

T-071-14

Sentencia T-071/14

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN EL REGIMEN PENSIONAL DEL MAGISTERIO-Caso en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio niega reconocimiento de pensión de sobrevivientes

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la tutela, deben encontrarse efectivamente comprobadas

En relación con el perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha sostenido que este se caracteriza por ser un perjuicio (i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiere medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha considerado que para poder establecer la procedencia de la acción de tutela en aras de evitar un perjuicio irremediable, este debe estar acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, se ha afirmado que el accionante puede cumplir con esta carga, mencionando al menos los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la jerarquía de los derechos cuyo amparo se solicita mediante la acción de tutela y a la naturaleza informal de este mecanismo de defensa judicial.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno

La acción de tutela es procedente cuando existe un plazo razonable, prudencial y

proporcionado respecto de la época de vulneración o amenaza del derecho y la interposición de la acción de tutela. Asimismo, esta Corporación ha señalado que para determinar si una acción de tutela cumple el requisito de inmediatez por haber sido presentada en un plazo razonable, se deben analizar los siguientes factores, (i) que exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN EL REGIMEN PENSIONAL DEL MAGISTERIO-Vulneración de derechos fundamentales al negar pensión aplicando un régimen especial menos favorable que el régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN EL REGIMEN PENSIONAL DEL MAGISTERIO-Orden al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar pensión de sobrevivientes aplicando el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993

Referencia: expediente T-3979860

Acción de tutela presentada José Alejo Dussan Gutiérrez contra el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Fiduprevisora S.A.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., tres (03) de febrero de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, Cauca, el dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013), y

en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil-Familia el diez (10) de mayo de dos mil trece (2013), dentro del proceso de tutela promovido por José Alejo Dussan Gutiérrez contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El proceso en referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Nueve, mediante Auto proferido el veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013).

I. ANTECEDENTES

El señor José Alejo Dussan Gutiérrez Sandoval interpuso acción de tutela contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por considerar que le fueron vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad, al haberle negado el reconocimiento de la pensión de jubilación Post Mortem causada por el fallecimiento de su hijo Esper Dussan Sandoval, bajo el argumento de que este no cumplió con el requisito de haber trabajado dieciocho (18) años como docente de acuerdo con lo establecido en el régimen especial aplicable a este gremio. El peticionario fundamentó su solicitud en los siguientes

1. Hechos

1.1. El señor José Alejo Dussan Gutiérrez, es una persona de setenta y un (71) años de edad,[1] manifiesta que su hijo Esper Dussan Sandoval estuvo vinculado a la Secretaria de Educación y Cultura del departamento del Cauca desde el veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996) hasta el catorce (14) de diciembre de dos mil seis (2006), laborando al servicio de la Institución Educativa Internado Escolar Toez del municipio de Páez, Cauca, como docente de vinculación Nacional.[2]

1.2. Expone que su hijo falleció el catorce (14) de diciembre de dos mil seis (2006),[3] por lo que solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación Post Mortem.

1.3. Mediante Resolución 0193 de 10 de marzo de 2009 “Por la cual se deniega el reconocimiento de la pensión de jubilación Post mortem”, el Fondo de Prestaciones Sociales

del Magisterio, negó la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación Post Mortem al señor José Alejo Dussan Sandoval argumentando que:

“De los documentos aportados al expediente por los beneficiarios del docente fallecido no se demuestra que Esper Dussan Sandoval, con C.C 12.139.820 de Neiva, Huila, haya laborado 18 años como educador, requisito mínimo para el reconocimiento de la pensión post mortem, estipulación indicada en las normas legales, por tanto no cumple con los presupuestos legales que para el régimen especial le es aplicable al gremio docente (...)”.[4]

1.4. Contra la mencionada decisión, el peticionario interpuso recurso de reposición, tras considerar que la entidad accionada debía aplicar la norma más favorable para el reconocimiento de la prestación social reclamada, esto es la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución 0584 del 10 de julio de 2009 “Por la cual se resuelve el recurso de reposición, contra la resolución que niega el reconocimiento de la pensión de jubilación Post mortem”, confirmó la decisión contenida en la Resolución 193 de 2009.[5]

1.5. Agrega el señor Dussan que es una persona de la tercera edad, circunstancia que le impide desempeñarse laboralmente y generar recursos para solventar sus necesidades básicas. Además de padecer diabetes mellitus, hipertensión y artrosis.[6]

1.6. Aduce que no recibe pensión o remuneración alguna, que dependía económicamente de su hijo, tanto así que se encontraba afiliado al sistema general en salud en calidad de beneficiario.[7]

1.7. Afirma que es el único beneficiario de las prestaciones a favor de Esper Dussan por parte de la Secretaría de Educación y Cultura, tal como se puede colegir de las Resoluciones 1480 del trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008)[8] y 004 del dos (2) de febrero de dos mil nueve (2009),[9] mediante las cuales se le reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas y el seguro por muerte con ocasión del fallecimiento de su hijo.

1.8. Finalmente, indica que en materia de pensión de sobrevivientes debe aplicarse el régimen general cuando se cumplan los requisitos prescritos en la Ley 100 de 1993 sobre la materia, y se acredite que no se cumplen los presupuestos enunciados en el régimen

especial; para el caso de los docentes, su regulación se halla prevista en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972.

1.9. El señor Dussan presentó acción de tutela, con la finalidad de lograr el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso y a la vida digna. En consecuencia, solicitó, que el juez constitucional ordene: (i) al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Secretaría de Educación del Cauca, reconozca la pensión de sobrevivientes o Post Mortem a su favor como único beneficiario, conforme a la Ley 100 de 1993; y, (ii) se le cancele las mesadas pensionales generadas desde la fecha de fallecimiento de Esper Dussan Sandoval a la fecha.

2. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

2.1. Respuesta de la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que a su juicio no existe vulneración de derecho fundamental alguno.

En su concepto, (i) el peticionario debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver la controversia planteada, pues no se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable que torne procedente la acción de tutela como mecanismo de protección de sus derechos fundamentales. (ii) De igual modo indicó, que según lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 “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” y el Decreto 2831 de 2005 “Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones”, se procedió a liquidar la prestación solicitada por el accionante para lo cual se envió a la entidad Fiduciaria Fiduprevisora S.A., toda la documentación correspondiente para tal fin, la cual fue negada, argumentando que el docente fallecido fue afiliado con vigencia de la Ley 33 de 1985, e inicio sus labores dentro de la planta central de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Cauca el 29 de abril de 1996 hasta la fecha de su fallecimiento, 14 de Diciembre de 2006.[10]

Con base en lo cual estableció que este trabajó tres mil ochocientos veintiséis (3.826) días, por lo que no cumplía con el requisito indispensable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, consistente en haber trabajado dieciocho (18) años de manera ininterrumpida.

2.2. Respuesta de la Fiduciaria La Previsora S.A.

La Fiduprevisora solicitó que se negara el amparo de los derechos fundamentales del peticionario. En primer lugar, señaló que celebró con la Nación-Ministerio de Educación Nacional un contrato de fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sostuvo que su competencia se encuentra limitada a la aprobación o no del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones sociales que elabore la Secretaría de Educación, pues no tiene competencia para expedir el acto administrativo de reconocimiento, conforme lo indica el artículo 4 del Decreto 2831 de 2005.[11] Advirtió, en segundo lugar, que el acto que negó la pensión solicitada por el peticionario debe ser demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa y no controvertido por la vía de la tutela.[12]

3. Sentencias objeto de revisión

3.1. El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, mediante fallo del dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013), resolvió en primera instancia amparar los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social del señor José Alejo Dussan Gutiérrez. En su criterio, no es viable exigir como presupuesto para el reconocimiento de la pensión de jubilación post mortem, el acreditar de los dieciocho (18) años de tiempo laborado de manera ininterrumpida, toda vez que ello conllevaría a un tratamiento discriminatorio y menos favorable a los trabajadores pertenecientes a regímenes exceptuados. Por esto, indicó que la regulación de regímenes especiales de pensiones se ajusta a la Constitución, pues el tratamiento dista de ser discriminatorio en la medida en que favorece a los trabajadores a quienes se aplica.[13]

Al respecto, señalo:

“el hecho de que el docente fallecido haya laborado un periodo de diez (10) años, siete (7) meses y dieciséis (16) días, en nada afecta el derecho que hoy reclama su padre como

único beneficiario a que la sustitución pensional sea definida en aplicación a la norma más favorable, de la cual insiste el despacho, que para el caso lo es la ley 100 de 1993, en sus artículos 46 y 47 modificados por la ley 797 de 2003, los cuales prescriben el orden de beneficiarios de la pensión y los requisitos que estos deben acreditar para acceder a la misma, siendo esta ley la más benéfica, al requerir cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los tres (3) últimos años anteriores a su muerte”.[14]

En consecuencia consideró que, los actos administrativos proferidos por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cauca, vulneraron los derechos fundamentales del señor José Alejo Dussan Gutiérrez, al haberle negado el reconocimiento de la pensión de jubilación post mortem reclamada, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de tiempo de servicio establecido en el régimen especial del magisterio. Solicitó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cauca, y a la Fiduprevisora S.A, reconocieran la pensión de sobrevivientes al peticionario, “dando aplicación al régimen general contemplado por la Ley 100 de 1993, junto con las normas que la reforman y complementen”.[15]

3.2. El Vicepresidente del Fondo de Prestaciones- Fiduprevisora S.A., impugnó la providencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013), solicitó revocar la decisión adoptada por ser contraria a la normatividad que rige la materia y a los principios constitucionales, dado que el accionante pudo ejercer los recursos de ley y pedir ante la jurisdicción competente la nulidad de los actos administrativos.

3.3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión Civil-Familia, en sentencia del diez (10) de mayo de dos mil trece (2013), revocó la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, y en su lugar negó el amparo solicitado. Al respecto, afirmó que en este caso no se evidencia la urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio alegado, que torne viable la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Adicionalmente el juez de instancia, no encontró razón que justificara la inactividad del actor desde la fecha en que se negó la prestación solicitada, esto es julio de dos mil nueve (2009), hasta el momento de interposición de la acción, el diez (10) de diciembre de dos mil doce (2012). Al respecto señaló que “la acción presentada por el señor José Alejo Dussan no procede en cuanto no cumple con el requisito de inmediatez, presupuesto para la viabilidad

de la acción de tutela pues dejó transcurrir más de 36 meses, sin acudir ante el juez constitucional”.[16]

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para revisar el fallo de tutela de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

2.1. El señor José Alejo Dussan considera que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad por no reconocerle el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del régimen general de pensiones que a su juicio es más favorable que el régimen especial del magisterio. Por su parte, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio negó el derecho alegado porque de conformidad con el artículo 7 del Decreto 224 de 1972 “por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente”, para acceder a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de un docente este tenía que haber trabajado por lo menos dieciocho (18) años continuos o discontinuos en planteles oficiales, y en el caso concreto, tal requisito no fue cumplido por Esper Dussan, el hijo del peticionario, pues solo trabajó durante diez (10) años, siete (7) meses y dieciséis (16) días.

2.2 En este contexto, le corresponde a la Sala examinar el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera una entidad encargada del reconocimiento y pago de una pensión (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cauca), los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad de una persona (José Alejo Dussan Gutiérrez), por negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su hijo (Esper Dussan), aplicando el régimen especial de pensiones de los docentes, teniendo en cuenta que éste prestaba sus servicios al Magisterio, pero para su caso siendo este menos favorable que el régimen general en pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993?

2.3 Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Corte se referirá a (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se pretende el reconocimiento de

una pensión de sobrevivientes; y (ii) reiterará la jurisprudencia en relación con la aplicación del régimen general de pensiones por ser más favorable que el régimen especial de pensiones del magisterio, con respecto a la pensión de sobrevivientes, y conforme a ella adoptará las medidas tendientes a proteger los derechos fundamentales del señor José Alejo Dussan.

3. Procedencia de la acción de tutela en el caso concreto: cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

3.1. La Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales

3.1.1 La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judicial, (ii) cuando existiendo éstos no fueren eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, o (iii) cuando siendo eficaz se utilice para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, C.P.).[17]

Dado que para reclamar derechos pensionales se establecieron medios de defensa judiciales ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa, la procedencia de la acción de tutela se supedita a la eficacia de éstos para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, analizando las circunstancias del peticionario y los elementos de juicio obrantes en el expediente.[18]

3.1.2. En relación con el perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha sostenido que este se caracteriza por ser un perjuicio (i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiere medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.[19]

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha considerado que para poder establecer la procedencia de la acción de tutela en aras de evitar un perjuicio irremediable, este debe estar acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, se ha afirmado que el accionante puede cumplir con esta carga, mencionando al menos los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la jerarquía de los derechos cuyo amparo se solicita mediante la acción de tutela y a la

naturaleza informal de este mecanismo de defensa judicial. Específicamente ha dicho:

“No obstante, aunque la prueba del perjuicio irremediable es requisito de la procedencia de la tutela, la Corte ha sostenido que la misma no está sometida a rigurosas formalidades. Atendiendo a la naturaleza informal y pública de la acción de tutela, así como a la jerarquía de los derechos cuya protección se solicita, la prueba del perjuicio irremediable puede ser inferida de las piezas procesales. Así pues, al afectado no le basta con afirmar que su derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, pero es indispensable que, atendiendo a sus condiciones personales, explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”. [20]

3.1.3. Ahora bien, cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como lo son las personas de la tercera edad, el estado debe brindarles una protección especial para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. [21] Sobre esto, en sentencia T-167 de 2011, [22] la Sala Tercera de Revisión consideró respecto de la procedibilidad de la acción de tutela tratándose de sujetos de especial protección lo siguiente:

“[E]l medio de defensa judicial ordinario para el reconocimiento de la mesada pensional no resulta igualmente eficaz entre un sujeto de especial protección constitucional y quien no lo es, comoquiera que precisamente la situación de debilidad manifiesta del primero le exige al Estado una especial consideración que le permite al juez constitucional inferir la ineficacia del medio ordinario y la procedencia excepcional de la acción de tutela”.

3.1.4. En el caso concreto, la Sala considera que exigirle al peticionario acudir a esa vía es una carga desproporcionada dadas sus especiales condiciones de vulnerabilidad, que pueden llevar a la configuración de un perjuicio irremediable, en tanto, se trata de: (i) una persona de la tercera edad (tiene 71 años de edad). (ii) No recibe pensión o remuneración alguna, ya que dependía económicamente de su hijo fallecido, [23] por lo que se trata de un perjuicio grave, en cuanto la ausencia de recursos propios pone en riesgo su capacidad para sufragar los gastos que hacen posible una existencia digna y justa, amenaza con privarlo de los recursos por medio de los cuales pueda satisfacer sus necesidades básicas. [24] (iii) Sumado al delicado estado de salud en que se encuentra ya que padece diabetes mellitus, hipertensión y artrosis, por lo que no puede trabajar para generar recursos para solventar

sus necesidades básicas.[25]

Así las cosas, por medio de esta acción se busca evitar un perjuicio (i) inminente, pues el señor Dussan carece de los recursos indispensables para satisfacer las necesidades más elementales de existencia, (ii) grave, en cuanto la ausencia de la pensión pone en riesgo su capacidad para sufragar los gastos que hacen posible una existencia digna y justa. Por lo que la (iii) actuación del juez es urgente, y (iv) las órdenes encaminadas a proteger el derecho impostergables.

Por lo anterior se concluye, que la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales del peticionario.

3.2. La inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción

3.2.1. La Constitución Política establece en el artículo 86, que la acción de tutela es un mecanismo judicial para reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente de los particulares. Entonces, si bien la acción de tutela no establece un término de caducidad, ello no significa que la misma pueda ser interpuesta en cualquier momento con posterioridad al hecho generador de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, pues se desconocería la naturaleza misma de la acción, cual es, ser un medio de defensa que protege los derechos fundamentales de manera inmediata.

3.2.2. De esta manera, la acción de tutela es procedente cuando existe un plazo razonable, prudencial y proporcionado respecto de la época de vulneración o amenaza del derecho y la interposición de la acción de tutela. Asimismo, esta Corporación ha señalado que para determinar si una acción de tutela cumple el requisito de inmediatez por haber sido presentada en un plazo razonable, se deben analizar los siguientes factores, (i) que exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.[26]

Adicionalmente, la Corte señaló en sentencia T-1028 de 2010,[27] respecto de la

razonabilidad del plazo entre la interposición la tutela y la época del hecho generador lo siguiente:

“Insistentemente ha resaltado esta Corporación que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto. Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”[28].”

3.2.3. La decisión del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cauca, de negarle el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación post mortem al peticionario, quedó consignada en la Resolución No. 0193 del diez (10) de marzo de dos mil nueve (2009), siendo confirmada por medio de la Resolución No 0584 del diez (10) de julio de dos mil nueve (2009).[29]

Frente a la negativa de la entidad accionada en reconocerle la pensión, el siete (7) de diciembre de dos mil doce (2012), el peticionario presentó acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales. Una vez analizada la inmediatez como requisito de procedibilidad, la Sala manifiesta su desacuerdo con las razones aducidas por el juez de segunda instancia para negar las pretensiones del peticionario, pues de la jurisprudencia reseñada se desprende que tal decisión no se ajusta a la Constitución Política ni a la jurisprudencia de la Corte Constitucional ni del Consejo de Estado.[30] En tanto, no es posible afirmar, como lo hizo esta autoridad judicial, de manera tajante que una vez transcurridos seis (6) meses entre el hecho generador y la interposición de la acción la tutela es improcedente por no cumplir con el presupuesto de inmediatez, pues, como se expuso, el juez constitucional debe valorar las condiciones particulares del peticionario y los derechos fundamentales que se encuentran amenazados o vulnerados.

3.2.4. La Sala Primera de Revisión considera que el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho vulnerador y la presentación de la acción de tutela no es desproporcionado ni desconoce el cumplimiento del requisito de inmediatez, si se tienen en cuenta las circunstancias particulares del peticionario. De acuerdo con las cuales el señor Dussan es

un sujeto de especial protección constitucional que se encuentra en estado de vulnerabilidad, por lo que se presume que la infracción de sus derechos fundamentales ha persistido en el tiempo, y en consecuencia, el juez constitucional no puede alegar falta de inmediatez en la presentación de la acción.[31] Adicionalmente se debe valorar que el tiempo transcurrido entre la negación de la pensión y la acción no es consecuencia de una actitud negligente del peticionario, por el contrario, está justificada.[32]

Además, no puede perderse de vista que esta Corporación ha señalado que cuando se trata de acciones de tutela presentadas por sujetos de especial protección constitucional, el análisis de procedencia por inmediatez debe ser flexible. Se protege con esto que los obstáculos propios de la edad o de una enfermedad, se tomen en cuenta como razones válidas para admitir demora en el acceso a la administración de justicia. Si bien se trata de situaciones que no justifican la interposición de las acciones correspondientes en términos desproporcionados, pueden ser factores tenidos en cuenta frente a una demora razonable.

4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cauca vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad del señor José Alejo Dussan Gutiérrez al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aplicando un régimen especial menos favorable que el régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993

4.1. La Corte Constitucional ha indicado que la existencia de regímenes especiales en materia pensional es válida a la luz de la Constitución Política, siempre y cuando la regulación legislativa establezca un nivel de protección igual o superior al dispuesto para la generalidad de la población y no resulten discriminatorios. En este sentido, también se ha pronunciado sobre la posibilidad de que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio les sea aplicado el Régimen General de Pensiones, pese a que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993,[33] se encuentran exceptuados del mismo.

4.2. Sobre tal posibilidad, la Corte en sentencia C-461 de 1995,[34] con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que exceptuaba de la aplicación del régimen general en materia pensional a los maestros, en razón a que los docentes vinculados con anterioridad al primero (1) de

enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), no eran acreedores de la pensión de gracia ni de pago de la mesada adicional a cancelar en el mes de junio de cada año; esta Corporación declaró la exequibilidad de la disposición acusada “siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar”. Asimismo, indicó que es válida la existencia de regímenes especiales en materia pensional, siempre que los mismos no resulten discriminatorios. La Corporación sostuvo:

“La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios.(...) Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.”

En ese orden de ideas, en la sentencia C-956 de 2001,[35] la Corte conoció la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 279 de la ley 100 de 1993, el cual como se indicó anteriormente, consagra una excepción en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. En esta providencia, la Corte consideró lo siguiente:

“En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un

examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. Por ello, las personas “vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general”.[36] En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.

Sin embargo, esta misma Corte también ha aclarado que eso no excluye que pueda eventualmente estudiarse si la regulación específica de una prestación en particular puede violar la igualdad. Ese análisis es procedente, “si es claro que la diferenciación establecida por la ley es arbitraria y desmejora, de manera evidente y sin razón aparente, a los beneficiarios del régimen especial frente al régimen general”[37].”

Con base en lo anterior, la Corte estableció tres (3) requisitos que deben cumplirse para que proceda el estudio de una regulación específica de una prestación consagrada en el régimen especial en relación con el general, examen mediante el cual se determina si una regulación viola o no la igualdad. Dichos requisitos son los siguientes:

“Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que pueda concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente”.[38]

4.3. En esta medida, si bien la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que pueden existir regímenes especiales de seguridad social sin que con ello se vulnere la igualdad, “en

la medida en que su objetivo reside, precisamente, en la protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”,[39] también ha reconocido que eventualmente una regulación específica puede violar la igualdad al consagrar una discriminación injustificada entre las personas pertenecientes al régimen especial y al general.

4.4. Ahora bien, en sede de control concreto la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias providencias con ocasión de la solicitud de protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad y mínimo vital, vulnerados por la entidad accionada al negarse a aplicar el régimen general de pensiones, pese a que los requisitos establecidos en el régimen especial del magisterio consagra unas exigencias más gravosas para acceder a la pensión de sobrevivientes, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 224 de 1972.[40]

En la Sentencia T-167 de 2011,[41] esta Corporación analizó la acción de tutela interpuesta por la cónyuge supérstite de una persona fallecida, en representación de sus hijos menores de edad, en la cual solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Ariel Antonio Calle Ruiz, quien trabajó como docente en forma continua e interrumpida para el Municipio de Sahagún, durante trece (13) años, nueve (9) meses y veinticinco (25) días. El Fondo negó la solicitud elevada tras considerar que el señor Calle “laboró al servicio de planteles educativos oficiales un total de 13 años, 9 meses y 25 días, hasta la fecha de su fallecimiento, por lo que no alcanzó el tiempo exigido por el artículo 7 del Decreto 224 de 1972 para que sus beneficiarios, gozaran del derecho a la pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de su muerte”. [42]

En dicha sentencia la Corte determinó que respecto de la pensión de sobrevivientes, resulta más favorable la aplicación del régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, que el dispuesto en la norma especial que regula esta prestación para los docentes, esto en razón a que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 establece unos requisitos más beneficiosos para acceder a la pretensión pensional al requerir cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los tres (3) últimos años anteriores a la muerte, mientras que el Decreto 224 de 1972, exige mínimo dieciocho (18) años de cotización al momento de la muerte. Con base en esto, señaló:

“Si se contrasta el régimen de pensión de sobreviviente contenida con el régimen general de la ley 100 con la del régimen especial de los docentes, prescrito en el artículo 7 del decreto 224 de 1972 se constata que puede existir un trato discriminatorio a la luz de las reglas establecidas por la jurisprudencia para realizar este tipo de comparaciones. Por un lado, es clarísimo que la pensión post mortem es independiente de otro tipo de prestaciones del régimen especial. De igual forma, es manifiesta la inferioridad del régimen especial con relación al del régimen general, pues mientras este sólo exige a) que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte y; b) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte; el Decreto 224 de 1972, exige mínimo 18 años de cotización al momento de la muerte”.

En el mismo sentido, esta Corporación en Sentencia T-547 de 2012,[43] estudió la acción de tutela interpuesta por una señora, de ochenta y siete (87) años de edad, ante la negativa del Fondo de Prestaciones del Magisterio de reconocerle la pensión de sobrevivientes de su hijo, quien era un docente oficial y había trabajado catorce (14) años, tres (3) meses y trece (13) días, bajo el argumento de que “le eran aplicables las normas del régimen magisterial, es decir la Ley 91 de 1989, Decreto 224 de 1972, Ley 71 de 1988, tomando como base que al momento del fallecimiento únicamente llevaba como tiempo de servicio catorce (14) años, tres (3) meses y trece (13) días, y que para tener derecho a la pensión post mortem se requiere 18 años para que se reconozca por cinco (5) y (20) en forma vitalicia”. [44]

En esta oportunidad, después de contrastar el régimen especial y general de pensiones la Corte consideró que aunque ambos regulan la misma materia y tienen la misma naturaleza, se presenta una marcada diferencia en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en uno y otro régimen, puesto que mientras el Decreto 224 de 1972 exige la prestación del servicio del docente por más de dieciocho (18) años, la Ley 100 de 1993, exige cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los tres (3) últimos años anteriores a su muerte, por lo que ésta última resulta más benéfica. En palabras de la Corte:

4.5. Por su parte, el Consejo de Estado ha desarrollado una interpretación de la legislación en materia de pensión de sobrevivientes para los docentes, en la cual establece que el

régimen general debe aplicarse cuando se cumplan los requisitos prescritos en la ley 100 de 1993 sobre la materia, siempre y cuando se acredite que no se cumple con los presupuestos normativos del régimen especial que para el caso de los docentes está establecido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972.

En la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en fallo del veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010),[45] se estudió el caso de un joven que solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de su madre quien había estado vinculada laboralmente como docente a nivel nacional quince (15) años y ocho (8) meses. Reconocimiento que le fue negado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, “aduciendo la inexistencia de derecho alguno a pensión de sobrevivientes dada la existencia de un régimen especial docente que impedía el reconocimiento de la prestación reclamada al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993”. El fundamento de la decisión en esta providencia fue la siguiente:

“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;[46] 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”.

Finalmente se dijo en la sentencia:

“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”.[47]

4.6. De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la Sala Primera de Revisión concluye que la vigencia de regímenes especiales no puede configurar un tratamiento discriminatorio. En el cuadro comparativo que se expone a continuación se logra constatar la disparidad en cuanto a los requisitos exigidos para acceder a la pensión de sobrevivientes por el régimen especial aplicable al gremio docente consagrado en el Decreto 224 de 1972 y la Ley 100 de 1993, la cual es más benéfica, sin que exista otra prestación que compense dicho tratamiento diferenciado.

Decreto 224 de 1972 “por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente”

Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

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.

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 (...).

4.7. Con base en lo expuesto, el fundamento que guía la solución del presente caso consiste en que el régimen especial del magisterio, concretamente en lo relativo a la pensión pos mortem contenida en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972, debe ser aplicado cuando se cumplan los requisitos para acceder a tal prestación, por ser conveniente para el grupo de beneficiarios del docente fallecido. Sin embargo, cuando no se cumpla con el requisito de dieciocho (18) años de prestación del servicio docente exigido para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, se produce un tratamiento discriminatorio cuando se niega el acceso a tal prestación pues la ley previó un procedimiento más exigente para el régimen especial, sin consagrar otro beneficio que contrarreste tal exigencia y con ello compensar la desigualdad frente al sistema general pensiones. Razón por la cual al ser más favorables para los beneficiarios, los requisitos contenidos en el Régimen General de Pensiones se ha de privilegiar la aplicación de los enunciados normativos de la ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones.

5. Caso concreto

5.1. Aplicando los precedentes jurisprudenciales citados al caso concreto, la Sala de Revisión constató que el señor Esper Dussan Sandoval, prestó sus servicios como docente de vinculación nacional desde el veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996) hasta el catorce (14) de diciembre de dos mil seis (2006), fecha de su

fallecimiento,[48] para un total de diez (10) años, ocho (8) meses y doce (12) días, motivo por el cual su padre, el señor José Alejo Dussan solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la Pensión post mortem, en su condición de único beneficiario.[49] Por su parte, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución 0193 de 10 de marzo de 2009 “Por la cual se deniega el reconocimiento de la pensión de jubilación Post mortem”,[50] negó dicho reconocimiento toda vez que el docente no cumplió con los requisitos mínimos de servicio establecidos en artículo 7 del Decreto 224 de 1972,[51] régimen especial, que exige dieciocho (18) años laborados como educador. Decisión que fue confirmada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución 0584 del diez (10) de julio de dos mil nueve (2009) “Por la cual se resuelve el recurso de reposición, contra la resolución que niega el reconocimiento de la pensión de jubilación Post mortem”.[52]

4.9. Como se expuso en las consideraciones de esta providencia, es factible la existencia de regímenes especiales de pensiones siempre y cuando estos ofrezcan un nivel de protección igual o superior al dispuesto en el régimen general, en aras de evitar un tratamiento discriminatorio. Por lo que el sujeto perteneciente al régimen especial, se rige integralmente por el este y no puede pretender ser titular a su vez de prestaciones individuales previstas en el régimen general. No obstante, cuando una regulación específica vulnere la igualdad, es procedente analizar la aplicación de tal regulación contenida en el régimen general pese a que el beneficiario se rija por el régimen especial, cuando se cumplan tres requisitos: i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y iii) la carencia de compensación al interior del régimen especial debe ser evidente.

Siguiendo el análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-167 de 2011,[53] al contrastar el régimen de pensión de sobreviviente contenido en el régimen general de la Ley 100 de 1993, con la del régimen especial de los docentes, prescrito en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972, la Sala Tercera de Revisión constató que en este supuesto específico existe un trato discriminatorio a la luz de las reglas establecidas por la jurisprudencia para realizar este tipo de comparaciones.

Por su parte, la Sala Primera de Revisión comparte la decisión adoptada en la sentencia previamente citada, en tanto: En primer lugar, en relación con la autonomía y separabilidad

de la prestación, la Sala constata que esta característica se predica de aquellas prestaciones que gozan de autonomía propia, esto es, que son separables del conjunto del régimen de pensiones, por su carácter específico y debido a que beneficia de manera concreta a determinadas personas. La pensión de sobreviviente del régimen del magisterio, es independiente, en tanto no se encuentra indisolublemente ligada a otra prestación y beneficia únicamente a un grupo de personas, el cónyuge y los hijos del causante.

En relación con la inferioridad del régimen especial, la Sala considera que es manifiesta la mayor exigencia del régimen especial con relación al régimen general, pues mientras este último sólo exige a) que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento;[54] el Decreto 224 de 1972, exige mínimo dieciocho (18) años de cotización al momento de la muerte.[55] Es palmario que los requisitos contemplados en el régimen especial de docente Decreto 224 de 1972 en cuanto a la pensión post mortem son más gravosos, que los estipulados para la misma materia en la Ley 100 de 1993.

Finalmente, es notoria la carencia de compensación al interior del régimen especial, puesto que no se encuentra en el régimen del magisterio alguna otra prerrogativa que tenga por finalidad mejorar la situación de las personas que no pudieron acceder a la pensión, al no cumplir con los requisitos propios de la pensión de jubilación post mortem, ya que no hay ningún tipo de indemnización ni la posibilidad de completar el tiempo de cotización, quedando sin fuente alguna de ingresos la o las personas que dependían económicamente del docente. Después de realizar este estudio, la Sala observa que el artículo 7° del Decreto 224 de 1972, contiene requisitos más rigurosos que los contemplados en la Ley 100 de 1993.

Admitir la aplicación de una norma del régimen especial que es menos benéfica que la consagrada para el régimen general implica una violación al principio de igualdad en tanto, como bien lo señala el señor Dussan y de acuerdo con la jurisprudencia relacionada, a propósito de la pensión de sobrevivientes, los beneficiarios de la misma se encuentran en la misma situación y tal prestación persigue idéntica finalidad, cual es proteger a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte,[56] evitándose que este hecho se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de éstos.[57] No existe ninguna razón que justifique

que, en un caso, las disposiciones señalen que para acceder a la pensión se requiera haber sido docente por un término mínimo de dieciocho (18) años, mientras que en el régimen general se exija haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años anteriores a la muerte.

4.10. Así las cosas, la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca negó de manera injustificada el reconocimiento de la pensión post mortem a favor del señor José Alejo Dussan. Ya que, en vez de aplicar el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, que es más favorable al peticionario, aplicó el régimen especial del magisterio desconociendo la jurisprudencia sobre casos similares de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, así como el principio de favorabilidad establecido artículo 53 de la Constitución Política.

Así las cosas, con base en el principio de favorabilidad, la Secretaría de Educación debió privilegiar la interpretación más protectora de los derechos del accionante, aplicando el régimen general por ser más beneficioso, de manera integral conforme al principio de inescindibilidad en materia laboral.[58]

El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, Cauca, mediante fallo del dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013), resolvió amparar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad del señor José Alejo Dussan Gutiérrez, tras considerar que no es viable exigir para el reconocimiento de la pensión de jubilación post mortem, acreditar los dieciocho (18) años de tiempo laborado de manera ininterrumpida, toda vez que ello conllevaría a un tratamiento discriminatorio y menos favorable a los trabajadores pertenecientes a regímenes exceptuados. Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión Civil-Familia, en sentencia del diez (10) de mayo de dos mil trece (2013), revocó la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, y en su lugar negó el amparo solicitado.

Por las razones expuestas la Sala Primera de Revisión revocará el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el diez (10) de mayo de dos mil trece (2013) y, en su lugar, confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, del dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013), en tanto amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad del señor José Alejo

Dussan.

4.11. En conclusión, la regulación legislativa de regímenes especiales de pensiones se ajusta a la Constitución, siempre y cuando establezcan un nivel de protección igual o superior al dispuesto en el régimen general.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión Civil Familia, el diez (10) de mayo de dos mil trece (2013), y CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán el dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013), en la cual se ampararon los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad del señor José Alejo Dussan Gutiérrez en su proceso de tutela contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO las Resoluciones No. 0193 del 10 de marzo de 2009 “Por la cual se niega el reconocimiento de una pensión de jubilación post mortem” y No. 0584 del 10 de julio de 2009 “por la cual se resuelve un recurso de reposición, contra la resolución que niega el reconocimiento de una pensión de jubilación post mortem,” a través de las que se negó el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes del señor José Alejo Dussan Gutiérrez. En virtud de lo anterior ORDENAR al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de la Gobernación del Cauca que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague al señor José Alejo Dussan Gutiérrez la pensión de sobrevivientes de su hijo Esper Dussan Sandoval, aplicando el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, a partir de la muerte del señor Esper Dussan.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1]A folio 3 obra copia de su cédula de ciudadanía No. 12.092.860. Nació el 29 de Septiembre de 1942. (En adelante siempre que se haga mención a un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa).

[2]A folio 14 y 15, obra copia del certificado de tiempo de servicio laborado por el señor Esper Dussan Sandoval prestado al departamento del Cauca, Secretaría de Educación y Cultura, desde el 29 de abril de 1996 hasta el 14 de diciembre de 2006 para un total de diez (10) años, ocho (8) meses y doce días (12).

[3] A folio 24, Cuaderno 2, obra copia del certificado de defunción de Esper Dussan Sandoval.

[4] Folio 9 a 10. En esta Resolución, se indicó que “para dar cumplimiento a lo ordenado en la Ley 962 de 2005, se procedió a liquidar la prestación solicitada por los beneficiarios del educador fallecido y se envió a la entidad Fiduciaria Previsora S.A., para su previa aprobación, la cual fue devuelta Negada, con la siguiente observación: “la prestación solicitada en el proyecto pensión post mortem no es una prestación contemplada para este docente teniendo en cuenta que es una prestación de ley 100/93 y este docente fue afiliado en vigencia de la Ley 33 de 1985, la correcta prestación sería de una pensión post mortem 18 años, ahora bien en este orden de ideas el docente inició labores desde el día 29/04/1996 hasta la fecha de fallecimiento 14/12/2006 es decir que el docente laboro 3.826 días razón por la cual no cumple con los 18 años laborados razón por la cual se debe

proyectar un nuevo AA indicando la correcta prestación, la normatividad aplicable al régimen legal y negando de fondo la prestación pues no cumple con los requisitos de pensión”.

[5] Folio 11 a 13.

[6] A folio 18 a 21, obra copia de la Historia Clínica de José Alejo Dussan, en la cual se indica que sufre hipertensión arterial y diabetes mellitus.

[7] Folio 35.

[8] “Por la cual se reconoce y ordena el pago de un seguro por muerte”. En la cual se le reconoce el pago de un seguro por muerte del señor Esper Dussan Sandoval docente de vinculación a nivel Nacional a favor de José Alejo Dussan por la suma de once millones ciento noventa y ocho mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$11.198.364). Folio 7 a 8.

[9] “Por el cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva a beneficiarios”. En la cual se indica que mediante solicitud de reconocimiento y pago de cesantía definitiva elevada por José Alejo Dussan por fallecimiento de su hijo el señor Esper Dussan Sandoval el 14 de diciembre de 2006, que le corresponde por los servicios prestados como docente, se le reconoció al peticionario la suma de ocho millones seiscientos nueve mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos (\$8.609.448) a causa de fallecimiento de su hijo. Folio 5 a 6.

[10] Folio 58.

[12] Folio 111 a 114.

[13] Folio 104.

[14] Folio 106.

[15] Folio 107.

[16] Folio 10, Cuaderno 2.

[17] De hecho, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6.1, de manera expresa dispone que la eficacia de los medios ordinarios de defensa judiciales será apreciada en el caso

concreto, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

[18] Específicamente, sobre la procedibilidad de la tutela para solicitar pensión de sobrevivientes se pueden observar las siguientes sentencias: T-401 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil), a través de la cual se reconoció definitivamente la pensión sustitutiva derivada de la muerte de su hermano a una señora de la tercera edad que sufría graves quebrantos de salud, la Corte explicó que hacerla acudir a un proceso ordinario y negarle la pensión requerida "(...) equivale a someter arbitrariamente su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, lo que compromete seriamente la dignidad, la igualdad y la autonomía (...)". De manera similar, en sentencia T-836 de 2006 (MP. Humberto A. Sierra Porto), la Corte otorgó de manera definitiva la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de su hija a una señora de 79 años de edad con problemas de salud avanzados, pues el ISS dilatava injustificadamente su reconocimiento y sus derechos fundamentales se hallaban en peligro.

[19] Sobre las características del perjuicio irremediable observar la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa). Allí sostuvo la Corte que: "Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: A) El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. (...) B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades

públicas. (...) D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)”.

[20] Sentencia T-290 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) En esta sentencia, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta por una persona a quien se le había reconocido una pensión de invalidez convencional, pero posteriormente se le practicó un nuevo dictamen de calificación de su pérdida de capacidad laboral, en el cual se lo calificó con un porcentaje menor al requerido convencionalmente para acceder al beneficio pensional, dictamen con fundamento en el cual se revocó su pensión. La Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales del actor dejando sin efectos el acto administrativo por medio del cual se revocó la pensión de invalidez del actor y ordenando la reincorporación del actor a la nómina de pensionados, en aplicación de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa, así como en el criterio de que las normas de inferior categoría a la legal, no puede establecer condiciones más gravosas para el reconocimiento de derechos laborales. Respecto de la prueba del perjuicio irremediable, la Corte tuvo en cuenta que la afirmación del actor respecto a que su mesada pensional era su única fuente de ingresos no fue controvertida. Adicionalmente, consideró la edad del actor y el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral como elementos para deducir la dificultad del actor para acceder a otra fuente de ingresos que le permitiera suplir sus necesidades básicas. Finalmente, tuvo en cuenta el valor de la mesada pensional para concluir que la revocatoria de la pensión de sobrevivientes estaba afectando el derecho al mínimo vital del actor.

[21] Artículo 13 de la Constitución Política. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

[22] (MP. Juan Carlos Henao Pérez) Esta corporación analizó el caso del señor Ariel Antonio Calle Ruiz quien trabajó como docente en forma continua e interrumpida para el Municipio de Sahagún, durante 13 años, 9 meses y 25 días, con ocasión de su muerte su cónyuge y en representación de sus hijos menores de edad, solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, el cual le había sido negado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tras considerar que el difunto “laboró al servicio de planteles educativos oficiales un total de 13 años, 9 meses y 25 días, hasta la fecha de su fallecimiento” y no el total de 18 años continuos o discontinuos establecido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972. La Corte ordenó a la Secretaría de Educación de Sahagún, Departamento de Córdoba y al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que, reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la luz del régimen general de la ley 100 de 1993, y disposiciones reformativas y complementarias de dicha ley, en la proporción que corresponde favor de la señora María Eugenia Medrano Ortega, Rocío Milena Calle Medrano, Ariel Antonio Calle Medrano y de los demás beneficiarios de dicha pensión que hayan acreditado su derecho, contada a partir de la muerte del señor Ariel Antonio Calle Ruiz.

[23] Folio 35.

[24] Folio 18 a 21 obra la historia clínica del señor José Alejo Dussan. Sumado a esto, mediante comunicación telefónica con el peticionario el 27 de noviembre de 2013, este afirmó que la artrosis le genera fuertes dolores corporales que le imposibilitan trabajar.). Es de recordar que la Corte Constitucional en el ejercicio de su función de Revisión de fallos de tutela ha considerado, en diversas oportunidades, que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción. Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela. Al respecto, se pueden revisar entre otras decisiones, las sentencias T-603 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (MP. Manuel

José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-643 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-219 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-726 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino).

[25] A folio 18 a 21, obra copia de la Historia Clínica de José Alejo Dussan, en la cual se indica que sufre hipertensión arterial y diabetes mellitus.

[26] Tomado de la sentencia T-530 de 2009 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[27] (MP. Humberto Antonio Sierra Porto) En esta sentencia se discutía la negativa del acceso a la pensión de sobrevivientes de una mujer, la Corte consideró que debía efectuarse un análisis flexible de la inmediatez, a partir de (i) el carácter permanente y actual de la violación alegada; (ii) la edad de la peticionaria; y (iii) su situación de vulnerabilidad económica. En aquella oportunidad, el alto Tribunal Constitucional sostuvo que a pesar de haberse presentado la tutela después de 32 meses del hecho vulnerador: “La finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata, como se logra ver en el presente caso.”] “Estima la Sala que el término transcurrido no resulta demasiado prolongado de modo tal que afecte los derechos de terceros, la seguridad jurídica o convierta la tutela en un premio a la desidia de la peticionaria quien por varios años ha luchado por obtener el reconocimiento de su pensión ante la justicia ordinaria.” En este mismo sentido, en sentencia T-145 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa) la Corte se pronunció sobre la situación de un ciudadano a quien se le negó la acción de tutela presentada para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, por haber dejado transcurrir 11 meses desde el momento del hecho generador de la vulneración. La Corte concedió el amparo y para ello sostuvo que el tiempo transcurrido para interponer la acción de tutela estaba justificado en tanto (i) el presente asunto estaba relacionado con una presunta vulneración permanente y actual del derecho fundamental a la seguridad social y (ii) el actor había demostrado ser diligente en el agotamiento de los mecanismos administrativos y judiciales para obtener su derecho.

[28] Sentencia T-328 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio, SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[29] Folios 9 a 13.

[30] Entre otras sentencias, se pueden leer las siguientes: T-530 de 2009 (MP. Jorge Iván Palacio), T-773 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1028 de 2010 (Humberto Antonio Sierra Porto) y T-145 de 2013 (MP. María Victoria Calle), entre otras.

[31] T-773 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-509 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[32] En la comunicación telefónica con el peticionario el 27 de noviembre de 2013, este manifestó que por la falta de conocimientos jurídicos y los mecanismos de protección de los mismos, dejó en manos de un abogado todo lo relacionado con su pensión de sobrevivientes.

[33] 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.

<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> 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.

concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración

de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

[34] (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) En la citada Sentencia un ciudadano demandó la inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 279 de la ley 100 de 1993, al considerar que este es discriminatorio frente a un tema puntual y específico: la excepción que allí se consagra impide que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, perciban la mesada adicional - pagadera en junio de cada año - correspondiente al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión a que cada pensionado tiene derecho, consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 en favor de todos los pensionados. Resalto la Corte que “en este evento opera, en cambio, una triple exclusión. En primer lugar, las personas vinculadas antes del 1º de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio encuentran un trato diferenciado fundado en criterios plenamente subjetivos. Sólo los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, que cumplan los requisitos señalados en la Ley 114 de 1913 y demás normas complementarias, tendrán derecho a la pensión de gracia. Como quedó expuesto tales requisitos son tanto objetivos (generales) como subjetivos. Serán acreedores a la pensión de gracia los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan ciertos requisitos de edad y tiempo de trabajo, siempre que se hayan desempeñado con honradez y consagración, carezcan de medios de subsistencia en armonía con la posición social y costumbres, hayan observado buena conducta, y en caso de las mujeres, que se trate de personas solteras o viudas.

Mas aún, quienes no cumplen los requisitos para ser acreedores de la pensión de gracia encuentran un trato menos favorable respecto de quienes se vincularon al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, pues este último grupo de pensionados cuenta con el beneficio legal de la prima adicional, que tiende al mantenimiento del poder adquisitivo de su pensión, y del cual se encuentran excluidos quienes se vincularon al Fondo antes del 1º de enero de 1981 sean o no acreedores a la pensión de gracia.

Por último, el grupo de personas excluido de la mesada adicional de que trata el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y que no cuenta con el beneficio de la pensión de gracia carece de todo beneficio similar o equivalente al de la mesada adicional que consagra el régimen

general de pensiones en el artículo 142 de la Ley 100". La Corte declaró la exequibilidad de esa disposición en el entendido de que "su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar".

[35] (MP. Eduardo Montealegre Lynett) Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993: "Artículo 279.- 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. (...)." Para concretar su cargo, el demandante presentó un ejemplo de la mencionada discriminación: "según su interpretación, si esos servidores públicos se han vinculado a la Fuerza Pública antes de la vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, sólo se les reconocerá la pensión de invalidez con la pérdida del 75 % de su capacidad psicofísica, mientras que a los otros trabajadores se les reconoce la pensión de invalidez con un 50% de pérdida de su capacidad psicofísica, aun en el evento en que hayan sido vinculados antes de la vigencia del sistema de seguridad social. Señala también como una razón adicional para considerar violado el derecho a la igualdad, el hecho de que a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, de la misma manera que al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, se les reconozca la pensión de invalidez con la pérdida de un 50 % de su capacidad laboral, siempre que se hayan vinculado a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993". Finalmente, la Corte declaró exequible "la expresión acusada "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" del inciso primero del artículo 279 de la Ley 100 de 1993", para lo cual reitero que "en reciente oportunidad, esta Corte analizó específicamente el problema planteado por el demandante y concluyó que no había discriminación. En efecto, la sentencia C-890 de 1999, MP Vladimiro Naranjo Mesa, estudió una demanda dirigida contra las disposiciones que exigen a los miembros de la Fuerza Pública una incapacidad sicofísica del 75% para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, pues consideró que era discriminatoria por cuanto los trabajadores afiliados al régimen de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a la misma prestación, a partir de una incapacidad del 50%."

[36] Sentencia T-348 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[37] Sentencia C-080 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero). Allí la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra los artículos 174 (parcial) del decreto 1212 de 1990, 131 del decreto 1213 de 1990 y 125 (parcial) del decreto 1214 de 1990, por considerar que estos desconocen el principio de igualdad, porque consagran una prerrogativa para los hijos de los oficiales, los suboficiales y el personal civil de la Policía Nacional, a saber la posibilidad de prolongar la sustitución pensional para los hijos hasta que cumplan 24 años, si continúan estudiando, beneficio que no se prevé para “los hijos de los agentes de la institución, a pesar de que éstos también tienen la expectativa de educarse.” Según su criterio, esa diferencia de trato es inadmisibles, ya que los hijos de los miembros de la Policía fallecidos “son sus descendientes-herederos, y gozan todos ellos como beneficiarios de la misma asignación de pensión de sobrevivientes, mas no se justifica que a unos de ellos se les abra la posibilidad de seguir gozando de ella, a pesar de llegar a la edad límite, simplemente porque están estudiando”. La Corte concluyó que la diferencia de trato prevista por las normas acusadas es contraria al principio de igualdad pues, como bien lo señala el actor, en relación con la pensión de sobrevivientes, los hijos de los agentes se encuentran en la misma situación que los hijos de los oficiales, los suboficiales y el personal civil de la Policía, por lo cual no existe ninguna razón que justifique que, en un caso, las disposiciones señalen que la pensión se prolonga hasta los 24 años, si el descendiente estudia y depende del causante, mientras que esa posibilidad no se encuentra prevista para los hijos de los agentes. Por lo que la Corte decidió proferir una sentencia integradora, en aras de extender la regulación más benéfica prevista para los otros miembros de la Policía Nacional.

[38] *Ibidem*.

[39] Sentencia T-348 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes).

[40] “Por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente”. Artículo 7º.- “En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión

equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años”.

[41] Sentencia T-167 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez). Allí la Corte analizó la regulación contenida en materia de pensión de sobrevivientes en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 224 de 1972 y el trato discriminatorio que se puede presentar al aplicar el régimen especial de docentes cuando se reclama la pensión de sobrevivientes. La Corte ordenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la luz del régimen general de la ley 100 de 1993, por ser la mas favorable al pensionado.

[42] *Ibídem*.

[43] (MP. Nilson Pinilla Pinilla). La Corte Constitucional tuteló los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso y a la vida digna, de la accionante, por lo que ordenó a la Secretaría de Educación de Neiva y al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer la pensión de sobrevivientes conforme al régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reformativas y complementarias, como única beneficiaria de su hijo y cancelar las mesadas no prescritas.

[44] *Ibídem*.

[45] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” Consejero Ponente; Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación Numero: 680012315000200501238 01 (1259-09). Actor: Luis Alberto Hurtado Pedraza. Demandado: Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

[46] Sentencias 2409-01 del 25 de abril de 2002, 1707-02 del 6 de marzo de 2003 y 0880-07 del 22 de mayo de 2008.

[47] *Ibídem*. Con base en las consideraciones esbozadas, el Consejo de Estado ordenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer la pensión de sobrevivientes al señor Luis Alberto Hurtado Pedraza teniendo en cuenta el Régimen General de pensiones ley 100 de 1993, desde el día siguiente al fallecimiento de su madre.

[48] A folio 14 obra copia del certificado de tiempo de servicio expedido por la Secretaría de Educación y Cultura, donde consta que el docente de vinculación nacional Esper Dussan Sandoval prestó sus servicios por un total de 10 años, 8 meses y 12 días.

[49] A folio 5 a 8 obra copia de las Resoluciones 1480 de 13 de agosto de 2008 y 004 de 2 de febrero de 2009, mediante las cuales se le reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva y un seguro por muerte al petitionerio con ocasión del fallecimiento de su hijo, en las cuales consta que el Señor José Alejo Dussan es el único beneficiario de las prestaciones reconocidas por parte de la Secretaría de Educación y Cultura.

[50] Folio 9 a 10. En esta Resolución, se indicó que “para dar cumplimiento a lo ordenado en la Ley 962 de 2005, se procedió a liquidar la prestación solicitada por los beneficiarios del educador fallecido y se envió a la entidad Fiduciaria Previsora S.A., para su previa aprobación, la cual fue devuelta Negada, con la siguiente observación: “la prestación solicitada en el proyecto pensión post mortem no es una prestación contemplada para este docente teniendo en cuenta que es una prestación de ley 100/93 y este docente fue afiliado en vigencia de la Ley 33 de 1985, la correcta prestación sería de una pensión post mortem 18 años, ahora bien en este orden de ideas el docente inició labores desde el día 29/04/1996 hasta la fecha de fallecimiento 14/12/2006 es decir que el docente laboro 3.826 días razón por la cual no cumple con los 18 años laborados razón por la cual se debe proyectar un nuevo AA indicando la correcta prestación, la normatividad aplicable al régimen legal y negando de fondo la prestación pues no cumple con los requisitos de pensión”

[51] El artículo 7 del Decreto 224 de 1972, “por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente”, estableció: “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”.

[52] Folio 11 a 13.

[53] (MP. Juan Carlos Henao Pérez)

[54] Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” Artículo 46.- Modificado por el Art. 12. Ley 797 de 2003. “Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca 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”.

[55] *Ibíd.*

[57] Sentencia C-556 de 2009 (MP. Nilson Pinilla Pinilla). En esta sentencia, la Corte estudió la acción pública de inconstitucionalidad contra los literales a y b del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en el cual se establecen los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Mediante los literales acusados del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 fueron aumentados los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues en el anterior artículo sólo se exigía que el afiliado fallecido, si se encontraba aportando al régimen, hubiera cotizado un mínimo de 26 semanas al momento de producirse el deceso; y si había dejado de cotizar, hubiese efectuado aportes como mínimo por 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el fallecimiento. Mientras que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó la norma original, exige que el afiliado fallecido (i) hubiera cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años (los inmediatamente anteriores al fallecimiento) y (ii) que se acrediten los requisitos contemplados en los literales a) y b) de dicho artículo 12 acusado, donde se requiere, para que los beneficiarios tengan derecho, que los afiliados demuestren una fidelidad de cotización al sistema de al menos el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento. Respecto de la introducción de un nuevo requisito para obtener la pensión de sobrevivientes la Corte consideró que “la exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, es una

medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes". Para sustentar lo anterior, este Tribunal hizo referencia al principio de progresividad y a su importancia en el ordenamiento jurídico: "El deber asumido por el Estado al respecto es de no regresividad, es decir, no es legítimo, en principio, adoptar medidas ni sancionar normas jurídicas que disminuyan los derechos económicos, sociales y culturales de los que disfruta la población. || Dado que, por regla general, el Estado se obliga a mejorar el cubrimiento y calidad de estos derechos, simultáneamente asume la proscripción de reducir los niveles vigentes o derogar los ya existentes. Es decir, no pueden existir reformas regresivas, salvo que exista una justificación de raigambre constitucional. || Por tanto, dentro de la normatividad constitucional se pregona la progresividad de los derechos, lo cual significa, en principio, que han de ser mejorados o dejados igual, pero no disminuidos. Por eso, los mínimos básicos que garantizan las políticas públicas de un Estado, deben ser progresivos y facilitar las estrategias de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. || (...) De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en materia de progresividad de los derechos sociales, el Pacto de San José de Costa Rica y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, las medidas regresivas, en cuanto constituyen disminución en la protección que haya alcanzado un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias al Pacto Internacional de estos derechos. || En consecuencia, el legislador puede realizar cambios normativos, siempre y cuando exista una clara justificación superior para la excepcional disminución, en la general protección de los derechos sociales y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.". Finalmente, La Corte declaró la inexecutable de las normas demandadas, porque en ellas se estableció el requisito de fidelidad al Sistema, medida que se consideró regresiva, por tratarse de un requisito más riguroso que los consagrados en la norma anterior.

[58] Esta postura ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-730 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-167 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), y T-547 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla). En estas providencias se aplicó el régimen general de seguridad social (artículo 46 de la Ley 100 de 1993) a personas que solicitaban la pensión de sobrevivientes en el régimen especial del Magisterio (artículo 7 del Decreto 224 de 1972), indicándose que este último era menos beneficioso luego de haberse constatado claramente que la prestación era separable, el régimen inferior y no había compensaciones.