmente la excepción de prescripción, aplicándose a las mesadas causadas con anterioridad al 15 de mayo de 2012.

Indicó el *a quo* que con el régimen especial previsto para los docentes, la causante no tendría derecho a acceder al beneficio pensional en la medida que no laboró los 18 años que exige el artículo 7º del Decreto 224 de 1972.

No obstante, sostuvo que en virtud de los principios de igualdad, favorabilidad y plena garantía de los derechos laborales, era dable la aplicación de lo contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, que exige un menor número de semanas a cotizar.

En ese sentido, analizadas las pruebas obrantes en el expediente, consideró que el señor BUENDÍA TIRADO, quien acreditó su condición de cónyuge supérstite y la convivencia con la causante de forma ininterrumpida, sí tenía derecho al reconocimiento pensional.

1.6.- LA APELACIÓN⁷

Contra la decisión anterior, el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interpuso recurso de apelación, en escrito en el que solicitó que se revocara la sentencia de 27 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

⁷ Fólios 230 a 234.

Sostuvo que al decidir la primera instancia, el *a quo* no tuvo en cuenta el marco legal para el reconocimiento de la pensión *post mortem*, que se subdivide en dos categorías que se encuentran regidas por la Ley 91 de 1989, la Ley 12 de 1975, la Ley 71 de 1988, el Decreto 1160 de 1989 y el Decreto 3752 de 2003, y ocurre cuando el funcionario cumplió 18 o 20 años de servicios, continuos o discontinuos, sin alcanzar la edad; supuestos que no se cumplen en el presente caso, por lo que no se tendría derecho a la pensión pretendida.

Por otro lado, manifestó su inconformidad frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial, toda vez que las secretarías de educación son las competentes para recibir el trámite de las prestaciones económicas para los docentes, suscribir el acto administrativo de reconocimiento y remitirlo a la sociedad fiduciaria para efectos del respectivo pago; por lo que deben ser obligadas legalmente para comparecer en estos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio⁸.

1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁹

El ministerio público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir, previas las siguientes consideraciones.

⁸ Folio 171.

⁹ *Ibidem*.

2.1.- PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia apelada y los que fundamentaron el recurso de apelación presentado por la parte demandada, le corresponde a la Sala de Subsección determinar si:

- ¿El señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO, en su calidad de cónyuge supérstite de la señora NYDIA TIBADUIZA PEÑARANDA, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en los términos de los artículos 47 y 48 de la Ley 100 de 1993?

De resultar afirmativo el anterior interrogante, se resolverá si:

- ¿Es la Secretaría de Educación de Norte de Santander la encargada de cumplir con la orden dada en la sentencia, al ser la entidad competente para proferir los actos administrativos de reconocimiento pensional?

En ese sentido, con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala de Subsección estudiará las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

2.2.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO

2.2.1. DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

En lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo es garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas

de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las mismas y las demás prestaciones que se determinan en la ley.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se tradujera en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Además se debe decir que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

En este orden de ideas, esta Sala de Subsección¹⁰, ha aclarado que si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad de evitar que los beneficiarios de un trabajador fallecido carezcan del apoyo económico que éste les brindaba, la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; en cambio, la **pensión de sobreviviente** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

2.2.2. RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS DOCENTES

De conformidad con el análisis efectuado por esta Sección en sentencia de 17 de noviembre de 2017¹¹, la Ley 43 de 1975¹² inició la

¹⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 9 de noviembre de 2017. Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

¹¹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 17 de noviembre de 2017. Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00295-01(0603-17). Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés.

¹² Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarias; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

nacionalización de los docentes, proceso en virtud del cual se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad cuya finalidad es atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, además de señalar la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

La mentada disposición señaló:

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

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...».

En ese sentido, los docentes nacionales y los que se hayan vinculado a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantienen el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

En el sentido indicado, 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

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

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 1989¹³.

No obstante lo anterior, para las personas que como la causante, la señora NYDIA TIBADUIZA PEÑARANDA, no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de su fallecimiento, el Decreto 224 de 1972, por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7° previó la siguiente prestación:

«**Artículo 7°.-** En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte ~~mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.~~»

Si bien esta Sección¹⁴ ha afirmado en reiteradas ocasiones la inexistencia de un régimen especial en materia pensional para los docentes y la observancia de las reglas contenidas al respecto dentro de la Ley 91 de 1989 que remiten a la aplicación para los docentes nacionales y nacionalizados de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público, debe advertirse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como la pensión gracia y la pensión que por virtud del

¹³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 17 de noviembre de 2017. Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00295-01(0603-17). Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés.

¹⁴ Ibídem.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando éste último no hubiera logrado alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al sistema para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios.

Así 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 1973¹⁵.

2.2.3. DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES CONSAGRADA EN LA LEY 100 DE 1993

El legislador con el objeto de unificar los diferentes regímenes pensionales que se venían aplicando a los servidores públicos de todos

¹⁵ Pues el Decreto 224 de 1972 preveía una limitante para esta pensión por cinco (5) años, limitante temporal que fue eliminado por el art. 1º de la Ley 33 de 1972.

“ARTICULO 1o. Fallecido particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidación o vejez, o un empleado a trabajador del sector público, se este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

PARAGRAFO 1o. Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de el, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al caso se aplicaran las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron aclararon.

Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagara, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

La cuota parte de la pensión de devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

PARAGRAFO 2o. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, obtengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley” (negrillas de la Sala).

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

los órdenes, expidió la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema General de Seguridad Social Integral y en lo relativo a pensiones dispuso que este sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con independencia que sean públicos o privados, así:

«ARTICULO. 11.- Modificado por el art. 1, Ley 797 de 2003 Campo de aplicación. El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.»

Seguidamente, en los artículos 46 a 49 reguló el derecho a la pensión de sobrevivientes, así:

«**ARTÍCULO 46.** Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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:

- a) <Literal INEXEQUIBLE por la sentencia C-556 de 2009>
- b) <Literal INEXEQUIBLE por la sentencia C-556 de 2009>

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento,

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.»

«**ARTÍCULO 47.** 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 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.

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 serán 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”.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

c) 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, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

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

Por su parte, el Régimen de Seguridad Social en Pensiones previsto en la normatividad anterior empezó a regir a nivel nacional el 1º de abril de 1994; sin embargo, en el nivel territorial el mismo cobró vigencia el 30 de junio de 1995, conforme a lo dispuesto en los artículos 150 de la Ley 100 de 1993 y 1º del Decreto 1068 de 1995.

A su vez, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 dispuso la exclusión de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

«**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.»

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

No obstante lo anterior, la Ley 812 del 26 de junio de 2003, terminó con la excepción prevista en el art. 279 de la Ley 100 de 1993 aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para disponer que a partir de su vigencia los docentes se regían por el sistema de seguridad social en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 81 dispuso:

«ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

[...].»

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA DE SUBSECCIÓN

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

- Registro civil de defunción de la señora NYDIA TIBADUIZA PEÑARANDA, fallecida el 31 de octubre de 2010. (f. 15)
- Registro civil del matrimonio contraído por el señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIBADUIZA y la señora NYDIA TIBADUIZA PEÑARANDA el 30 de abril de 1988. (f. 16)
- Acta No. 58 de 2 de abril de 2013 en la cual reposa la declaración del señor ALIRIO PARADA CARRILLO ante el notario único del municipio de Salazar de las Palmas, Santander, quien bajo la

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

gravedad de juramento sostuvo que el señor BUENDÍA TIRADO y la señora TIBADUIZA PEÑARANDA estuvieron casados y convivieron por más de 22 años hasta el fallecimiento de esta última. (f. 23)

- Acta No. 59 de 2 de abril de 2013 en la cual reposa la declaración del señor HELY CAYETANO URQUIJO RINCÓN ante el notario único del municipio de Salazar de las Palmas, Santander, quien bajo la gravedad de juramento sostuvo que el señor BUENDÍA TIRADO y la señora TIBADUIZA PEÑARANDA estuvieron casados y convivieron por más de 22 años hasta el fallecimiento de esta última. (f. 24)
- Formato único para la expedición de certificado de historia laboral, proferido por el FOMAG, el cual señala que la señora TIBADUIZA TIRADO se desempeñó como docente del departamento de Norte de Santander desde el 19 de abril de 1995, con un tiempo total de 15 años, 6 meses y 13 días. (f. 28 y vto.)
- Edicto de 31 de octubre de 2010 publicado en el diario La Opinión, de Cúcuta, mediante el cual el secretario de educación de Norte de Santander avisa que el señor BUENDÍA TIRADO se presentó como cónyuge supérstite de la señora NYDIA TIBADUIZA PEÑARANDA e invita a quienes se consideren con derecho a presentar la reclamación correspondiente. (f. 29)
- Resolución No. 0009 de 27 de enero de 2012, proferida por la Secretaría de Educación de Norte de Santander, a través de la cual se le niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO. (f. 31)
- Solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 0009 de 27 de enero de 2012, suscrita por la apoderada del señor BUENDÍA TIRADO. (f. 33 a 35)
- Oficio de 8 de enero de 2014, mediante el cual la secretaria de educación departamental de Norte de Santander niega la solicitud

precitada. (f. 36 y vto.)

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO, nacido el 27 de noviembre de 1967. (f. 37)

De las pruebas relacionadas, la Sala de Subsección evidencia que en el caso concreto se encuentra debidamente acreditado que la señora TIBADUIZA PEÑARANDA, fallecida, laboró 15 años, 6 meses y 13 días como docente en el departamento de Norte de Santander (f. 28), y que además se hallaba casada con el señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO desde el 30 de abril de 1988 (f. 17), con quien convivió hasta el momento de su muerte, esto es, el 31 de octubre de 2010 (f. 15).

Los hechos anteriormente descritos fueron confirmados por las declaraciones extra juicio allegadas al plenario por los señores HELY CAYETANO URQUIJO RINCÓN y ALIRIO PARADA CARRILLO ante la Notaría Única de Salazar de las Palmas el 2 de abril de 2013, en las que manifiestan que la pareja convivió bajo el mismo techo, en forma continua, estable y permanente, compartiendo lecho y mesa, durante aproximadamente 22 años. (f. 23 y 24)

Conforme con lo anterior, esta Sala de Subsección concluye:

2.3.1. CASO CONCRETO

En **primer lugar**, la entidad demandada, en el recurso de apelación, indicó que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander no tuvo en cuenta los requisitos fácticos y legales para adquirir la pensión de sobreviviente pretendida por el señor BUENDÍA TIRADO, puesto que el régimen especial aplicable a los docentes, contenido en el Decreto 224 de 1972, exige un tiempo de servicios de 18 años y su cónyuge, la señora TIBADUIZA PEÑARANDA laboró un total de 15 años, 6 meses y 13 días.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

No obstante, se tiene que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander al proferir la sentencia de 27 de octubre de 2016, aplicó el régimen dispuesto en la Ley 100 de 1993, el cual exige que el afiliado haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En estas condiciones, esta Corporación¹⁶ ha precisado el contenido y alcance del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual cuando existan dos normas vigentes aplicables al mismo caso concreto o varias interpretaciones respecto a una misma norma, el operador judicial deberá preferir la más favorable al trabajador, en aras de resolver la situación de hecho planteada.

Al respecto, la Sección Segunda en reciente pronunciamiento expuso:

«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.»¹⁷

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado¹⁸ han indicado de tiempo atrás la procedencia de la aplicación del régimen general, cuando el régimen especial es menos favorable respecto a los requerimientos contenidos para la mayoría de empleados públicos. Esto por cuanto la razón de ser de un régimen especial es ser más benévolo

¹⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 17 de noviembre de 2017. Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00295-01(0603-17). Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés.

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.

¹⁸ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 17 de noviembre de 2017. Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00295-01(0603-17). Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés.

para sus destinatarios en aras de concebir requisitos más cómodos para el acceso a los derechos que en él se contemplan. Asimismo, en temas de pensión de sobrevivientes de docentes esta Subsección ha preferido la aplicación del régimen general sobre el especial en aras de garantizar la favorabilidad, los derechos a la igualdad y seguridad social de los beneficiarios del maestro fallecido sin el lleno de los requisitos previstos en el régimen especial, así:

«En este caso, la aplicación preferente del régimen especial contenido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la Ley 100 de 1993 que consagra como principios rectores precisamente la universalidad y la solidaridad, conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al Juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales en éste caso se encuentran encaminadas dentro del marco constitucional vigente a mitigar los efectos de la viudez o la orfandad y fundamentalmente al amparo del grupo familiar inmediato del trabajador afiliado fallecido, como se expresó en párrafos precedentes.

Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; 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 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. Si bien, tal pronunciamiento fue hecho a raíz de la mesada pensional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada del mes de junio), los razonamientos que otrora esbozó la Corte resultan perfectamente aplicables al presente caso, en cuanto ellos se refieren a la aplicación de la norma más favorable contenida en el régimen general.

Dijo así la Corte en la referida sentencia:

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

(...)

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:

(...)

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

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

Así pues, se harán efectivas las consideraciones anteriormente consignadas al caso que ocupa la atención de la Sala, dejando de lado por razones de equidad las disposiciones del Decreto 224 de 1972, pues sin duda alguna, si se cumplían los requisitos contemplados en el régimen general para acceder a la pensión de sobrevivientes, resulta forzoso concluir, que en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, los beneficiarios del docente y en el caso particular su hijo, tenía derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993.»¹⁹

En ese sentido, si bien al momento de su fallecimiento la señora TIBADUIZA PEÑARANDA no había cumplido los 18 años de servicios que exige el Decreto 224 de 1972, había laborado 15 años, 6 meses y 13 días como docente en el departamento de Santander, tiempo que, de conformidad con la Ley 100 de 1993, hace que su cónyuge supérstite tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, al ser el régimen general más favorable.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. interno No. 1259-09.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

En **segundo lugar**, expuesto lo anterior, entra la Sala de Subsección a resolver lo planteado por el recurrente frente a la obligación legal de la Secretaría de Educación de Norte de Santander de responder frente al caso concreto por haber proferido el acto administrativo acusado.

Al respecto, se tiene que la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, pero con independencia patrimonial, contable y estadística, teniendo, entre otras finalidades, la de realizar el pago de las prestaciones sociales a los docentes, las cuales serían pagaderas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte del administrador del Fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encontrara vinculado el afiliado.

La citada norma textualmente señala:

«ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. **Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo**, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.»
(Negrilla fuera del texto)

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, los cuales, *in extenso*, señalan:

«**Artículo 2º. Radicación de solicitudes.** Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.»

«Artículo 3°.Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, **la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.**

Para tal efecto, **la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:**

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.**
4. **Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962**

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.»

«**Artículo 4°.Trámite de solicitudes.** El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.»

«**Artículo 5°.Reconocimiento.** Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.»

Así las cosas, la Sección Segunda de esta Corporación²⁰ ha sostenido que las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago

²⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 14 de febrero de 2013. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la secretaría de educación del ente territorial como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del FOMAG, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución²¹.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, esta Sección²² ha advertido que «es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario», esto en virtud de lo dispuesto en los artículos 5° a 8° del Decreto 1775 de 1990 y 5° del Decreto 2831 de 2005. Asimismo, se ha reiterado que:

«La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar²³ una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello **en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales**, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo”.²⁴» (Subrayado y negrillas fuera del texto)

²¹ En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 14 de febrero de 2013. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²³ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”.

²⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 14 de febrero de 2013. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

Descendiendo al caso concreto, se observa que la Resolución No. 0009 de 27 de enero de 2012, mediante la cual se negó la solicitud del demandante tendente a obtener la pensión de sobreviviente en su condición de cónyuge supérstite de la señora TIBADUIZA PEÑARANDA, fue proferida por la Secretaría de Educación de Norte de Santander, **actuando en nombre y representación** de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (f. 31), por lo que no hay duda de que este último a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

2.4.- DE LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA²⁵

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho²⁶, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso²⁷ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este

²⁵ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

²⁶ Artículo 361 del Código General del Proceso.

²⁷ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento²⁸ y previó que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala que «salvo en los procesos en los 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», hoy día por el Código General del Proceso, y estableció unas conclusiones básicas:

- a) La legislación varió del C.P.C. al CPACA para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;
- b) Toda sentencia «dispondrá» sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;
- c) Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso)
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal ; y,
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Atendiendo esa orientación y de acuerdo con la posición fijada por esta Subsección, no se condenará en costas a la entidad demandada debido a que si bien resultó vencida, no hubo intervención en segunda instancia de la parte demandante.

²⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Radicado: 54001-23-33-000-2015-00341-01 (0145-2017)
Accionante: Luis Enrique Buendía Tirado
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia de 27 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor LUIS ENRIQUE BUENDÍA TIRADO en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del Departamento de Norte de Santander y de la Fiduprevisora S.A.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta decisión, **ENVÍESE** al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS