



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

**Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015).

**Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)**

**Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMÁN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)**

**Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

Conoce la Sala, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 18 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por los señores MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA y GERMÁN ORJUELA RUBIO<sup>1</sup> contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria

---

<sup>1</sup> A folio 195 del expediente la apoderada de la parte actora informó que el señor German Orjuela Rubio falleció el día 24 de mayo de 2014, para lo cual aportó copia auténtica del registro civil de defunción.

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

La Previsora S.A. y el Departamento del Tolima, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA ACCIÓN**

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, los señores MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA y GERMÁN ORJUELA RUBIO (q.e.p.d.) presentaron demanda con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 02790 de 20 de mayo de 2011 y 05719 de 23 de noviembre de 2011, proferidas por la Gobernación del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de las cuales se les reconoció y ordenó pagar la pensión *post mortem*, desde el 12 de abril de 2011, por el término de cinco años, con ocasión del fallecimiento de su hija Adelaida Orjuela Pinilla.

Solicitaron, a título de restablecimiento del derecho, que se condene a las entidades demandadas a reconocerles y pagarles la mencionada prestación desde el 14 de marzo de 2010, fecha de la ocurrencia del fallecimiento, con las indexaciones y los reajustes correspondientes; sumado a los perjuicios morales, y que se ajusten y actualicen los valores reclamados de acuerdo con el índice de precios al consumidor, con el reconocimiento de intereses de conformidad con el artículo 178 del Decreto 01 de 1984.

### **2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS<sup>2</sup>**

Señaló la demanda, que la señora Adelaida Orjuela Pinilla, hija de los accionantes, laboró como docente desde el 7 de febrero de 1991, en la Institución Educativa Técnica Comercial “Camila Molano” del Municipio de

---

<sup>2</sup> Visible a folios 65 y s.s. C. 1.

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Venadillo -Tolima-, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, hasta el 14 de marzo de 2010, cuando falleció en accidente de tránsito al regresar de ejercer el cargo de jurado de votación, con lo que completó un tiempo de servicios de 19 años, 1 mes y 8 días de servicio de manera continua e ininterrumpida y que al momento de su fallecimiento no tenía cónyuge que pudiera reclamar su pensión ni estuvo vinculada en unión marital de hecho, ni tampoco dejó descendencia.

Hasta el momento del fallecimiento compartió con sus padres la misma vivienda familiar y era ella quien representaba la única fuente de ingreso familiar para solventar las necesidades primarias, por lo que su fallecimiento originó el desamparo absoluto de sus progenitores, quienes contaban con 68 y 75 años.

El 26 de julio de 2010, los demandantes solicitaron al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Secretaría de Educación del Tolima que les fuera concedida la pensión *post mortem* por depender económicamente de su hija y por cotizar ella durante 19 años al FNPSM; sin embargo las entidades señalaron que sólo puede reconocerse a los hijos menores y al cónyuge del docente que fallece, siendo improcedente frente a los padres.

Por lo anterior, debieron instaurar acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, la vida, el mínimo vital, el adulto mayor, la igualdad, el debido proceso, la dignidad humana y la integridad física y el Juzgado Sexto Civil del Circuito, mediante fallo de 28 de febrero de 2011 resolvió negar la tutela al considerar su improcedencia para definir controversias de tipo económico.

Tal providencia fue objeto de impugnación y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de 12 de abril de 2011, revocó la decisión impugnada y amparó los derechos fundamentales para lo cual ordenó a la Secretaría de Educación del Tolima la resolución de la petición elevada por los actores respecto a la pensión *post mortem*.

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Como consecuencia de lo anterior las entidades accionadas emitieron la Resolución No. 02790 de 20 de mayo de 2011, reconociendo el derecho y ordenando pagar la pensión *post mortem* desde el 12 de abril de 2011 y por un término de cinco años; contra tal decisión los actores interpusieron recurso de reposición para que la prestación fuese reconocida desde el 14 de marzo de 2010, fecha en que falleció su hija Adelaida y de manera vitalicia, sin la limitación del tiempo introducida por la accionada.

A través de la Resolución No. 05719 de 23 de noviembre de 2011 la Secretaría de Educación y Cultura y el Fondo de Prestaciones resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmado en todas sus partes la No. 02790 de 20 de mayo de 2011. Sin embargo por Resolución No. 01926 de 9 de mayo de 2012, la Gobernación del Tolima y el Fondo de Prestaciones del Magisterio aclararon el artículo 1º de la No. 2790 de 20 de mayo de 2011, al indicar la efectividad de la pensión desde el 15 de marzo de 2010.

### **3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN<sup>3</sup>**

Se invocó la violación de los artículos 1º, 2º, 5º, 11, 13, 23, 46, 48, 86 de la Constitución Política, así como el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Argumentó la demanda, que con la expedición de los actos demandados se incurre en un yerro jurídico al aplicar literalmente las normas originales del Decreto 224 de 1972, por considerar que los padres no eran beneficiarios de la pensión *post mortem*. Que tales disposiciones debían armonizarse con el texto constitucional como se ordenó en la sentencia de tutela.

No obstante, la entidad insistió en que la prestación sólo podía otorgarse por 5 años, sin tener en cuenta que el reconocimiento debe hacerse de manera vitalicia por disposición legal y jurisprudencial, cuando los beneficiarios son los padres.

---

<sup>3</sup> Folios 49 y s.s. del cuaderno primero.

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

Dijo que los actos demandados, que dieron cumplimiento parcial a la providencia en cuestión desconocen la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que ha señalado que la aplicación literal del Decreto 224 de 1972 es claramente discriminatoria y no respeta el derecho a la dignidad humana.

Expresó que tal limitación temporal fue derogada por el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1973, disposición que a su vez fue modificada por la Ley 100 de 1993, artículos 46, 48 y 289. Además la prestación debe reconocerse a partir del hecho generador, que para el caso se trata de la muerte de la docente Adelaida Orjuela.

Solicitó se atienda al precedente judicial plasmado en las sentencias de la Corte Constitucional C- 480 de 9 de septiembre de 1998, con ponencia del Consejero Dr. Fabio Morón Díaz; la sentencia T- 730 de 22 de julio de 2008, con ponencia del Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; la T- 021 de 29 de enero de 2009, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil y la T- 586 de 26 de julio de 2010, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla y de ésta Corporación la sentencia de 18 de junio de 2009, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, las cuales indican que cuando se trata del reconocimiento de los derechos pensionales de los beneficiarios del docente fallecido, no es facultativo sino obligatorio aplicar lo previsto en el régimen de seguridad social general contemplado en la Ley 100 de 1993, al ser más beneficiosa al establecer el carácter vitalicio de la pensión frente al límite temporal previsto en el régimen especial.

#### **4. OPOSICIÓN**

Ninguna de las entidades accionadas contestó la demanda.

## **II. LA SENTENCIA APELADA<sup>4</sup>**

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

A través de providencia de 18 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo del Tolima, accedió a las pretensiones de la demanda, con lo cual ordenó la nulidad parcial de la Resolución No- 02790 de 20 de mayo de 2011 y la nulidad total de la Resolución No. 05719 de 23 de noviembre de 2011 expedidas por el Gobernación del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura y El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De igual manera les ordenó expedir el acto de reconocimiento pensional *post mortem* o sobrevivientes, y continuar pagando la prestación de manera vitalicia. Negó las demás pretensiones de la demanda.

Al efecto señaló que esta Corporación en diversos pronunciamientos ha señalado que es procedente aplicar las normas de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de sobrevivientes a los docentes pese a que estos tienen un régimen especial en virtud del principio de favorabilidad, por cuanto esta norma es más benévola que el Decreto 224 de 1972 que exige más semanas de cotización antes del fallecimiento.

Concluyó que existían dos normas diferentes, como lo son el Decreto 224 de 1972, norma especial para los docentes, que exige 18 años de servicio antes de fallecer y la Ley 100 de 1993 que exige solo 50 semanas de servicio y coligió que para el caso concreto la norma más benéfica se trata de ésta última con base en la cual los actores contaban con el derecho al reconocimiento de forma vitalicia de la pensión *post mortem* al acreditar el vínculo de parentesco con la docente fallecida, la dependencia económica y el tiempo de servicio.

Dijo que el llamado a responder patrimonialmente por la reliquidación de la pensión del demandante era la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y agregó que en relación a la reliquidación de la pensión la misma debía atenderse a los factores devengados en el último año de servicios (2007), no obstante no incluyó tal orden en la parte resolutive de la sentencia.

---

<sup>4</sup> Visible a folios 92 y s.s del cuaderno segundo

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

### **III. LA APELACIÓN**

La apoderada de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio apeló la sentencia de primera instancia, mediante escrito allegado a folios 181 y s.s. del expediente, al disentir de la argumentación efectuada por el Tribunal.

Consideró que reconocer la prestación en los términos ordenados en la sentencia apelada constituye un acto contrario a derecho y en perjuicio del patrimonio de la Nación y la prestación se resolvió con observancia de las normas aplicables y con fundamento en los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado en relación con las normas aplicables al régimen de excepción, por lo que el contenido del acto administrativo es legal y no existe vicio alguno en él.

Que conforme al Decreto Ley 224 de 1972, modificado por la Ley 33 de 1973, en tratándose de la muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de la edad exigida para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años sean continuos y 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 correspondiente cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte, de manera vitalicia, con la modificación introducida por la Ley 33 de 1973, pero únicamente para el cónyuge supérstite y los hijos menores de 18 años.

El acto demandado no fue expedido por la entidad demandada como quiera que el reconocimiento de la prestación se realizó por parte de Secretaría de Educación y que además se encuentra por fuera de la competencia del Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el trámite y reconocimiento de la pensión *post mortem* y

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

por ello, no existe en cabeza de la entidad la obligación de reconocimiento pensional.

#### **IV. ALEGATOS**

Ninguna de las partes se pronunció durante esta etapa procesal.

#### **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La señora Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó se confirme la sentencia apelada al considerar que las normas del régimen general de pensiones o Ley 100 de 1993 son más favorables que aquellas que se refieren a la pensión *post mortem* para los docentes, como es el caso del Decreto 224 de 1972, modificada por la Ley 33 de 1973, que restringen la posibilidad del reconocimiento frente a los padres de la causante.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

#### **VI. CONSIDERACIONES**

##### **1. Problema Jurídico.**

La Sala deberá dilucidar si la parte demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 numeral 2º de la Ley 797 de 2003, o si por el contrario, dicha norma no es aplicable frente a la existencia de norma especial como es el Decreto 224 de 1972, modificado por la Ley 33 de 1973.

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

De acuerdo a lo anterior analizará la Sala el régimen general – Ley 100 de 1993, el régimen especial –Decreto 224 de 1972-, así como la posición de la Corporación frente a su aplicación y efectuará el análisis del caso concreto.

## 2.- Aclaración previa.

Advierte la Sala que en este caso, se demandó la nulidad de la **Resolución No. 02790 de 20 de mayo de 2011**, suscrita por la Secretaría de Educación del Tolima y el Coordinador del Fondo de Prestaciones del Magisterio Regional Tolima, a través de la cual se reconoció la pensión *post mortem* a los accionantes, por el término de cinco años desde el 12 de abril de 2011, atendiendo al 75% de la asignación básica más la prima de vacaciones.

Lo anterior, en cumplimiento de lo señalado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Civil Familia, que en el curso de acción de tutela interpuesta por los accionantes, a través de sentencia de 12 de abril de 2012, decidió amparar los derechos fundamentales de los actores y ordenó expedir el acto administrativo correspondiente respecto a la pensión *post mortem*.

Los accionantes interpusieron recurso de reposición en contra de la anterior decisión para que se modificara la fecha del reconocimiento, pero a través de **Resolución No. 05719 de 23 de noviembre de 2011**, el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima y el Coordinador de Prestaciones Sociales del Magisterio, decidieron confirmar el acto recurrido. Pese a lo anterior, **a través de Resolución No. 01926 de 9 de mayo de 2012**, la entidad decidió aclarar el artículo 1º de la Resolución No. 02790 de 20 de mayo de 2011 en el sentido de indicar que la fecha de la efectividad de la pensión *post mortem* era el 15 de marzo de 2010, decisión cuya legalidad no fue atacada en este proceso.

Como se aprecia, los actos administrativos demandados fueron expedidos en cumplimiento de una orden de amparo *ius fundamental*, sin embargo efectuaron un reconocimiento prestacional únicamente por cinco años, situación que dista de la orden emitida por el juez constitucional como puede

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

apreciarse a folios 2 y s.s. del cuaderno segundo, situación que dio origen a la controversia, por lo que son pasibles de control judicial por parte del juez contencioso.

Adicionalmente, si bien la Resolución No. 01926 de 9 de mayo de 2012, no fue demandada en esta sede judicial, en la medida en que únicamente determinó que el reconocimiento pensional comenzaba desde el 15 de marzo de 2010, su falta de integración a los actos demandados no influye en la decisión que habrá de tomarse, como se verá a continuación.

### **3.- Régimen jurídico de la pensión post mortem de conformidad con el Decreto Ley 224 de 1972.**

El objeto de la presente acción es la pensión *post mortem* consagrada como una prestación especial cuyo fin es amparar a los beneficiarios de los docentes que fallecieron sin cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

La entidad accionada negó en este caso el reconocimiento de la pensión *post mortem*, atendiendo al tenor del Decreto Ley 224 de 1972, proferido por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 2º de la Ley 14 de 1971 y las atribuciones del artículo 120, ordinal 12 de la Constitución, por el cual se dictaron normas relacionadas con el ramo docente.

Consideró la entidad que de conformidad con el artículo 7º del Decreto Ley 224 de 1972, los únicos beneficiarios de la mencionada prestación son el cónyuge *supérstite* y los hijos menores de edad. La norma invocada preceptúa:

**“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*

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

*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.~~*<sup>5</sup> (Resalta la Sala)

De la anterior disposición se concluye que para acceder a la pensión *post mortem* se requiere: **(i)** Que el docente fallecido se haya desempeñado durante 18 años al servicio de la docencia oficial **(ii)** tener la condición de cónyuge o hijo menor de edad del causante, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores, **(iii)** en esas condiciones, la pensión se reconoce en un 75% de la asignación mensual señalada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

Respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación realizada por la Ley 797 de 2003, prescribe lo siguiente:

*“ARTÍCULO 47. 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 este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o*

<sup>5</sup> Apartes tachados derogados tácitamente por virtud de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 33 de 1973. Corte Constitucional. Sentencia C-480 de 1998.

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

*invalidez, y 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 de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.*

*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.”.*

Entonces, en el Régimen General de Seguridad Social se prevé un orden de beneficiarios para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes dentro del cual los **padres** acceden a esta prestación a falta de cónyuge o compañero permanente e hijos en las condiciones referenciadas<sup>6</sup>.

Sin embargo, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso que esta normatividad no se aplicaría en los siguientes casos:

*“ARTÍCULO 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 aquel 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.  
(...).”.*

Todo lo anterior indica que la aplicación del Decreto 224 de 1972 no permite el reconocimiento pensional *post mortem* para determinar el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes reclamada, por la muerte de la docente Adelaida

<sup>6</sup> En lo que respecta a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación realizada por la Ley 797 de 2003, prescribe lo siguiente:

*“ARTÍCULO 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*(...)*

*d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; (...).”.*

Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

Orjuela Pinilla, toda vez que esta disposición es clara en cuanto a los requisitos exigidos para obtener la pensión especial, los cuales no se lograron acreditar en este caso, por cuanto los padres no se encuentran dentro de los beneficiarios directos de dicha prestación, a saber cónyuge e hijos menores de edad.

Sin embargo, la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha del fallecimiento, si permite el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para el núcleo familiar que comprende el caso de los padres del causante.

Es así, pues en casos de contornos similares al presente, en los que se evidencia la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se ha privilegiado aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia dando aplicación al principio de favorabilidad, pues contraviene a la lógica y la equidad que una persona cobijada por un régimen especial, que en principio debería optimizar en mejor medida sus derechos, no se le conceda un beneficio al que sí pueden acceder la generalidad de los ciudadanos.

Además, si bien es cierto que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, también lo es que la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-461 de 1995, al declarar la exequibilidad condicionada de un aparte de dicha norma, indicó que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, razón por la cual consideró que el aparte acusado de esa norma era exequible, *“siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...)”*.

En conclusión, como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que la pensión especial *post mortem* prevista por el Decreto 224 de 1972, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Ahora bien, efectuar el reconocimiento pensional implica conceder la pensión de sobrevivientes aplicando en su integridad el Régimen General de Seguridad Social, al tenor de lo previsto por los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993, con la modificación realizada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que establecen la pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

**“Artículo 46.** *Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.*

*Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

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

*a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;*

*b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.*

**NOTA: Los literales a) y b) fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante 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, 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.*

**Parágrafo 2º. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 1094 de 2003.** *Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad.*

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

**Artículo declarado EXEQUIBLE condicionadamente por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 1094 de 2003”.**

El artículo 48 de la Ley 100 de 1993 en lo concerniente a la cuantía en que debe reconocerse la prestación, prescribe:

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

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

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

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

Establecido el marco jurídico, el acervo probatorio da cuenta de lo siguiente:

- Los señores Germán Orjuela Rubio y Maria Cecilia Pinilla<sup>7</sup>, contrajeron matrimonio por el rito católico el 5 de mayo de 1966<sup>8</sup> y de esa unión nació la señora Adelaida Orjuela Pinilla<sup>9</sup>, el 11 de octubre de 1967.
- Acorde con la Resolución No. 02790 de 20 de mayo de 2011 (fl. 12 C. 1), suscrita por el Secretario de Educación del Departamento del Tolima, se tiene que la señora Adelaida Orjuela Pinilla laboró como docente entre el **7 de febrero de 1991 hasta el 14 de marzo de 2010**, cuando falleció, conforme lo indica el registro civil de defunción que obra a folio 5 del expediente. Igualmente se indica que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<sup>7</sup> Conforme a su registro civil de nacimiento que obra folio 8 del cuaderno principal se tiene que la señora Cecilia Pinilla nació el 11 de marzo de 1943 y actualmente cuenta con más de 72 años de edad.

<sup>8</sup> Así lo indica el registro civil de matrimonio que obra a folio 9 del expediente. C. 1.

<sup>9</sup> - Conforme a registro civil de nacimiento que obra a folio 6 del cuaderno principal

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

- Mediante Oficio FPSM 2549 de 9 de noviembre de 2010, el Coordinador de la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó al señor German Orjuela Rubio su solicitud de reconocimiento de la pensión *post mortem*, al considerar que de conformidad con el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 los únicos beneficiarios de esta prestación son el cónyuge y los hijos.
- Los accionantes interpusieron acción de tutela, que en sentencia de segunda instancia de 28 de febrero de 2011, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, concedió el amparo solicitado y ordenó a la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, expedir un acto administrativo que tuviera en cuenta las consideraciones expuestas y resolviera la petición elevada por los actores respecto a la pensión *post mortem*. (fls. 2 y s.s. C. 2).
- En cumplimiento de la decisión anterior, a través de Resolución No. 02790 de 20 de mayo de 2011, la Secretaría de Educación del Tolima y el Coordinador del Fondo de Prestaciones del Magisterio Regional Tolima, reconocieron la pensión *post mortem* a los accionantes, por el término de cinco años desde el 12 de abril de 2011, atendiendo al 75% de la asignación básica más la prima de vacaciones.
- Los accionantes interpusieron recurso de reposición en contra de la anterior decisión para que se modificara la fecha del reconocimiento, pero a través de Resolución No. 05719 de 23 de noviembre de 2011, el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima y el Coordinador de Prestaciones Sociales del Magisterio, decidieron confirmar el acto recurrido.
- Pese a lo anterior, a través de Resolución No. 01926 de 9 de mayo de 2012, la entidad decidió aclarar el artículo 1° de la Resolución No. 02790 de 20 de mayo de 2011 en el sentido de indicar que la fecha de la efectividad de la pensión *post mortem* era el 15 de marzo de 2010.
- A folio 195 del expediente la apoderada de los actores señaló que el señor German Orjuela Rubio, falleció el **24 de mayo de 2014**. Acompañó al escrito copia de registro civil de defunción.

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

De todo lo anterior surge que los señores MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA y el señor GERMAN ORJUELA RUBIO (q.e.p.d.) contaban con la legitimación para acceder a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión de la muerte de su hija Adelaida, porque a través de las pruebas allegadas al expediente ninguna otra persona acreditó mejor derecho, es decir que no demostró hacer vida conyugal o marital de hecho con la causante, ni su condición de hijo, por lo que, los inmediatos beneficiarios eran los padres, quienes dependían de ella.

Ahora bien, como en este caso se acreditó que la causante laboró durante **19 años, 1 mes y 7 días** al servicio de la docencia oficial, que corresponden a un total de 993 semanas, la cuantía de la prestación debe liquidarse en el **65%** del ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que el monto de las mesadas pensionales no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con los mandatos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Como esta liquidación representa un menor valor (65%) al que venía siendo percibido por los demandantes (75%) no habrá lugar a devolución alguna de dinero en tanto que se tratan de prestaciones periódicas percibidas de buena fe, al no probarse lo contrario.

Las sumas que se reconozcan a favor de la parte demandante serán ajustadas en los términos del artículo 178 del Decreto 01 de 1984, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \cdot \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la mesada pensional decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de

Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)

Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Finalmente se dirá que no le asiste razón a la apoderada de la entidad demandada cuando en el recurso de apelación se refiere a la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales *“Las prestaciones sociales que **pagará** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán **reconocidas** por el citado Fondo.”*

#### 4. Precisiones adicionales al caso.

Como ya se indicó, la apoderada de la parte actora señaló a folio 195 del expediente que el señor German Orjuela Rubio falleció el día 24 de mayo de 2014, para lo cual aportó copia auténtica del registro civil de defunción.

Por lo anterior, se entenderá que la cuota parte de la pensión de sobrevivientes correspondiente a la señora Maria Cecilia Pinilla se acrecerá en un 100%.

En caso de haberse suspendido el pago de la pensión *post mortem*, en virtud del límite temporal establecido inicialmente en las resoluciones acusadas, las mesadas atrasadas se liquidarán como se indica en esta providencia y se cancelarán en su totalidad a la señora Maria Cecilia Pinilla, en tanto que al expediente fue allegada copia del registro civil de matrimonio celebrado entre la señora Maria Cecilia Pinilla y German Orjuela Rubio.

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

En mérito de lo 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:**

**PRIMERO.- CONFÍRMASE** la sentencia de 18 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA y GERMÁN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D) contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y el Departamento del Tolima, pero por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia. Se adiciona en lo siguiente:

**SEGUNDO.- CONDÉNASE** a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. que liquide la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA CECILIA PINILLA DE ORJUELA, en cuantía del 65% del ingreso base de liquidación, y teniendo en cuenta los reajustes previstos en la ley y las mesadas adicionales que se hayan causado desde la misma fecha.

**TERCERO.-** La mesada pensional a favor de la señora MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA acrecerá en un 100% atendiendo al fallecimiento del señor GERMAN ORJUELA RUBIO. En caso de haberse suspendido el pago de la pensión *post mortem*, en virtud del límite temporal establecido en las resoluciones acusadas, las mesadas atrasadas se liquidarán como se indica en esta providencia y se cancelarán en su totalidad a la señora Maria Cecilia Pinilla, en su condición de cónyuge supérstite del señor GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D).

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*

**CUARTO.-** Como esta liquidación representa un menor valor (65%) al que venía siendo percibido por los señores MARIA CECILIA PINILLA y GERMAN ORJUELA (Q.E.P.D.) (75%) no habrá lugar a devolución alguna de dinero en tanto se tratan de prestaciones periódicas percibidas de buena fe, al no probarse lo contrario.

**QUINTO.-** Las sumas a que se condena a la entidad demandada por medio de esta sentencia se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva.

**SEXTO.-** Dese cumplimiento al fallo en los términos y condiciones establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del Decreto 01 de 1984.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

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

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ ( E)    LUÍS RAFAEL VERGARAQUINTERO**

*Radicación No: 73001 23 31 000 2012 00336 01 (3414-14)*

*Actor: MARIA CECILIA PINILLA DE ORJUELA – GERMAN ORJUELA RUBIO (Q.E.P.D)*

*Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES  
SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA*