

**APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN PENSIÓN DE
SOBREVIVIENTES DEL RÉGIMEN LEGAL DOCENTE EN SECRETARIA DE
EDUCACIÓN DE NARIÑO**

**LEIDY YOHANA PRADO GALARZA
JONNY UNIGARRO DE LA PORTILLA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

**APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN PENSIÓN DE
SOBREVIVIENTES DEL RÉGIMEN LEGAL DOCENTE EN SECRETARIA DE
EDUCACIÓN DE NARIÑO**

LEIDY YOHANA PRADO GALARZA

JONNY UNIGARRO DE LA PORTILLA

**Trabajo de Grado Presentado como requisito para optar el título de
Especialista en Derecho Administrativo**

Asesora

Dra. ISABEL GOYES MORENO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO**

2012

Las ideas y las conclusiones presentadas en este trabajo de grado son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

Artículo 1 acuerdo N° 324 de Octubre 11 de 1966, emanada del Honorable Consejo Académico de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado 1

Jurado 2

San Juan de Pasto, noviembre de 2012

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo no hubiera sido posible sin la asistencia de varias personas entre ellas amigos y compañeros de la universidad que de una u otra forma aportaron las varias fuentes que lo nutren. Reconocimientos a nuestras familias por el apoyo incondicional. Son la fuerza de todo lo que hacemos.

Especial agradecimiento a la Dra. Isabel Goyes Moreno, que desde nuestros inicios como estudiantes de pregrado en nuestra querida Universidad de Nariño, nos enseñó con rigor e inspiración a cultivar la reflexión jurídica siempre en busca de soluciones a los grandes problemas del derecho laboral y la seguridad social.

LOS AUTORES

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	17
1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	18
1.1 SEGURIDAD SOCIAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES	18
1.2 ÁMBITOS LEGALES DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.	23
2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	32
2.1 LA JURISPRUDENCIA Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	32
2.2 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA	36
2.3 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VINCULANTE PARA LA ADMINISTRACION.	40
2.4 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES	46
3. APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN LA SECRETARIA DE EDUCACION DE NARIÑO EN MATERIA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES	52

3.1	COMPETENCIAS DE LAS SECRETARIAS DE EDUCACIÓN DE ENTES CERTIFICADOS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	52
3.2	APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE NARIÑO EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	55
4.	OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO GARANTICE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES	61
4.1	OBLIGATORIEDAD PARA LA ADMINISTRACIÓN DE RECONOCER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN CASOS DONDE HAYA CONFLICTO NORMATIVO DEL RÉGIMEN DOCENTE EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD E IGUALDAD	62
4.2	ESTABLECIMIENTO DE GARANTÍAS FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS DENTRO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE PENSIONES DE SOBREVIVIENTES PRODUCTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD E IGUALDAD PARA DOCENTES VINCULADOS ANTES DE LA LEY 100 DE 1993	65
	CONCLUSIONES	68
	BIBLIOGRAFIA	70

LISTAS DE TABLAS

	Pag.
Tabla 1. Sentido de la Decisión en Sede Administrativa	56
Tabla 1. Fallos Contencioso Administrativos	58

RESUMEN

La ley 100 de 1993, exceptuó de su vigencia a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, a quienes se les siguió aplicando la normatividad anterior. Sin embargo con la ley 812 de 2003(artículo 81) se extendió su vigencia a los maestros oficiales que se vinculen al servicio público educativo a partir de la presencia de la última. Así se divide el régimen legal de pensiones docente creando conflictos en su aplicación, cuyo caso representativo es la pensión de sobrevivientes regulada anteriormente con el nombre de pensión post mortem por el Decreto 224 de 1972, ley 12 de 1975, y Decreto 1160 de 1989.

Ahora el recurso ante la disconformidad aparente entre los dos universos legales, es la aplicación constitucional del derecho a la igualdad y el principio de favorabilidad, regla que permite elegir aquella norma que resulte más benéfica para el trabajador.

La Secretaria de Educación y cultura del departamento de Nariño, tiene potestades para reconocer y pagar prestaciones sociales con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la entidad fiduciaria administradora de sus recursos. Determinar si la administración departamental aplica el precedente jurisprudencial referente al derecho a la igualdad y favorabilidad en materia de seguridad social para las pensiones de sobrevivientes, previo análisis de los componentes teóricos esenciales es el tema del presente trabajo.

ABSTRACT

Law 100 of 1993, exempted its validity official teachers affiliated to the National Social Benefits of the Magisterium, created by Act 91 of 1989, who have continued to apply the previous regulations. However with the law 812 of 2003 (Article 81) extended its validity official teachers become parties to public education services from the presence of the latter. This divides the statutory pension scheme teachers creating conflicts in their application, which case is representative survivor pensions previously regulated pension name post mortem by Decree 224 of 1972, Act 12 of 1975 and Decree 1160 of 1989.

Now the appeal before the apparent disagreement between the two legal universes, is the application of constitutional right to equality and the principle of favorability, rule that lets you choose the law which is most beneficial to the employee.

The Ministry of Education and Culture of the department of Nariño, has powers to recognize and pay benefits under the National Fund for Social Benefits of Teaching through the trustee administering its resources. Determine if the departmental administration applied precedent regarding the right to equality and favorability social security pensions for survivors, after analysis of the essential theoretical components is the subject of this paper.

INTRODUCCION

La Constitución Política de Colombia, trajo consigo entre sus más notables novedades, la necesidad de construir un Estado social de derecho en el cual, todos los colombianos puedan acceder al beneficio de unos derechos sociales de corte fundamental. Precisamente el sistema de seguridad social presente en el artículo 48, canon contenido en el capítulo de los “Derechos Sociales, Económicos y Culturales”; contiene en forma in extenso la regulación de la seguridad social en Colombia utilizando el detalle y la minuciosidad técnica propia de una ley de la república. Sin embargo en sus primeros incisos se determinan tres principios en que esta se basa: eficiencia, universalidad y solidaridad. El principio de la universalidad: hace relación al cubrimiento de todos los miembros de la sociedad colombiana sin ninguna discriminación. El principio de eficiencia, es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para los beneficios a que da derecho le sean prestados en forma oportuna, adecuada y eficiente. Por último aparece el principio de solidaridad, que entraña la ayuda y respaldo entre los miembros de la comunidad integrantes del sistema.

La seguridad social, tal como la determinó la carta fundamental en el artículo ya citado como definición sustancial, se refiere a dos ámbitos integradores. De un lado como “servicio público de carácter obligatorio” y de otro como “un derecho irrenunciable”; por lo cual según lo dicho en múltiples oportunidades por la Corte Constitucional, puede indicarse que dentro de nuestro Estado, la seguridad social es esencialmente un derecho de todas las personas sin ningún distingo, mismo que se plasma mediante la prestación de un servicio estimado público y de carácter obligatorio.

Ahora bien, en un sentido amplio y a partir de los pronunciamientos de la máxima guardiana de la Constitución Nacional, se considera que la Seguridad Social

abarca un campo de acción factiblemente ilimitado, pues tiene relación con el bienestar físico y social del individuo y la colectividad, en general. Involucra, en consecuencia, aspectos tales como salud, recreación, seguridad interna y externa, derecho al trabajo, una pensión vitalicia, el derecho a la pensión de sobrevivientes entre otros. La responsabilidad de este derecho que se consideró irrenunciable en el artículo 48 superior quedo en cabeza del Estado, mismo que se ha encargado de tratarlo mediante sus mecanismos de poder, como son las leyes de la república.

Pues bien, la Ley 100 de 1993, enmarca la Seguridad Social Integral, como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

El sistema general de seguridad social integral consagrado en la ley 100 de 1993, exceptuó en un principio de su aplicación algunos sectores, entre ellos los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, a quienes por excepción en consecuencia se les siguió aplicando la normatividad anterior, esto es los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, Ley 71 de 1988 y ley 33 de 1985. Sin embargo más adelante el sistema general de seguridad social se extendió igualmente a los docentes oficiales mediante la Ley 812 de 2003(artículo 81) cuya vigencia afecta a los maestros oficiales que se hayan vinculado al servicio público educativo a partir de la vigencia de esta norma, esto es a partir del 26 de junio de 2003, siendo aplicables a los demás docentes la legislación anterior ya citada.

A partir de la Reforma planteada en la ley 812 de 2003 se establecen entonces lo que podríamos llamar dos universos jurídicos distintos para los docentes oficiales, bifurcándose en consecuencia el régimen legal aplicable, ya que no solo hay dos normas aplicables, si no que por lo mismo estas crean consecuencias dispares e incluso incompatibles para resolver un mismo hecho, todo lo cual obviamente origina conflictos.

El caso representativo de la diferencia legal creadora de conflictos es precisamente la pensión de sobrevivientes. En efecto la pensión de sobrevivientes que se genera para un maestro vinculado antes de la ley 812 de 2003, se conoce como pensión post mortem 20 años y el derecho lo tienen en forma vitalicia los beneficiarios del afiliado que fallece habiendo cumplido 20 años de servicio oficial continuo o discontinuo sin importar la edad, mientras que para un docente vinculado con posterioridad basta con 50 semanas de cotización, dentro de los tres años anteriores al fallecimiento para que se reconozca el derecho. Así, si un docente, digamos cursó 12 años de servicio (alrededor de 625 semanas), sus hijos o esposa no tendrían hipotéticamente derecho a prestación alguna. De idéntica manera se viene aplicando en la llamada pensión post mortem 18 años, contemplada en el Decreto 224 de 1972. Así en el artículo 7º del mencionado decreto estableció a favor del cónyuge supérstite y de los hijos menores de todo docente fallecido una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba al momento de su muerte siempre que el docente hubiese “trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o discontinuos”. La pensión no es vitalicia y se suspende su pago a los 5 años de vigencia, pues la norma estableció que esta no excedería tal periodo, siendo una nueva situación disímil generadora de quebrantamiento de derechos de primera categoría, si se compara con el régimen establecido en la ley 100 de 1993.

Las situaciones anteriores u otras análogas las define la administración educativa departamental de Nariño, por medio de actos administrativos susceptibles de la vía gubernativa y por supuesto del control de legalidad por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, el escenario primero para la defensa de los derechos e intereses particulares conculcados por la actividad de la administración, así como para garantizar la supremacía del orden jurídico, es la llamada vía gubernativa donde esta como se sabe puede reformar, aclarar e incluso revocar sus propios actos en beneficio del administrado.

La Secretaria de Educación y cultura del departamento de Nariño, tiene potestades en virtud del decreto 2831 de 2005, regulador del artículo 56 de la ley 962 del mismo año, para reconocer este tipo de prestaciones sociales y pagar con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tales prerrogativas, a través de la entidad fiduciaria administradora de sus recursos. Indagar si la administración que nos ocupa, esto es la secretaria de educación de Nariño, en la aplicación de la normatividad correspondiente a los dos regímenes pensionales, aun definiendo situaciones disimiles como las nombradas, las resuelve con la aplicación clara del precedente jurisprudencial es la tarea del presente trabajo.

En efecto la solución ante el desacuerdo entre los dos universos legales es la aplicación constitucional del derecho a la igualdad y aplicación bastante clara del principio de favorabilidad, regla que permite elegir aquella norma que resulte más benéfica para el trabajador, y si ello es así la seleccionada deberá ser aplicada en su totalidad, en su integridad; es decir, que no hay la posibilidad de fraccionar su contenido para extraer de todas las normas otra diferente que resulte aun más favorable (Corte Constitucional C-369/04). Con ello se logra descartar el aparente conflicto normativo entre los dos universos jurídicos pensionales, pues por

principio de favorabilidad no sería posible aplicar en este caso, sin más las normas anteriores al sistema general de pensiones, sencillamente por ser nocivas para las personas que aspiran a la pensión de sobrevivientes. Más aun la jurisprudencia citada interpretando el derecho a la igualdad y el principio de favorabilidad, no solo otorga la facultad de aplicar la norma favorable, si no al hacerlo debe por lógica necesariamente aplicarse en su integridad la normativa total, con lo cual no queda conflicto alguno entre las normas bajo estos raciocinios. Tales argumentos fueron confirmados por la Corte Constitucional en la sentencia C-461 de 1995, que declaró exequible el aparte del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que se refiere a la excepción de aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedando sentado que las excepciones en la aplicación de las normas generales establecidas en el mismo régimen para atender a la aplicación de normas especiales que gobiernan el caso concreto debe usarse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario ello 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.

De modo entonces que bajo el anterior contexto de una posible postura administrativa de la Secretaria de Educación departamental, se proyecta la pregunta si la administración está aplicando o no el precedente judicial en esta materia, cuando se repite los jueces de la república y de hecho las altas cortes han encontrado una solución jurisprudencial ante este conflicto de regímenes, que otorga la solución.

Pues bien en este punto debemos indicar que la ley 1437 de 2011, o nuevo código contencioso administrativo, trae en el Artículo 10, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia para la administración, de donde resulta que esta al adoptar decisiones de su competencia, debe tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial además de aplicar “las disposiciones constitucionales,

legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos”. Tal canon fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-644 de 2011, en el entendido que las autoridades deben tener en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, “sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.”

Lo anterior significa para el problema planteado en esta ocasión que las prácticas administrativas deberán obligatoriamente cambiar no solo respondiendo a la necesidad de modernizar los procedimientos administrativos en acatamiento de la ley si no que las decisiones administrativas deben alcanzar en todo caso la protección efectiva de los derechos de los administrados. De modo que esta obligación por parte de las autoridades administrativas, entre ellas la Secretaria de Educación Departamental, de observar los lineamientos judiciales para el reconocimiento de sus decisiones en este caso en materia de pensión de sobrevivientes en el régimen legal docente, supone un análisis de que tanto se ha aplicado o acogido el precedente en sus disposiciones, dado la instauración frecuente de procesos judiciales, desgastantes de la justicia y como no de la misma administración educativa departamental de Nariño.

El problema que pretendemos resolver en este ensayo, se ubica entonces en determinar si en la Secretaria de Educación Departamental de Nariño, se acoge o no el precedente jurisprudencial en materia de pensión de sobrevivientes dentro del régimen legal docente, ante las situaciones dispares que crea la vigencia de dos regímenes pensionales para los maestros.

Para lo anterior recurriremos a caracterizar los fundamentos Constitucionales y legales del régimen pensional docente en materia de pensión de sobrevivientes, lo cual nos permitirá establecer la identificación del conflicto y efectuar el diagnóstico de vulneración de los derechos fundamentales en la aplicación práctica del operador jurídico ante el régimen pensional advertido. Tal establecimiento nos obligará a definir si se está o no aplicando el precedente jurisprudencial, como solución al conflicto evidente de vulneración de derechos por parte de la administración, en materia de pensión de sobrevivientes del régimen pensional docente para así arribar a determinar el precedente jurisprudencial que soluciona los problemas de aplicación del régimen pensional docente en materia de pensión de sobrevivientes, conocer como se aplica el precedente judicial en materia de pensión de sobrevivientes en las decisiones de la administración educativa departamental en los últimos años y para concluir Prescribir observaciones y recomendaciones para que la administración garantice los derechos de los usuarios y orientar las actuaciones de sus funcionarios en esta materia.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

1.1 SEGURIDAD SOCIAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES

En relación con la connotación constitucional de la pensión de sobrevivientes en el ámbito de los docentes oficiales, es necesario ubicar ineludiblemente el derecho en el terreno de la seguridad social, ya que como lo veremos a continuación, la seguridad social como prerrogativa constitucional, impone que la satisfacción de dicha garantía sea realizada mediante la consagración de prestaciones concretas, tal y como es el goce de la pensión de sobrevivientes.

En efecto a dicho la H. Corte Constitucional, como máxima guardiana de la carta política de Colombia, que el artículo 48 de la norma superior estableció la seguridad social como un bien jurídico de doble configuración. De una parte, como un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado y de otra, como un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional.¹

La naturaleza de servicio público y derecho que exhibe la seguridad social implica que es una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual debe realizarse de manera continua y obligatoria de acuerdo a disposiciones de derecho público; siendo una actividad que como quedo consagrado en el artículo superior antes citado, corre a cargo del Estado. Es del caso puntualizar que dicha calificación conlleva también la obligación de satisfacer por parte del estado dicha garantía mediante la consagración de prestaciones sociales concretas y específicas, así como el diseño de una estructura que establezca las entidades encargadas de prestar el servicio, la fijación de los

1 Sentencia C 623 de 2004.

procedimientos que se han de seguir para acceder a las prestaciones que el Sistema otorga, y la provisión de los fondos económicos que garanticen su funcionamiento.²

De idéntica manera y específicamente, la seguridad social como derecho constitucional ha adquirido dentro de nuestro ordenamiento jurídico la connotación de garantía primordial, toda vez que ha cumplido con los criterios de “fundamentabilidad” que ha caracterizado la H. Corte Constitucional, y ello en tanto que esta se concreta de derechos subjetivos prestacionales y su goce y disfrute está íntimamente relacionado con la satisfacción de los restantes derechos humanos de cardinal importancia en la efectivización del principio de dignidad humana.

En segundo término, la orientación de la seguridad social como derecho constitucional implica que su interpretación se haga “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Art. 93.2 C.P). De tal manera que el contenido y trascendencia de este derecho se sustenta de los patrones de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, así como de las observaciones y recomendaciones generales emitidas por los órganos de supervisión.³

Para efectos de la presente labor, nos interesa por sobre todo el principio de universalidad en la cobertura de la seguridad social, principio que se sintetiza en el derecho de toda persona pueda acceder a las prestaciones contempladas en el Sistema, sin ningún tipo de discriminación y en cualquier etapa de la vida. Así lo planteó la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2008 cuando indicó:

2 Corte Constitucional Sentencia T-580 de 2007.

3 Corte Constitucional Sentencia T-580 de 2007 y Sentencia T-414 de 2009.

“En relación con el último punto, cabe recordar que según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad”.⁴

Siendo así, se indica entonces que todas las personas sin distinción alguna deben gozar y ser beneficiarios del sistema de seguridad social, esto es que el sistema no es exclusivo de unos si no derecho de todos, teniendo como objeto ultimo proteger a la persona sin importar otro factor. Así se ratifica que el acceso a la seguridad social es un derecho humano, y fundamental elevado a nivel de la norma de normas.

Por su parte la ley 100 de 1993, encuadra la Seguridad Social, como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad; criterio legal que contextualiza técnicamente como ha de alcanzarse y aplicarse el derecho y además sintetiza de manera perfecta los principios

⁴ Corte Constitucional Sentencia T-580 de 2007 y Sentencia T-414 de 2009.

teleológicos constitucionales, que acomodan la norma principal de seguridad social que existe en Colombia, a nivel constitucional.

De modo entonces que si la seguridad social tiene un doble contexto de servicio público y de derecho, siendo su ámbito teleológico, la realización de la dignidad humana a través del goce de prerrogativas, que duda queda que la pensión de sobrevivientes es no solo una de sus derivaciones si no un autentico derecho primario. No debe olvidarse que la prerrogativa tiene por objeto principal brindar una especial protección de tipo económico a la familia del pensionado que fallece, pero de fondo pretende evitar que las personas allegadas al trabajador y favorecidas del beneficio queden por el hecho de su fallecimiento en el desamparo.

En sentencia C-1094 de 2003, la H. Corte Constitucional, refiriéndose a la pensión de sobreviviente, señaló que la “finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades”. Asimismo, la misma corporación en providencia C-336 de 2008 puntualizó que “la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad”.

Pues bien a partir de la finalidad asignada a la pensión de sobrevivientes por la H. Corte Constitucional, la alta corporación ha identificado la existencia de tres

presupuestos sobre los que se erige la pensión de sobrevivientes: - principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, de acuerdo con el cual “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”(Corte Constitucional, Sentencia C-1176 de 2001). ; -- principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado.(Corte Constitucional Sentencia C-1035 de 2008) y;-- principio de universalidad del servicio público de seguridad social, “toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante”⁵

Tales características definen entonces que la pensión de sobrevivientes, incluida la que se consagra para los docentes oficiales, es un derecho fundamental de los allegados del pensionado fallecido o del cotizante al sistema de pensiones, que tiene por objeto mantener la estabilidad económica y social, por medio del goce de una prestación económica que la garantice, sobre la base que se trata de una expresión primordial de la seguridad social. Este contexto constitucional define a la sazón también que se trata de defender también el llamado mínimo vital, pues si la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado a los allegados dependientes y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio radical de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación, esta finalidad no hace otra cosa que enfatizar el mínimo vital.

5 Corte Constitucional Sentencia C-336 de 2006.

Por último y para cerrar este abundante tema, vale la pena resaltar que los requisitos para su goce, así como los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por fallecimiento del afiliado o del pensionado, como su liquidación, status y demás se encuentran señalados en la ley de manera taxativa como lo pasamos a ver a continuación.

1.2 ÁMBITOS LEGALES DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

El legislador en materia pensional de docentes que prestan sus servicios al sector oficial, reguló dicha situación mediante la Ley 91 de 1989, a través de la cual creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encargado de pagar las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales. La misma norma clasificó a los docentes que afiliaría como nacionales, nacionalizados y territoriales, para efectos de distribuir entre la Nación y las entidades territoriales, las obligaciones prestacionales a su cargo y de paso relacionar que régimen pensional se aplicaría a los mismo. Así es que tal norma dispuso:

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

“ ...

“2. Pensiones:

“A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

“B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

De igual manera en la Ley 115 de 1994, denominada “Ley General de la Educación” se reiteró que el régimen prestacional de los educadores estatales es el previsto en la Ley 91 de 1989, ley 60 de 1993 y en la citada Ley así:

“Art. 115: “Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley. / De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. / En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

Ahora bien, el decreto 196 del 25 de enero de 1995 reglamentó parcialmente el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, establece que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal debe ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respetando el régimen prestacional vigente de la entidad territorial que los haya vinculado, indicando las condiciones para la afiliación de los docentes territoriales al Fondo y la causación de prestación el cual deberá certificarse al momento de la afiliación debió estipular el régimen prestacional aplicable.

Para tal efecto se tiene que los docentes territoriales, son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, norma que indica que en adelante ninguna entidad territorial local o seccional, podrían poner a cargo de la nación nuevas plazas de maestros sin la previa autorización del Ministerio de Educación Nacional.

Lo anterior significa que con la entrada en vigencia de la norma que creó la cuenta de la nación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se pretendió unificar a cargo de una sola cuenta las prestaciones de los maestros, que hasta esa fecha se pagan con cuenta a múltiples cajas territoriales y solo los docentes nacionales estaban en “nomina” de la nación. Ahora esta ley deja también en claro que si bien los maestros oficiales no contaban con un régimen especial de pensiones, se les aplicaba dependiendo de la clasificación de nacional, nacionalizado o territorial, para el efecto las normas de carácter nacional para todo empleado público, o las que venían gozando al entrar en vigencia las respectivas normas; haciendo las salvedades respectivas para la llamada pensión gracia. Pues bien ello significa que para efectos de la pensión de sobrevivientes se aplica las siguientes normas:

Ley 12 de 1975, Ley 71 de 1988, Decreto 1160 de 1989 para la llamada pensión post mortem 20 años; y el Decreto 224 de 1972 para la pensión post mortem 18 años. Respecto de la primera pensión mencionada, tienen derecho a la misma en forma vitalicia los beneficiarios del afiliado que fallece habiendo cumplido 20 años de servicio oficial continuo o discontinuo sin importar la edad. La mesada equivale al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la fecha de status, esto es la muerte del docente oficial.

Es así como la ley 12 de 1975, Artículo 1º establece que:

“ El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge *si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.*”

Lo cual nos lleva a la ley 33 de 1985 que establece en el canon 1, el tiempo legal mínimo para adquirir el derecho a la jubilación del “trabajador del sector publico” de la siguiente manera: “Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”

Por su parte el derecho a la pensión post mortem 18 años, lo tienen durante cinco años el cónyuge y los hijos menores del afiliado que fallece habiendo cumplido 18 años de servicio oficial continuo o discontinuo sin importar la edad. De tal manera que el Artículo 7º del Decreto 224 de 1972. Determina “- 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”

Hasta aquí las normas que hasta la fecha se vienen aplicando para los docentes oficiales en materia de pensión de sobrevivientes. Pero que connotaciones tiene este frente al sistema de seguridad social integral teniendo en cuenta que este contempla como tal la pensión de sobrevivientes. Veamos, la Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, norma que también pretendía como el anterior unificar los múltiples regímenes y normas distintas que existían antes de su expedición para crear un solo sistema para todos extendiéndolo incluso a sectores que típicamente nunca estuvieron cubiertos por la seguridad social y solucionar así una serie de desequilibrios e inconsistencias que en nuestra opinión, todavía no se acaban de solventar. Ahora bien no obstante lo anterior el sistema no cubrió a todos ya que la ley en comento en su artículo 279 exceptuó de su campo de aplicación a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 así:

“ARTICULO 279.EXCEPCIONES: El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de 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.

Vale la pena mencionar que el aparte referido a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se declaró exequible condicionalmente en la Sentencia C-461 -95, proferida el 12 de octubre de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, bajo el entendido que el establecimiento de regímenes

especiales, como aquellos establecidos en el artículo 279 de la Ley 100 que garanticen con relación con el régimen pensional ordinario, un nivel igual o superior resulta conforme a la Constitución, por ser favorable a los trabajadores que cobija, pero si se determina de la lectura del régimen especial que es inequitativo y desfavorable con relación al general; esto transgrede la filosofía prevista en nuestra carta constitucional y específicamente en el artículo 13 de la Carta, la providencia en cita señaló lo siguiente:

“No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta”

En la misma providencia recalca la corte, que el trato diferenciado que se otorga a las personas afiliadas al Fondo Nacional de seguridad social del Magisterio se funda en la protección de los derechos adquiridos de este grupo de trabajadores, siendo por tanto que la intención del legislador al excluir a los afiliados del Fondo Nacional de Seguridad Social del Magisterio del régimen general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro que proteger los derechos adquiridos que es “motivo suficiente para establecer excepciones al régimen general.”

Ahora, el mismo artículo 288 de la precitada Ley 100 de 1993 desarrolla e imprime en su contenido la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, al prescribir taxativamente lo siguiente:

“Artículo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Ley y en Leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en Leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.”

Sin embargo tiempo después y en el mismo afán unificador y en presencia de deficiencias financieras del sistema, el régimen general de pensiones se extiende también a los docentes oficiales a partir de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, norma que en el artículo 81 se determinó en el acápite del caso.

“Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.”

La entrada en vigencia de tal norma acaeció a partir del 26 de junio de 2003, cuando se publicó en el diario oficial, pero llegó a constitucionalizarse con el acto legislativo 1 de 2005, donde definitivamente se deja en claro las intenciones del Estado Colombiano de extinguir completamente cualquier excepción al sistema de seguridad social. Cuando cursaba el proyecto de acto legislativo, se trajeron a cuento nuevamente las inconsistencias y deficiencias del sistema, por sobre todo al existir excepciones al mismo y de ahí que la tesis era que la reforma la corregiría, así que en la ponencia de en la cámara de representantes argumentaba el representante Mario Escobar en el año 2004: “Si bien es cierto que actualmente la Constitución Política contempla que corresponde al legislador regular el servicio de seguridad social y ello permite que el legislador establezca diversos sistemas para diversas situaciones, esto, a la postre, ha permitido que se presenten tratamientos inequitativos. (...)En la medida en que la posibilidad de establecer regímenes distintos deriva de la competencia del legislador para regular el régimen de seguridad social, la única forma de asegurar un tratamiento uniforme para todos los colombianos es a través de una reforma constitucional que así lo imponga”. La reforma tuvo éxito, aunque no extinguió totalmente los regímenes de excepción, en el ámbito docente constitucionalizo, como dijimos lo dispuesto en el artículo 81 de la ley 812 de 2003.

Este es el nacimiento que a partir de la reforma comentada, establece dos universos jurídicos para los docentes en materia de seguridad social en pensiones. El primero se ubica frente a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados con anterioridad al 26 de Junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 los cuales se seguirán rigiendo por la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos según la norma en cita: “El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”. El otro régimen legal con sus consecuencia jurídicas, hace

referencia a los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir aquellos que se vinculen al servicio público educativo oficial a partir del 26 de junio de 2003, los cuales se les aplica a efectos de la pensión de sobrevivientes lo establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Frente a la prestación como tal esta se encuentra en Art. 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, que otorga el derecho a los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y 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.

Las reformas a los regímenes laborales de los trabajadores colombianos, entre ellos el magisterio, por medio de leyes e incluso reformas constitucionales, se considera el resultado concreto de los programas de estabilización y de ajuste estructural a nivel macro del Estado Colombiano. Los programas de estabilización tienen que ver principalmente con dos conceptos que los economistas distinguen como la inflación y el déficit en la balanza de pagos. El último concepto esto es el déficit, hace que muchos países recurran en solicitud de ayuda a la banca internacional, la cual propicia la financiación del déficit siempre que haya aprobación de las políticas económicas del país solicitante. De este ejercicio provienen medidas como la reducción de la inversión social y en general el drástico recorte de derechos y garantías en los regímenes laborales y de seguridad social de los trabajadores, principalmente aquellos al servicio del Estado.⁶

6 STALLINGS, Bárbara, “La influencia internacional en las políticas económicas: deuda, estabilización y reforma estructural”. En: Stephan Haggard y Robert R. Kaufman, compiladores, La política de ajuste económico, Las restricciones internacionales, los conflictos distributivos y el estado, CEREC, Colombia, 1994, p. 93.

Al margen de la discusión necesaria si esta reforma se constituye en un retroceso en materia de seguridad social para los maestros colombianos, que sin duda han sufrido menoscabo de toda índole de sus prerrogativas, y por sobre todo los docentes que han ingresado al servicio a partir de la reforma, nuestro siguiente paso en el presente trabajo, es considerar únicamente las consecuencias de la existencia de estos dos regímenes legales de pensiones de sobrevivientes y los conflictos que pueden darse para el operador jurídico y que efectivamente se presentan como resultado de la diferencia evidente de ambos regulando situaciones similares con consecuencias distintas. Es decir nuestra discusión proviene de la aplicación práctica de la ley ya existente y vigente, especialmente en la Secretaría de Educación de Nariño, y no de los márgenes políticos, sociales y económicos que condujeron a tal reforma. Esta división de regímenes legales ya existe, con beneficios y perjuicios en muchos sentidos y se está aplicando día a día con todas sus consecuencias. Esta delimitación nos permitirá tocar el tema desde este ángulo de tal manera que arribemos al punto central de nuestra labor y es la aplicación del precedente en la administración educativa departamental de Nariño.

2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

2.1 LA JURISPRUDENCIA Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

Antes de entrar a estudiar el tema de la aplicación del precedente jurisprudencial dentro de la administración educativa departamental, es del caso observar algunas definiciones previas sobre la jurisprudencia y el Precedente jurisprudencial. En cuanto a la jurisprudencia podemos indicar que son varias las definiciones y conceptos que ha presentado la misma jurisprudencia y la doctrina acerca de que es aquella. Hablando en términos de las altas cortes precisamente La Corte Suprema de Justicia considera que jurisprudencia es:

“ ... el resultado de la ponderación detenida y profunda de las diversas tesis expuestas sobre los puntos de derecho discutidos por los litigantes, analizados por doctrinantes y estudiados por los jueces en las instancias; de tal suerte que las decisiones doctrinales referidas están soportadas en la experiencia, el conocimiento de los diversos planteamientos esgrimidos en el desarrollo de los debates judiciales y aún en la actividad académica, de manera que sus juicios, así debe entenderse, son los que aclaran o definen con acierto las imprecisiones de la ley o suplen debidamente los vacíos que ésta revela.” (-Carlos Isaac Nader, Corte suprema de justicia Enero 23 del 2003 Expediente 1870).

Por su parte la Corte Constitucional, quien dicho sea de paso, es la corporación que más ha contribuido a contextualizar en el derecho colombiano los términos del concepto sobre la base de nuestra constitución nacional, ha dicho en la sentencia C -634 de 2011:

“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto. Así por ejemplo, solo dentro del lenguaje

jurídico el término “prescripción” logra los significados más disímiles, lo que demuestra la ambigüedad o polisemia del mismo. Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como “eficiencia”, “razonabilidad” o “diligencia”. Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción...”

En conclusión podemos indicar que la jurisprudencia es una ponderación razonada del juez soportada en la experiencia, el conocimiento de los diversos planteamientos esgrimidos en el desarrollo de los litigios y la teoría del derecho aplicada, que aclara, interpreta, y define las imprecisiones de la ley o llena los vacíos que ésta pueda tener, ubicándola dentro del conflicto que esta resolviendo. La jurisprudencia será entonces, una fuente racional creadora del derecho a partir de la aplicación concreta de la ley al caso específico por parte de los jueces.

¿Que es entonces el precedente jurisprudencial? El autor italiano Michelle Taruffo, en el ensayo Precedente y jurisprudencia, obra traducida por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini, indica refiriéndose a la jurisprudencia y al precedente:

“Antes que nada, existe una distinción de carácter, por así decirlo, cuantitativo. Cuando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudobastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos. La diferencia no es solo de tipo semántico. El hecho es que en los sistemas que tradicional y típicamente se fundamentan en el precedente, generalmente la decisión que se asume como precedente es una sola; más aún, pocas decisiones sucesivas son citadas para

sostener el precedente. De este modo, es fácil identificar cual decisión verdaderamente “hace precedente”. En cambio, en sistemas como el italiano, en los que se alude a la jurisprudencia, se hace referencia generalmente a muchas decisiones. Algunas veces son docenas, o inclusive centenas, no obstante que no todas vengán citadas expresamente.

Esto tiene varias implicaciones, entre las cuales está la dificultad, a menudo difícilmente superable, de establecer cuál debe ser la decisión verdaderamente relevante (si existe alguna), o bien de decidir cuántas decisiones se requieren para poder afirmar que existe una jurisprudencia relativa a una determinada interpretación de una norma.

De otra parte, como sucede a menudo, la cantidad condiciona la calidad, lo que lleva al punto de establecer una diferencia cualitativa entre precedente y jurisprudencia. El precedente provee una regla – susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso.

Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad ó los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente. Aparte de este perfil –sobre el cual regresaré en seguida– permanece claro que la estructura fundamental del razonamiento que llega a aplicar el precedente al caso sucesivo se funda en el análisis de los hechos. Si este análisis justifica la aplicación en el segundo caso de la *ratio decidendi* aplicada en el primero, el precedente es eficaz y puede determinar la

decisión del segundo caso. Se observa que cuando se verifican estas condiciones, un solo precedente es suficiente para fundar la decisión del caso sucesivo.”

Los comentarios del autor no siendo por supuesto su conclusión ni su punto en análisis, nos llevan a recordar que tradicionalmente se ha entendido que existen dos sistemas jurídicos en el mundo del derecho, el del “commonlaw” y el del sistema “continental” originado en el derecho romano. El primero de ellos desarrollado en los países anglosajones y el segundo en Europa. Acordamos que en esencia se entendía que el sistema del commonlaw se fundaba en esencia sobre la base del precedente jurisprudencial y el segundo sobre la ley positiva escrita.

2.2 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

Sin embargo lo anteriormente dicho en capítulo precedente entendemos que el sistema de aplicación del precedente jurisprudencial se ha aprovechado en los dos sistemas citados con evolución distinta. En Colombia donde se suponía que su derecho pertenecía al continental, y en donde la ley escrita fue la piedra angular y tradicional del derecho teniendo como referencia máxima el añejo código civil, que hasta el momento nos rige, ocurrió, que de una u otra forma la jurisprudencia informo también las prácticas judiciales bajo imperio de la constitución de 1886 y en forma evidente a partir de la norma de normas de 1991, la aplicación del precedente y la jurisprudencia ha tenido una evolución importantísima y hoy por hoy, no se puede concebir ninguna ejercicio legislativo, administrativo o judicial que no esté contextualizado sobre esta.

Pues bien, en vigencia de la anterior constitución el legislador expidió la ley 169 de 1896 que en el artículo 4, estableció que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrían aplicarla a casos

análogos. Pero antes de ello se había creado el alto tribunal para efectos del recurso de casación, determinándose de un lado en la ley 61 de 1886, dicho mecanismo legal contra sentencias que violaran e interpretaran erróneamente la ley y más tarde en el artículo 10 de la ley 153 de 1887, se reguló el recurso sobre casos dudosos, haciéndose de la ratio decidendi una norma general. No obstante el sistema jurídico tendía al clásico formalismo legal ya que como se ve la jurisprudencia se constituía solo como un instrumento interpretativo. Así la ley 53 de 1887 en su artículo 4, determinaba:

“Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”

En conclusión la jurisprudencia era un instrumento auxiliar básicamente de interpretación de la ley, aclaraba dudas y en último término no eran vinculantes para los jueces y menos para la administración.

Con la vigencia de la actual constitución merece resaltarse el artículo 241 de la carta política que indica que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, mientras que el artículo 4 ibidem describe a la Constitución “como norma de normas”; Ahora el artículo 20 ibidem reza:

“Los jueces, en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”

A pesar del sentido literal del texto la máxima guardiana de la constitución ha indicado que los precedentes de la Corte Constitucional conforman verdadera doctrina constitucional, y no son simples criterios auxiliares sino verdadera fuente

principal de derecho, que no puede ser rechazada o desconocida arbitrariamente ni por el operador de justicia ni por la administración. Al efecto es clara esta corporación cuando señala en sentencia de unificación 047 DE 1999, cuando al señalar los pasos para modificar el precedente la vinculación del llamado Ratio Decidendi indicando:

“Todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional.

En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. Según la obra el derecho de los jueces escrita por el jurista colombiano Diego Eduardo López Medina, el juez tiene un papel fundamental como creador jurídico, al enunciar el derecho que dirime determinada controversia y más aún si los criterios que utiliza al desempeñar su función contienen valor vinculante para instancias de menos jerarquía.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente,

como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos”.

Teniendo establecido entonces la obligatoriedad para el operador de justicia de seguir el precedente jurisprudencial, surge entonces el problema de determinar que lo constituye, pues recurrir a un número determinado de providencias como lo prescribía la ley antes de la actual constitución, es claro que en los tiempos que nos alcanzan no es un criterio jurídico y ni siquiera técnico.

A Esta conclusión se llega si se analiza algunos pronunciamientos de la Corte. Así en la sentencia C-131 de 1993, sobre el tema de la cosa juzgada constitucional indicó que esta se evidencia de dos maneras: la primera, en forma explícita, en la parte resolutive de la providencia, por disposición expresa del artículo 243 de la Constitución y, la segunda en forma implícita, en los conceptos de la parte motiva que guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la providencia, de manera que no se pueda entender ésta sin alusión de aquellos. Al respecto señaló:

“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas

condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia".

Más aun en la Corte Constitucional ya hablando de sus fallos no de constitucionalidad si no en sede de revisión de tutelas ha dicho que: *"La doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución"*⁷

2.3. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VINCULANTE PARA LA ADMINISTRACIÓN

En sentencia T-292 de 2006 el Tribunal constitucional sintetizó las razones que permiten adjudicar el carácter de fuente formal de derecho a los *precedentes constitucionales* contenidos en las decisiones de esta Corporación. La Corte fundamentó la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* así :

7 Sentencia C-037/ de 1996

“i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación [ratio decidendi], (...). ii) La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta. Igualmente, y en especial respecto de las sentencias de tutela, la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de la fuerza vinculante de la ratio decidendi, tales como iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de confianza legítima (...).”

Recogiendo su jurisprudencia sobre la distinción entre “decisum”, “obiter dicta” y ratio decidendi, la Corporación señaló en sentencia T-292 de 2006 que esta última “corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutive”. Asimismo, recordó que en sentencia SU-1219 de 2001 la Corporación precisó que la ratio decidendi “integra la norma constitucional y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho”.

Más adelante en la sentencia T-292 de 2006 señaló la misma corporación que “aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no”.

De este modo la Corte concluye que para que una decisión judicial pueda considerarse vinculante frente a un caso nuevo, es menester que en la sentencia

que se pretende tener por precedente, se consagre una “*ratio decidendi*” que haya servido de fundamento para solucionar un problema jurídico similar al que se quiere enjuiciar en la nueva oportunidad, a partir de una situación fáctica y jurídica similar.

Ahora bien no existe actualmente ninguna sentencia más representativa del carácter vinculante para la administración del precedente jurisprudencial, como la Sentencia C-634/11, por medio de la cual la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 10 de la ley 1437 de 2011 o nuevo código contencioso-administrativo, el cual como se sabe determina precisamente el deber para las autoridades, en cuanto atiene a la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

Este pronunciamiento es de suma importancia porque define varios puntos que enfatizan la vigencia del carácter vinculante del precedente jurisprudencial para las autoridades administrativas, y específicamente dicho carácter como actividad creadora de derecho y en último lugar, el sentido de esta fuerza vinculante para las autoridades administrativas de la jurisprudencia del consejo de estado y corte constitucional.

Para recordar el artículo en mención dispone:

“Artículo 10. *Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.* Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

Entre los acápites más importantes de la sentencia ya mencionada se tiene lo siguiente, el concepto de jurisprudencia vinculante para la administración y lo relacionado a la jurisprudencia de la corte constitucional en ejercicio de control de constitucionalidad.

Sobre lo primero se dijo:

“La jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la administración. Esto en al menos en dos sentidos: (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia. Ello en tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales. A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales. De igual modo, deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad el ejercicio argumentativo realizado por la autoridad judicial, como de grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores.”

Y más adelante sobre el segundo aspecto se dijo:

“El estándar aplicable cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto. En efecto, el artículo 243 C.P. confiere a las sentencias que adopta este Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución.”

Pero más importante aún la máxima guardiana de la Constitución había concluido antes que:

“En lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Esto en el entendido que dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales. Así, como se ha explicado en esta sentencia, si se parte de la base que (i) las reglas de derecho solo logran su armonización concreta luego de su interpretación; y (ii) la hermenéutica adelantada por las autoridades judiciales investidas de las facultad de unificar jurisprudencia, tiene carácter vinculante; entonces las razones de la decisión de los fallos proferidos en ejercicio del control concreto son un parámetro obligatorio para la aplicación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales en los casos sometidos a su escrutinio. Lo anterior trae como consecuencia necesaria que el grado de vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional para las autoridades administrativas, tenga un grado de incidencia superior al que se

predica de otras reglas jurisprudenciales. Ello debido, no la determinación de niveles diferenciados entre los altos tribunales de origen, sino en razón de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, en tanto la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 C.P.) y, a su vez, se confía a la Corte la guarda de esa supremacía, lo que la convierte en el intérprete autorizado de las mismas (Art. 241 C.P.); entonces las reglas fijadas en las decisiones que ejercen el control constitucional abstracto y concreto, son prevalentes en el ejercicio de las competencias adscritas a las autoridades administrativas y judiciales. Por supuesto, en este último caso reconociéndose las posibilidades legítimas de separación del precedente que, se insiste, están reservadas a los jueces, sin que puedan predicarse de los funcionarios de la administración.”

De los apartes transcritos in extenso podemos sacar las siguientes conclusiones

-No existe la menor duda que el precedente jurisprudencial es vinculante para la administración y no existe ninguna posibilidad jurídica ni constitucional para separarse de ella. La hermenéutica adelantada por las autoridades judiciales investidas de la facultad de unificar jurisprudencia, ya se trate del Concejo de Estado o de la Corte Constitucional tiene carácter vinculante. La autoridad administrativa, está sujeta al precedente constitucional en los mismos términos exigibles a las autoridades judiciales. Sin embargo, la administración, no tiene la posibilidad de separarse del precedente mediante una argumentación persuasiva y razonada como lo pudiera hacer el juez dado su autonomía.

- La jurisprudencia constitucional aun en sede de tutela, y aunque sus decisiones son adoptadas frente a un asunto particular, estas no tienen efectos solamente

inter partes, pues en ellos se determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales, lo que informa la actividad de las autoridades.

-El acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto que las que pudiera expedir el Concejo de Estado, pues al decir del primer tribunal el artículo 243 C.P. confiere a sus sentencias en ejercicio del control de constitucionalidad efectos erga omnes, además de ser fuente formal de derecho.

-la llamada “ratio decidendi”, según lo dicho por la máxima guardiana de la constitución es la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica. Esta parte de la sentencia es precisamente la que tiene fuerza vinculante y se constituye en el precedente jurisprudencial.

-El precedente se aplica esencialmente frente al análisis de hechos análogos del conflicto. En este sentido se tiene en cuenta entonces la semejanza fáctica (hechos y circunstancias) y no por los conceptos jurídicos análogos. Esta situación hace que la jurisprudencia tenga fuerza vinculante y no que sirva solo como jurisprudencia meramente indicativa. Esta regla se impone básicamente con la entrada en vigencia del artículo 10 del nuevo código contencioso administrativo, que estipula como se acabó de advertir, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

2.4. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Como ya lo manifestábamos en el principio de este escrito, el sistema general de seguridad social integral consagrado en la ley 100 de 1993, exceptuó en un principio de su aplicación algunos sectores, entre ellos los docentes oficiales

afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quienes por excepción se les siguió aplicando la normatividad sobre pensiones anterior. Sin embargo lo preliminar el Estado colombiano a través de las continuas reformas en materia de pensiones mas adelante extendió igualmente a los docentes oficiales la vigencia de la ley 100, pero con un corte establecido en la ley 812 de 2003 (artículo 81) pues esta aplicación afecta únicamente a los maestros oficiales que se hayan vinculado al servicio público educativo a partir de la vigencia de esa norma, (26 de junio de 2003). En conclusión a partir de la Reforma planteada en la ley 812 de 2003 se establecen en materia de pensiones dos universos jurídicos distintos para los docentes oficiales, bifurcándose en consecuencia el régimen legal aplicable, pues es obvio que no solo hay dos normas distintas para el mismo grupo de personas, si no que por lo mismo estas crean consecuencias disparejas para resolver un mismo hecho, todo lo cual obviamente origina un conflicto.

El tema referencia de este trabajo y de lo enunciado es precisamente la pensión de sobrevivientes. Lo anterior en tanto que la pensión de sobrevivientes que se genera para un maestro vinculado antes de la ley 812 de 2003, se conoce como pensionport mortem 20 años y el derecho lo tienen en forma vitalicia los beneficiarios del afiliado que fallece habiendo cumplido 20 años de servicio oficial continuo o discontinuo sin importar la edad, mientras que para un docente vinculado con posterioridad basta con 50 semanas de cotización, dentro de los tres años anteriores al fallecimiento para que se reconozca el derecho.

Si se toma la norma desde un ángulo estático y en sentido estrictamente legal, los beneficiarios del docente oficial fallecido y vinculado como tal antes de la ley 812 de 2003, que no haya llegado como mínimo a los 20 años de cotización, no tienen derecho a pensión alguna, no obstante que la norma de pensiones en general— que no les rige por excepción—estipula un mínimo de 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores al fallecimiento para que se reconozca el derecho. Esto es un año de cotización. De manera equivalente se nota la disparidad si se tiene en cuenta la llamada pensión post mortem 18 años,

contemplada en el Decreto 224 de 1972. En esa norma concretamente en el artículo 7º del mencionado decreto se estableció a favor del cónyuge supérstite y de los hijos menores de todo docente fallecido una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba al momento de su muerte siempre que el docente hubiese “trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o discontinuos”. Esta pensión es si se quiere mas inequitativa si se la compara con el régimen pensional en general, ya que no es vitalicia y se suspende su pago a los 5 años de vigencia, pues la norma estableció que esta no excedería tal periodo.

La solución ante el aparente desacuerdo entre los dos universos legales es la aplicación constitucional del derecho a la igualdad y aplicación bastante clara del principio de favorabilidad, regla que permite elegir aquella norma que resulte más benéfica para el trabajador. Como se dijo con ello se logra descartar el aparente conflicto normativo entre los dos universos jurídicos pensionales, pues por principio de favorabilidad no sería posible aplicar en este caso , sin más las normas anteriores al sistema general de pensiones, sencillamente por ser nocivas para las personas que aspiran a la pensión de sobrevivientes.

El hito fundamental en ese sentido lo compone la sentencia C-461 de 1995, por la cual la Corte Constitucional declaró exequible el aparte del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que se refiere a la excepción de aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedando fijado que las excepciones en la aplicación de las normas generales establecidas en el mismo régimen para atender a la aplicación de normas especiales que gobiernan el caso concreto debe usarse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario ello 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.

A su turno la jurisprudencia del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, ha estado de acuerdo con las tesis de la Corte Constitucional, pues citando la sentencia C-168 de 1995 ha dicho que en virtud de los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad, ha venido participando de la tesis consignada por la Corte Constitucional que establece la prevalencia del sistema general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993 sobre las normas especiales y los regímenes de excepción que regulan la materia para determinado grupo de servidores públicos. También se ha acogido precisamente a la tesis plasmada en la sentencia C-461 de 1995, en la que la Corte Constitucional se refirió al trato discriminatorio que puede ocasionar la aplicación de las normas contentivas de los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, como sucede respecto del personal vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por esa razón, se declaró exequible el artículo 279 ibídem, que exceptúa al personal afiliado al citado Fondo de la aplicación de la mencionada Ley, siempre que con ello no se vulnere el principio de igualdad.

El criterio a través de los años se ha venido aplicando concretizándose en diversos pronunciamientos que siempre han favorecido al beneficiario del empleado público que quedó exceptuado del régimen general. Así por ejemplo en el caso concreto de docentes oficiales con ponencia del Consejero Alberto Arango Mantilla del 16 de mayo de 2002, expediente (3676-01) la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció así:

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

Ahora bien otra conclusión a partir del principio de favorabilidad como igualdad en este tema tanto de la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, (Corte Constitucional, Sentencias C-461 de 12/10/1995, T-730 de 22/07/2008, C-890 de 1999, C-956 de 2001. y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Mag. Pon. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia del 21 de junio de 2007, Exped. 250002325000020040747101.), es el establecimiento que en materia de pensión de sobrevivientes, el régimen especial es claramente más exigente que el general regido por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003, pues este no sólo prevé la sustitución de la pensión ya percibida o consolidada por el trabajador fallecido, sino el reconocimiento de dicha prestación para los familiares de aquel que encontrándose afiliado al sistema y sin haber logrado el status pensional falleciera, siempre y cuando hubiese efectuado un mínimo de cotizaciones establecidas por el legislador.

Si bien se trata de dos prestaciones que comparten la misma naturaleza, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes. Por ejemplo al referirse al Decreto 224 de 1972, se dice que esta norma establece un requisito de tiempo bastante alto, como es dieciocho años de servicio al magisterio, la Ley 100 de 1993, solo exige 50 semanas de cotización al sistema en los últimos tres años anteriores al fallecimiento del causante.

Concluyen entonces las altas corporaciones que esa diferencia de trato deviene carente de justificación y en tal sentido, deberá ser inaplicada en cumplimiento de lo dispuesto por la Observación general No 3 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y de la consecuente obligación del Estado de eliminar todo tipo de discriminación.

Como conclusión a este capítulo podemos manifestar lo que sigue:

-En primer término se tiene que en contravía de la aplicación íntegra de una norma o precepto para regular una misma situación vemos que para los docentes en Colombia existe de un lado un régimen de excepción al régimen general en pensiones y por otro la aplicación del mismo régimen, dependiendo esencialmente de la vinculación del maestro si es antes o después de la reforma de la ley 812 de 2003. Situación legal que más que una transición normativa, es el nacimiento de dos universos legales propios que plantea problemas en términos jurídicos y también prácticos.

Si bien es cierto, que el régimen pensional de los docentes consagrado en la Ley 91 de 1989, es en muchos sentidos más beneficioso en términos generales que el régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a pensión de sobrevivientes se refiere, es absolutamente perjudicial, por lo que aplicar la excepción legal usando normas anteriores, es evidentemente el desconocimiento total del derecho fundamental a la seguridad social, la favorabilidad, igualdad y los principios que gobiernan las relaciones laborales consagrados en la norma de normas. En efecto como recordamos la Ley 12 de 1975, Ley 71 de 1988, Decreto 1160 de 1989 y el Decreto 224 de 1972 que establecen la pensión post mortem 18 y 20 años establecen que tienen derecho a la misma los beneficiarios del afiliado que fallece habiendo cumplido 20 o 18 años de servicio oficial continuo o discontinuo sin importar la edad. Ello significa a la letra literal de la ley, que de no haberse cumplido el tiempo necesario de servicios específicos no se origina a la muerte del maestro oficial pensión alguna para sus allegados.

-El recurso ante el aparente desacuerdo entre los dos universos legales es la aplicación constitucional del derecho a la igualdad y aplicación del principio de favorabilidad, con lo cual se logra eliminar cualquier duda al respecto en el sentido que por principio de favorabilidad no sería posible aplicar sin más las normas anteriores al sistema general de pensiones, sencillamente por ser nocivas para las personas que aspiran a la pensión de sobrevivientes.

-El precedente judicial acerca de la aplicación de la norma más favorable, contenida en el régimen general en materia pensional, la administración en este caso la departamental está sujeta a él conforme a lo previsto por el Artículo 10 del nuevo código contencioso administrativo y la sentencia de la Corte Constitucional C-Sentencia C-634-11 de 24 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, “en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.”

-La aplicación del régimen especial del magisterio, lejos de general un beneficio superior al previsto en el régimen general, ha privado a algunos ciudadanos de un beneficio del cual serían titulares, si se aplicaran las normas generales que rigen la pensión de sobrevivientes, por tanto se considera que con fundamento en el precedente judicial, dichos ciudadanos deben ser protegidos por una prestación que supla la ayuda económica que en vida le proporcionaba el ser querido, quien prestó sus servicios y efectuó aportes al sistema de seguridad social.

3. APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN LA SECRETARIA DE EDUCACION DE NARIÑO EN MATERIA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES

3.1 COMPETENCIAS DE LAS SECRETARIAS DE EDUCACIÓN DE ENTES CERTIFICADOS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

En este tema habrá que recordar que el artículo 56 de la ley 962 de 2005, otorgó la competencia de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales con cargo

al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, a las secretarías de educación de los entes certificados con la concurrencia de la fiduciaria administradora de sus recursos, quien según el artículo debe aprobar el proyecto de acto administrativo. Tal artículo se reguló mediante el decreto 2831 de 2005, norma que entre otras cosas dispuso en el artículo 3, como obligación de las secretarías de educación:

“3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”

Y a la fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le asignó frente al trámite de solicitudes la tarea que:

“Artículo 4°. Trámite de solicitudes. ..Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.”

En la práctica administrativa, se da que la fiduciaria, le corresponde no solo la aprobación del proyecto de acto administrativo enviado por la Secretaría de

Educación de Nariño, si no la aprobación misma de la prestación. Este papel lo desempeña actualmente la fiduciaria LA PREVISORA, sociedad de economía mixta sometida al régimen de Empresa Industrial Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vigilada por la Superintendencia Financiera y con control fiscal reglamentado por la Contraloría general de la Nación. Pues bien la realidad advertida se observa escrutando los expedientes visados en la Secretaria de Educación de Nariño, donde realmente lo que se aprueba no es el proyecto de acto administrativo, si no en realidad la prestación misma. Así que en cuestión de pensión de sobrevivientes, vale decir, la fiduciaria tiene establecido el criterio de no aplicación del sistema general de seguridad social en pensiones, para situaciones donde formalmente y de una interpretación literal estaría exceptuado. Esto es que no aprueba ninguna pensión de sobrevivientes bajo condiciones de aplicación del principio de favorabilidad.

El acto administrativo que se expide para reconocimiento de una prestación social, con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se torna según nuestro criterio en un acto complejo, donde concurren dos voluntades administrativas; es más el parágrafo 2 del artículo 3 del decreto 2831 de 2005, determina que sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de las secretarías certificadas, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo. Aunque formalmente las secretarías de educación es quien les corresponde expedir los actos de reconocimiento y pago de prestaciones, el visto bueno de la fiduciaria es una verdadera decisión administrativa, que lo origina. Esto impone la conclusión que si la fiduciaria administradora de los recursos del fondo ha impuesto el criterio administrativo de no aplicar el principio de favorabilidad e igualdad ante el conflicto de aplicación entre ley 100 de 1993 y normas anteriores, por el deslinde que produjo la ley 812 de 2003; no reviste

mayor elucidación manifestar que ninguna secretaria del país, incluyendo donde se realizó el trabajo de campo, aplicará jamás los principios señalados en bien del derecho a obtener la pensión de sobrevivientes, a contrario se negara sistemáticamente el derecho.

Así las cosas ante un acto administrativo nugatorio de derechos fundamentales, queda para los administrados, el recurrir o bien ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en busca de la prerrogativa que la administración ha negado o la invocación de la aplicación bastante lógica y clara del precedente jurisprudencial. Responder a la inquietud si este rige o no en la secretaria de educación de Nariño, es el tema esencial de este ensayo y el tema de nuestro siguiente acápite.

3.2. APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE NARIÑO EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Para efectos de analizar la aplicación del precedente jurisprudencial en el trámite de las solicitudes de pensiones causadas por docentes fallecidos que estaban vinculados en los municipios no certificados del Departamento de Nariño, antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, se ha tenido a bien, revisar las peticiones presentadas en la Oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación de Nariño, en los años 2009, 2010 y 2011.

En el proceso de investigación e identificación de acuerdo al trabajo de campo establecido y contenido en los respectivos expedientes de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación y Cultura de Nariño, se verifican los siguientes hallazgos:

Entre las nueve solicitudes de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes presentadas, tres fueron aprobadas por la fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de prestaciones y reconocidas por la administración educativa departamental, mientras que seis fueron negadas.

Lo anterior de conformidad con el siguiente cuadro resumen:

Tabla 1. Sentido de la Decisión en Sede Administrativa

AÑO	SOLICITUDES PRESENTADAS	APROBADAS LEY 812 DE 2003	NEGADAS
2009	5	1	4
2010	2	1	1
2011	2	1	1
TOTAL	9	3	6

Fuente: Archivo Oficina de Prestaciones Sociales-Secretaría de Educación de Nariño.

Las tres prestaciones aprobadas, una por año, por la fiduciaria administradora de los recursos del Fondo y reconocidas finalmente por la Secretaría de Educación, corresponden a docentes que se habían vinculado en vigencia de la ley 812 de 2003, por lo cual la administración simplemente aplicó la ley 100 de 1993, sin inconveniente alguno a tenor literal de la aplicación legal dispuesta en materia de la pensión de sobrevivientes en aquella norma, frente a maestros en estas condiciones teniendo en cuenta su vinculación al servicio público educativo. Las seis negadas por la Secretaria de Educación atañen en cambio a docentes vinculados con anterioridad a la ley 812 de 2003, esto es que normalmente estarían exceptuados de la ley 100 de 1993 y por consiguiente aplicándose las normas anteriores en sentido taxativo y literal; por lo cual como se advierte en este

trabajo se dejó aplicar por parte de la administración, el principio de favorabilidad e igualdad en otras palabras el precedente jurisprudencial. En estos casos a pesar de cumplirse con suficiencia el tiempo de servicios que exige la ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la prestación, se decidió aplicar en cambio la excepción legal contenida en la misma norma, exigiéndose la carga mayor de 18 o 20 años de servicio, con lo cual se usó la ley mas perjudicial a los intereses del peticionario interesado.

De modo entonces que particularmente en la Secretaria de Educación y cultura de Nariño, donde se hizo trabajo de campo, se comprobó que las solicitudes de pensiones de sobrevivientes frente a docentes fallecidos que les cubría el régimen anterior a la ley 100 de 1993, cuando no cumplían los requisitos legales consagrados en este, es decir 20 o 18 años de servicio, se resolvieron en forma negativa para su reconocimiento y pago con base en los argumentos que siguen:

-Explican los actos administrativos que el docente fallecido no cumplió el mínimo de tiempo de servicios para conceder la prestación -20 o 18 años mínimo- y por ende como los requisitos para obtención de pensiones son de carácter estrictamente legal, no queda duda que su incumplimiento conduce a la negación, dado que los presupuestos son concurrentes.

- La aplicación de la ley 100 de 1993, no resulta pertinente para el caso en tanto que su vigencia fue taxativamente excluida por el artículo 279 de la misma norma, por lo que pretender su aplicación seria ir en contra de lo que expresamente quiso el legislador.

-No puede existir aplicación fraccionada de normas pretendiéndose emplear en un caso lo más beneficioso de dos normas como es la ley 100 de 1993 y las normas anteriores a esta como la 33 de 1985 para crear una tercera exclusiva para el administrado. Todo lo cual esta proscrito por el derecho de la seguridad social.

-La administración debe darle aplicación a la ley anterior, porque de lo contrario la función legislativa no tiene objeto, pues no tendría sentido que el legislador reitera que el régimen prestacional de los docentes sea el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero que se insista en ciertos casos en su aplicación

De otro lado se verificó que en las mismas anualidades, la Oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación de Nariño, ha tramitado el cumplimiento de nueve fallos de la jurisdicción contencioso administrativa, que ordenan el reconocimiento y pago de las solicitudes de pensión de sobrevivientes que en su momento fueron negadas por falta de tiempo de servicios del docente causante de la prestación, según las razones advertidas en párrafo precedente. Al respecto, considerando las fechas de presentación de la solicitud negada y la declaración de nulidad posterior alcanzada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se logra constatar a primera vista el lapso de tiempo injustificado al que debe someterse el administrado para efectos de acceder a la prestación a que tiene derecho, ello de la siguiente manera:

Tabla 2. Fallos contenciosos Administrativos

AÑO CUMPLIMIENTO	FALLOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS	AÑO DE PRESENTACION DE LA SOLICITUD NEGADA
2009	2	2005
2010	3	2004-2006
2011	6	2004-2006-2007

Fuente: Archivo Oficina de Prestaciones Sociales-Secretaría de Educación de Nariño.

Puede observarse entonces que el proceso en los juzgados contencioso administrativos, donde se discutió el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, demoró en promedio alrededor de cuatro a seis años, lo cual significa que no es cualquier periodo de espera, si no uno muy revelador que se presenta como desmedido e injusto, para alguien que desde el principio debió habersele reconocido la prerrogativa con la aplicación del precedente jurisprudencial ignorado.

Frente a las disposiciones expresadas en actos administrativos, que sean negativas para los administrados, cabe dentro del debido proceso y la defensa, siempre una controversia, que razonablemente debe ser proporcional, es decir que haga pensar que la administración defiende o actúo desde una tesis jurídicamente defendible, porque la carga para controvertir esa decisión por parte del administrado afectado, puede llegar a ser razonable, pues solo en el debate profundo en un proceso judicial, con las amplias garantías y términos para las partes se llegará a darle la razón a la administración o al afectado con la decisión. Pero cuando existe precedente jurisprudencial esta cuestión queda excluida pues el margen de discusión no debe darse en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si no como se concluye la administración debe aplicar el precedente jurisprudencial.

En materia de pensión de sobrevivientes en el régimen docente es nuestra conclusión a partir de las razones que brindamos desde la introducción a este trabajo, que la aparente discusión jurídica entre los regímenes creados por el legislador esto es el sistema general de pensiones y las normas anteriores a él; es la aplicación del principio de favorabilidad e igualdad, regla que permite elegir aquella norma que resulte más benéfica para el trabajador. De ello como se rememoro hay bastante apoyo jurisprudencial firme y reiterado de la Corte Constitucional, como del Concejo de Estado, en el que se manifestaba sin duda

que no es del caso acudir al texto frío de la ley, a la simple grática legal, ya que la solución está en los principios de igualdad, favorabilidad de los que se apartaría una decisión judicial y por supuesto la administración cuando niega el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a quien ha aportado al sistema de seguridad social durante un periodo de tiempo prolongado que puede exceder las del régimen ordinario, con el argumento de la existencia del régimen de excepción, pues este permanece para favorecer al trabajador no para perjudicarlo. Así las cosas queda claro que no hay margen a pensar que la posición obstinada de la administración en cuanto a no aplicar los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de sobrevivientes --por resultar más favorables que las prestaciones reconocidas por muerte de docentes respecto del ordenamiento que rige la materia y que son anteriores a ella-- tiene algún asidero defendible, es rotundo razonar entonces que la aparente discusión jurídica no podía llevarse a los estrados judiciales obligando al afectado a presentar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, como claramente se comprueba de los datos recogidos en la Secretaria de Educación de Nariño.

Por tanto existiendo precedente judicial acerca de la aplicación de la norma más favorable, contenida en el régimen general en materia pensional, la administración departamental está sujeta a él conforme a lo previsto por el Artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 y la sentencia de la Corte Constitucional C-539 de 06 de julio de 2011, que declaró exequible de manera condicionada la expresión “ que en materia ordinaria o contenciosa administrativa” contenida en el artículo 114 citado, en el sentido de que se entienda que los precedentes jurisprudenciales a los que se refiere la norma, entre ellos los relacionados con el reconocimiento y pago de pensiones, deben respetar la interpretación vinculante que realice también la Corte Constitucional.

La aplicación del régimen especial del magisterio, lejos de general un beneficio superior al previsto en el régimen general, ha privado a algunos ciudadanos de un

beneficio del cual serían titulares, si se aplicaran las normas generales que rigen la pensión de sobrevivientes, por tanto se considera que con fundamento en el precedente judicial, dichos ciudadanos deben ser protegidos por una prestación que supla la ayuda económica que en vida le proporcionaba el ser querido, quién prestó sus servicios y efectuó aportes al sistema de seguridad social.

4. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO GARANTICE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

A continuación, formularemos algunas observaciones y recomendaciones para que la administración educativa departamental de Nariño garantice los derechos de los usuarios en materia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes y orientar a la administración para que excluya en forma definitiva los actos administrativos nugatorios de la pensión de sobrevivientes en el régimen de docentes vinculados con anterioridad a la ley 100 de 1993. Lo anterior con miras a lograr dos objetivos:

- a. Excluir definitivamente que la administración haga reconocimientos de pensión de sobrevivientes en el régimen docente solamente en cumplimiento de fallos de lo contencioso administrativo cuando se trata de docentes que pertenecían al régimen anterior a la ley 100 de 1993.
- b. Establecer y Consolidar la aplicación del precedente jurisprudencial expresado en la efectividad del derecho al reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la administración educativa departamental de Nariño cuando se trata de docentes que pertenecían al régimen anterior al sistema general de pensiones.

4.1. OBLIGATORIEDAD PARA LA ADMINISTRACIÓN DE RECONOCER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN CASOS DONDE HAYA CONFLICTO NORMATIVO DEL RÉGIMEN DOCENTE EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD E IGUALDAD.

En atención lo dispuesto en la sentencia C-461 de 1995, de la Corte Constitucional, canon que declaró exequible un aparte del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, como de la amplia jurisprudencia citada tanto de esa corporación como del Concejo de Estado, queda claro que la excepción para la aplicación de las normas generales establecidas en el mismo régimen para atender a la aplicación de normas especiales anteriores a esta y que gobiernan el caso concreto; debe usarse a condición que esta resulte más favorable que el régimen general. Por tanto en los casos que la administración advierta el conflicto legal que se origina a partir de la aplicación normativa de la ley 100 de 1993 en materia de pensión de sobrevivientes y las normas anteriores a esta tales como Ley 12 de 1975, Ley 71 de 1988, Decreto 1160 de 1989 para la llamada pensión post mortem 20 años; y el Decreto 224 de 1972 para la pensión post mortem 18, debe aplicar la administración de manera ineludible el principio de favorabilidad e igualdad, y proceder a proyectar el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes establecido en la ley 100 de 1993, para ser enviado a la fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que esta no apruebe la prestación deberá por todos los medios la administración hacer valer el criterio de aplicación de los principios precitados, teniendo en cuenta que si bien la fiduciaria aprueba la prestación, es a la secretaria de educación de Nariño, la que le corresponde formular los proyectos de actos administrativos con los argumentos jurídicos y a su vez reconocer la prestación mediante acto formal.

Lo anterior pareciera algo connatural y obvio a la actividad de la administración y se podría juzgar que sobra en un Estado Social de Derecho, en el que se

establece la obligatoriedad que sus autoridades apliquen la ley y los principios constitucionales, además de las fuentes del derecho en sus decisiones, por sobre todo tratándose de derechos fundamentales de los administrados, como es gozar la pensión de sobrevivientes. Pero bien comprobamos que en la Secretaria de Educación de Nariño, donde se efectuó el trabajo de campo, en el caso de las pensiones de sobrevivientes solicitadas por aplicación de favorabilidad e igualdad hacia las normas anteriores a esta, aquellas se niegan sistemáticamente, ignorando incluso que han tenido que cumplir sentencias ejecutoriadas que refutaron las tesis de la administración y que dejaron con bastante propiedad la razón justa de los administrados. Aun mas, sabemos que la fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien como dijimos no solo aprueba el proyecto de acto administrativo expedido por la secretaria de educación, si no la prestación misma, tampoco ha cambiado de parecer y seguramente no lo hará de no mediar la obligatoriedad positiva en esta materia.

En efecto el código contencioso administrativo que entró en vigencia a partir del 2 de julio de este año, contiene taxativamente enunciados importantísimos que vendrán a respaldar esta problemática, como es el deber de las autoridades de decidir conforme el precedente judicial aplicable y, además, de decidir de manera uniforme. Aunque la norma establece la obligatoriedad del precedente sobre “sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado”, la Corte Constitucional en Sentencia C-634 de 2011, declaró exequible la expresión en el entendido que “las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.”

Se anota así mismo que la disposición del artículo citado textualmente, consolida por medio, ya de esta norma procedimental legal, esta obligación para la administración, misma que como ya lo comentamos estaba estructurada con anterioridad por medio de la jurisprudencia constitucional. Pero a lo expresado la corte agregó en coherencia con los pronunciamientos anteriores, que las autoridades administrativas deben tener no solo lo dispuesto positivamente en la norma para la adopción de sus decisiones, si no que lo deben hacer también, respecto de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, respecto a la vigencia del principio de supremacía constitucional y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 de la constitución política.

El tema comentado es bastante complejo de tratar y su cita en este trabajo tiene por objeto determinar que en nuestra legislación que regula la actuación de la administración, como es el Código Contencioso Administrativo, existe la obligatoriedad de aplicación del precedente judicial, con lo cual de primera mano se concluye que las herramientas legales, en sede administrativa para solventar el problema de no aplicación del principio de favorabilidad respecto de la pensión de sobrevivientes en el régimen docente, están ya presentes y que este es el gran paso para la solución.

Sin embargo debe también destacarse que en principio la aplicación del precedente judicial en sede administrativa, tiene un agregado más y es que esta puede operar a petición del interesado. Ello debido a que en los términos del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, corresponde al interesado realizar la petición de extensión de efectos de la sentencia, cumplimentando los requisitos previstos en esa disposición. El tema tiene que ver con que el administrado debe elevar petición a la administración para el efecto, justificando que se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada,

presentando las pruebas que tenga en su poder, y la copia o la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor. Obviamente la estipulación legal es una carga razonable para el administrado frente al tema que nos ocupa, sin embargo, en nuestro criterio personal en el asunto presente, la aplicación de este mandamiento legal contenido en el código contencioso administrativo, no será fácil y de seguro su tránsito efectivo pasará por varias etapas hasta que su vigencia sea una práctica administrativa regular en la Secretaria de Educación de Nariño. Lo decimos porque más que acatar de forma inmediata un enunciado legal, lo que se requiere de fondo es una política administrativa objetiva en este tema. Lo anterior significa que el Propio Ministerio de Educación Nacional, que tiene la cuenta nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe efectuar en el presupuesto de la misma las proyecciones del caso, con miras a pagar pensiones de sobrevivientes en estas condiciones. Tal como explicaremos en el punto que sigue.

4. 2 ESTABLECIMIENTO DE GARANTÍAS FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS DENTRO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE PENSIONES DE SOBREVIVIENTES PRODUCTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD E IGUALDAD PARA DOCENTES VINCULADOS ANTES DE LA LEY 100 DE 1993.

En la actualidad, únicamente se proyecta en los recursos de la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, administrado por la fiduciaria la Previsora con base en un contrato de fiducia mercantil, los recursos para el pago de pensiones post mortem 20 y 18 años, así como las que se pueden generar para los docentes que ingresaron al servicio a partir de la ley 812 de 2003, a quienes si les son aplicables el régimen general de pensiones. Es necesario ampliar entonces la proyección de recursos en esta materia para haya respaldo y solvencia financiera en el pago de pensiones de sobrevivientes que se extendieron por aplicación del principio de favorabilidad e igualdad. La fiduciaria La Previsora

S. A, seguramente se ha mantenido impasible negando la aprobación de la pensión de sobrevivientes respecto del tema que nos ocupa, en concurrencia por supuesto de las secretarías de educación de los entes certificados, ya que en principio no cuenta con recursos para atender la configuración de este tipo de asistencias sociales con las connotaciones específicas ya conocidas. Hasta ahora se ha recurrido a esperar el fallo de lo contencioso administrativo para recaer el pago de la prerrogativa por medio del rubro de cumplimiento sentencias. En lógica razón y sin mayores evidencias estamos seguros que si se efectuara la comparación del monto anual de las condenas a la nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, efectivamente pagadas al igual que los gastos administrativos que deben asumir las entidades públicas demandadas, bastaría muy seguramente para darse cuenta de la desproporción de este estado de cosas y de la conveniencia de que la administración reconozca la prestación directamente, sin obligar al interesado a interponer acción judicial. De allí entonces la importancia que el ministerio de Educación Nacional situó los recursos necesarios en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para atender así estas obligaciones. Política financiera que por supuesto es una carga onerosa pero que debe atenderse necesariamente, ante la obligatoriedad legal de aplicación del precedente judicial que ahora es ineludible.

Ahora bien esta situación es de difícil pronóstico, ya que con frecuencia la realidad desborda las proyecciones en materia de prestaciones sociales. Un ejemplo típico de esto es que la ley 1071 de 2006, estableció quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, para que la entidad expida la resolución correspondiente, siempre que reúna los requisitos de ley y un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías para cancelar esta prestación social. Sin embargo la prestación social con cargo del Fondo Nacional

de Prestaciones Sociales del Magisterio, si bien actualmente se paga con mayor agilidad a lo que ocurría con anterioridad a la ley, donde el pago podía durar hasta un lustro, no es extraño que la administración pague en la actualidad y con mucha frecuencia, la mora por haber excedido los 45 días hábiles para el pago, que poco a poco se ha venido convirtiendo en una práctica administrativa frecuente, al menos en la Secretaria de Educación de Nariño.

Así en el tema que nos ocupa, por más que entre a regir el código contencioso administrativo y con el la obligatoriedad de aplicación del precedente jurisprudencial, es posible que se conserve por algún periodo de tiempo, la practica administrativa de negar sin más la pensión de sobrevivientes cuando haya que aplicar el principio de favorabilidad. Es por ello que el ministerio de educación, como lo dijimos debe efectuar los ajustes financieros que permitan dar respaldo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y así que el reconocimiento por parte de la administración de la prerrogativa social sea una realidad.

CONCLUSIONES

- La ley 100 de 1993, que positiviza la Seguridad Social Integral, exceptuó en un principio de su aplicación algunos sectores, entre ellos los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, a quienes por excepción se les siguió aplicando la normatividad anterior, esto es los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, Ley 71 de 1988 y ley 33 de 1985. Sin embargo más adelante el sistema general de seguridad social se extendió igualmente a los docentes oficiales mediante la ley 812 de 2003 (artículo 81) cuya vigencia afecta a los maestros oficiales que se hayan vinculado al servicio público educativo a partir de la vigencia de esta norma, esto es a partir del 26 de junio de 2003, siendo aplicables a los demás docentes la legislación anterior.

A partir de la Reforma planteada en la ley 812 de 2003 se establecen entonces dos universos jurídicos distintos para los docentes oficiales, bifurcándose en consecuencia el régimen legal aplicable, ya que no solo hay dos normas distintas aplicables, si no que por lo mismo estas crean consecuencias disparejas e incluso incompatibles para resolver un mismo hecho, todo lo cual origina conflictos.

- Como segunda conclusión a este trabajo tenemos que la solución ante el desacuerdo entre los dos universos legales es la aplicación constitucional del derecho a la igualdad y aplicación del principio de favorabilidad, regla que permite elegir aquélla norma que resulte más benéfica para el trabajador. En otras palabras para resolver el aparente conflicto la

administración educativa departamental de Nariño deberá aplicar el precedente jurisprudencial sobre esta materia.

- La Secretaria de Educación de Nariño, con la concurrencia de la fiduciaria administradora de los recursos del FNPSM, niega sistemáticamente las pensiones de sobrevivientes cuando de manera formal los administrados no cumplen con los requisitos legales negando en todos los casos la aplicación del principio de favorabilidad e igualdad. Es decir en la actualidad en ningún caso se ha aplicado el precedente jurisprudencial.
- Se prevén dos soluciones complementarias al problema de no aplicación de la favorabilidad e igualdad en caso de conflicto entre los dos universos legales en materia de pensión de sobrevivientes para la Secretaria de Educación de Nariño: Aplicación continuada del precedente jurisprudencial como practica administrativa regular. Como segunda respuesta al problema es de manifestar que el gobierno nacional debe poner en marcha planes administrativos y financieros que permitan dar respaldo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y así que el reconocimiento por parte de la administración de la prerrogativa social sea una realidad, a fin de evitar que la obligatoriedad del precedente jurisdiccional sea letra muerta y que solamente se tenga en cuenta mediante el cumplimiento de un fallo judicial.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de Colombia, Legis 2012

Ley 100 de 1993

Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, Ley 71 de 1988, Decreto 224 de 1972 y ley 33 de 1985.

Ley 91 de 1989

Ley 812 de 2003

Ley 115 de 1994

Ley 12 de 1975

Decreto 2831 de 2005

Ley 1437 de 2011

ley 169 de 1896 artículo 4

ley 61 de 1886.

Ley 153 de 1887, artículo 10

Corte Constitucional, Sentencias de control de constitucionalidad C-369/04, C-461 de 1995, C-644 de 2011, C-623 de 2004, , C-1094 de 2003, C-336 de 2008, C-1176 de 2001,C-1035 de 2008,C-336 de 2006, C-461 -95, C -634 de 2011, C-131 de 1993, C-890 de 1999, C-956 de 2001,C-461 de 12/10/1995y C-037/ de 1996. Sentencia de unificación 047 DE 1999.

Sentencias de Tutela, T-292 de 2006, T-292 de 2006, T-292 de 2006,C-539 de 06 de julio de 2011,T-580 de 2007, T-580 de 2007, y T-414 de 2009, y T-730 de 22/07/2008.

STALLINGS, Bárbara, “La influencia internacional en las políticas económicas: deuda, estabilización y reforma estructural”. En: Stephan Haggard y Robert R. Kaufman, compiladores, La política de ajuste económico, Las restricciones internacionales, los conflictos distributivos y el estado, CEREC, Colombia, 1994, p. 93.

Carlos Isaac Nader, Corte suprema de justicia sentencia de Enero 23 del 2003 Expediente 1870).

TaruffoMichelle, Precedente y jurisprudencia, traducida por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini, para Universidad Icesi. Biblioteca digital.

Concejo de Estado, Sentencia de 16 de mayo de 2002, expediente (3676-01) la Sección Segunda. Consejero Alberto Arango Mantilla.

Concejo de Estado, Sentencia del 21 de junio de 2007, Expediente. 250002325000020040747101, Sección Segunda, Subsección B, consejero Alejandro Ordoñez Maldonado.

Concejo de Estado, sentencia del 25 de abril de 2002, Expediente N° 2409-01; N° 1707-02 del 6 de marzo de 2003 y N° 0880-07 del 22 de mayo de 2008.