**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B**

**Bogotá D. C., 28 de septiembre de 2016.**

**Radicación: 05001 23 31 000 2010 01413 01 (4354 2015)**

**Demandante: María Victoria Marín Moncada.**

**Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (FONPREMAG).**

**Asunto: Reconocimiento pensión especial de vejez por hijo menor discapacitado (Artículo 9º Ley 797 de 2003).**

**Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de julio del 2015 por el Tribunal Administrativo del Antioquia – Sala Primera de Decisión en Descongestión que negó las pretensiones de la demanda.

I.              ANTECEDENTES.

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

María Victoria Marín Moncada, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda encaminada a obtener la nulidad de los oficios nro. 1258-FNPSM del 13 de mayo del 2009 y 1559-FNPSM del 5 de junio de 2009, proferidos por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquia, por los cuales, se le negó la pensión especial de vejez consagrada en el inciso 2º del Parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de enero 29 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) se ordene a la demandada, reconocer la pensión especial de vejez a partir del 14 de abril de 2006; ii) se haga la liquidación debidamente actualizada, con sus respectivos incrementos legales de cada año; y, iii) se condene en costas a la parte demandada.

1.2. Hechos.

La Sala resume los hechos expuestos en la demanda de la siguiente manera:

La demandante, a través de escritos del 23 de octubre del 2008 y 14 de abril de 2009, solicitó el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por haber acreditado más de 20 años de servicios como docente nacional y tener un hijo menor de edad discapacitado por Síndrome de Down, peticiones que fueron negadas a través de los actos acusados, con el argumento de haberse vinculado en el año de 1985, y por tanto, no le era aplicable la Ley 797 de 2003.

Que las decisiones que negaron el derecho, quedaron en firme por no haberse agotado la vía gubernativa debido al desconocimiento de la actora sobre la manera de controvertirlas.

1.3. Normas vulneradas y concepto de la vulneración.

El apoderado de la parte demandante citó como disposiciones vulneradas:

Los artículos 13, 23, 44, 46 y 48 de la Constitución Política; Ley 91 de 1989, artículo 15; Ley 797  de 2003 en su  artículo 9º Parágrafo 4º inciso 2º, y Ley 100 de 1993 en su artículo 279.

Manifestó, que el inciso 2º del Parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 es aplicable al caso de la demandante atendiendo el principio de favorabilidad, pues si bien es educadora, y en tal sentido tiene normas prestacionales especiales, las disposiciones generales consagran el beneficio pensional solicitado, dado que tiene un hijo menor de edad con discapacidad que requiere de cuidado especial, y porque acumula más de los 20 años de servicio para ostentar el estatus de pensionada.

Sostuvo además, que esta corporación[1] en diversas oportunidades aplicó el principio de favorabilidad en materia pensional, toda vez que los regímenes exceptuados, solo deben aplicarse cuando la norma especial resulte más favorable que la general, pues su objeto es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la legislación para la generalidad.

2. Contestación de la demanda.

La entidad accionada, oportunamente contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, para lo cual manifestó que el acto acusado es legal, dado que el régimen pensional de los docentes es especial, el cual consagra unas condiciones taxativas para acceder a la pensión que la demandante no cumple para ser acreedora de la prestación que invoca.

Concluyó que no está obligada a reconocer y pagar la pensión especial de vejez, pues no resulta viable la aplicación del inciso 2º, parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, toda vez que el canon 279 de la Ley 100 de 1993, exceptúa de la aplicación de esta norma al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque cuentan con reglas especiales.

3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Decisión en Descongestión, mediante sentencia del 8 de julio del 2015, negó las pretensiones de la demanda; concluyendo que la actora no tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, pues no cumple con los requisitos normativos previstos en el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Echó de menos, la prueba que acreditara la calidad de madre cabeza de familia, regla indispensable para alcanzar la pensión solicitada, puesto que además en el plenario obra prueba que denota la existencia de matrimonio y convivencia vigente con el padre del menor, descartando así que sea la única fuente de subsistencia de éste.

Así las cosas, estimó insuficientes las 1291 semanas cotizadas por la demandante y la discapacidad de su hijo certificada en un 58.50%, para poder acceder a la pensión especial.

4.            Recurso de apelación.

La parte demandante, oportunamente interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el que reiteró los argumentos expuestos en la demanda y recalcó que la Ley 797 de 2003 es clara y no necesita de ninguna interpretación, siéndole aplicable a la actora, toda vez que reunió todos los presupuestos para el reconocimiento de la pensión, pues tiene un hijo menor de 18 años discapacitado que es de su absoluta responsabilidad, y cumple con el tiempo de servicio exigido para este beneficio.

Insiste que al analizar la ley que ampara el caso, no se exige el requisito de ser madre cabeza de familia, ni que deba ser divorciada, separada de su cónyuge ó  soltera.  Por tanto, no se puede ir más allá de su texto escrito como hizo el a quo en las citas jurisprudenciales de la sentencia apelada.

5.            Concepto del ministerio público.

El Ministerio Público en uso del traslado especial, solicita confirmar la sentencia apelada, arguyendo que de acuerdo con las pruebas recaudadas si bien la demandante cumple con los requisitos mínimos de cotización y tenga un hijo menor discapacitado, no demostró ser madre cabeza de familia, calidad necesaria para predicar la pensión de que trata el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Destacó, que la valoración interdisciplinaria que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia hizo al hijo menor de la actora el 13 de enero de 2015[2], denota que convive y depende de ambos padres, quienes son docentes y se encuentran casados.

II.             CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

Precisión inicial.

Antes de abordar la temática que rodea el caso, es necesario esclarecer un asunto procesal que pasa a revisarse a continuación.

En líneas anteriores, se destacó la pretensión de nulidad de los oficios 1258-FNPSM del 13 de mayo del 2009 y 1559-FNPSM del 5 de junio de 2009, proferidos por la Secretaría de Educación de Antioquia, que en criterio de la parte actora fueron los que le negaron el derecho a la pensión especial solicitada.

Sin embargo, atendiendo que el control de legalidad que se ejerce a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solo es posible sobre actos administrativos definitivos[3], encuentra la Sala que los actos acusados en estricto sentido no se adecúan a tal tipología; pues, en el oficio 1258-FNPSM del 13 de mayo del 2009 simplemente se “ratifica en todas y cada una de sus partes, el contenido del oficio 589205 del 5 de noviembre de 2008, por tanto, esta respuesta no tiene carácter de acto administrativo, ni revive términos de ley”[4] y por su parte, mediante oficio 1559-FNPSM del 5 de junio de 2009[5], se le reitera lo mismo a la peticionaria.

De este modo, las respuestas contenidas en los actos demandados, hicieron remisión al Oficio 589205 del 5 de noviembre de 2008[6], también expedido por la Secretaría de Educación de Antioquia, en donde expresamente se le negó a la actora la pensión reclamada, principalmente por serle inaplicable la Ley 797 de 2003.

Esta situación, fue advertida por el a quo, al inadmitir la demanda mediante auto del 10 de agosto de 2010[7], exigiendo formulación de pretensión de nulidad respecto del mencionado acto, al ser el que verdaderamente contenía la voluntad de negar el derecho discutido; no obstante, el apoderado de la actora en escrito de corrección y de manera vehemente manifestó la improcedencia de lo solicitado, ratificándose en que las súplicas eran las inicialmente solicitadas, lo que sin consideraciones fue estimado para producirse la admisión y trámite del proceso.

En este panorama, se precisa que toda demanda contenciosa debe cumplir con unos presupuestos que garantizan la decisión de fondo. Así, existen los relacionados con la acción, los relativos al procedimiento y los que tienen que ver con la demanda. De esta manera, la admisión supone el cumplimiento de tales requisitos, por lo que previo a ella el juez verifica el debido agotamiento de la vía gubernativa, la caducidad de la acción, la conciliación extrajudicial si es del caso, la capacidad para ser parte y para comparecer en juicio, la demanda en forma, y la competencia.

El requisito de la demanda en forma, en los contenciosos de nulidad cobra especial importancia, toda vez que son unos verdaderos controles de legalidad de los actos administrativos, y que aunados con el carácter rogado de la jurisdicción, hacen necesaria una técnica bien definida no solo para señalar las normas que presuntamente se consideran infringidas[8], sino también para explicar claramente su concepto de violación, es decir la indicación precisa del porque se considera ilegal el acto acusado. De igual modo, debe incluirse también lo que se demanda[9], que no es otra cosa a lo que se pide al juez, las pretensiones, que deben formularse de manera precisa, inequívoca y detallada en la forma señalada en el canon 138 del C.C.A.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que los actos demandados en esta causa no son definitivos, puesto que a través de ellos, la entidad accionada se remitió a una respuesta anterior, que al ser analizada fue la que decidió la actuación administrativa[10] iniciada por la actora en uso de su derecho de petición para lograr el reconocimiento de la pensión especial consagrada en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003; y que al no ser acusada, conduciría a la ineptidud de la demanda, sin que obste para ello, las razones expuestas en la primera instancia por la parte actora.

En efecto, las actuaciones administrativas culminan con la expedición del acto que la resuelve de manera directa o indirecta, que en términos dogmáticos corresponde al que evidencia el pronunciamiento de la administración sobre el asunto puesto a su conocimiento, generando efectos jurídicos creando, modificando o extinguiendo una situación general o particular. Este acto definitivo, se opone al de mero trámite o preparatorio, que simplemente impulsa la actuación de una etapa a otra.

Tratándose de actos particulares, pueden ser controvertidos en uso de los recursos ante la administración, y que en voces del estatuto procesal anterior[11], se trata del cumplimiento de la denominada vía gubernativa.

Pero tales situaciones, que comprenden lo normal en el procedimiento administrativo, no pueden confundirse con la naturaleza de los derechos discutidos y con la posibilidad de ser reclamados o revisados en cualquier tiempo ante la administración o la jurisdicción, como cuando se trata de prerrogativas imprescriptibles como lo es la pensión que además por su carácter periódico no tiene límite temporal para formularse demanda; pero en todo caso, requiriéndose un acto pasible de control de legalidad, esto es, definitivo.

Por ello, técnicamente no debe hacerse uso reiterado de la petición cuando el asunto ha sido resuelto mediante acto definitivo, a menos que por la naturaleza del derecho y ante circunstancias nuevas, sea posible otro estudio y provocarse una decisión distinta y separable de la inicial. Tanto así, que hoy la administración ante las peticiones reiteradas sobre un mismo punto, puede legítimamente abstenerse de pronunciarse y remitirse a las respuestas anteriores[12], en cuyo caso, éstas no constituyen actos acusables, al no contener decisión alguna.

No obstante, en una visión constitucional del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en consonancia con la prevalencia del derecho sustancial ante lo formal, y en franca aplicación del poder de interpretación de la demanda que ostenta el juez; estima la Sala que debe proceder al estudio de fondo del caso por lo que se explica:

1.         La intención inequívoca de la demanda, es la nulidad de los actos que negaron la pensión especial solicitada por la actora bajo el amparo del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, arguyendo en su favor el principio de favorabilidad, situación que no cambia al contenerse la decisión negativa del derecho en un acto jurídico diferente al que expresamente acusa de ilegal.

2.         Las partes y sujetos procesales[13], a lo largo del proceso han obviado este hecho y se han referido irrestrictamente al fondo del asunto. En efecto, toda la discusión jurídica hasta aquí surtida se ha centrado sobre la interpretación y aplicación de las normas que regulan el derecho pretendido y el entorno jurisprudencial que involucra, de suerte que no se vulnera garantía alguna para la entidad demandada, porque el panorama de revisión de legalidad es igual cual fuere el acto acusado.

3.         En el caso, están presuntamente comprometidos derechos de un menor de edad discapacitado quien es sujeto de especial protección, y que están asociados a un aspecto de manifiesta importancia dentro de la comprensión del Estado Social de Derecho, como lo es la seguridad social.

En tal virtud, tal como se estableció en líneas anteriores, también resulta predicable que el juez ejerza un control estricto y minucioso a cada etapa del proceso precisamente para garantizar que la persona que acude a la jurisdicción obtenga un pronunciamiento de mérito sobre el asunto que somete a revisión judicial, y evitar con ello las decisiones inhibitorias que además de estar proscritas actualmente, transgreden los principios fundantes del Estado Social de Derecho. Por ello, si bien la demanda en forma constituye una carga para el impulsor del proceso, el lleno de requisitos formales debió ser verificado por el juez de instancia al momento de proveer sobre la admisión; y ocurrida ésta, se constituye la confianza legítima de que se cumplen con los presupuestos procesales necesarios para la decisión de fondo del caso.

De conformidad con la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación, la Sala acudirá al recurso de formular y resolver el siguiente:

Problema jurídico.-

¿Para acceder al reconocimiento consagrado en el  inciso 2º del Parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003[14], se requiere la condición de madre cabeza de familia como lo alego el a quo para negar las pretensiones de la actora, o si por lo contrario le asiste el derecho atendiendo que dicha normativa no exige tal requisito?

Resolución del problema jurídico.-

La pensión especial de vejez, consagrada en el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, se debe entender como el beneficio prestacional inherente al trabajador que alcanza el tiempo requerido para pensionarse y tiene un hijo discapacitado, cuya finalidad es protegerlo por padecer una invalidez mental o física, facilitando su rehabilitación, sus cuidados, y garantizarle el derecho a la vida digna.

Con tal propósito, el legislador permite la anticipación del derecho a la pensión al padre o madre que en tales condiciones, debe procurar la atención de su hijo discapacitado. Por ende, para acceder a ella, se debe acreditar la dependencia económica del descendiente respecto de la madre o padre, pues no se satisface con la simple necesidad afectiva o psicológica del hijo de contar con la presencia, el cariño y el acompañamiento de éste (a).

En este contexto temático, y teniendo en cuenta las razones expuestas por el tribunal de instancia para negar las pretensiones, y los argumentos que en su contra se formularon en el recurso de apelación, conviene analizar la evolución de la pensión especial discutida, su consagración positiva y la interpretación que la jurisprudencia ha hecho.

Antecedente legislativo.-

La norma cuya aplicación se cuestiona surge del Proyecto de Ley 98 de 2002 –Senado, “por la cual se reforma el artículo 33 del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993”, disposición que precisa los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Su propósito, era establecer un régimen especial para acceder a la pensión de vejez para las madres trabajadoras de niños afectados por una discapacidad física o mental.

La exposición de motivos, justificó la creación de esta pensión especial de vejez de la siguiente manera[15]:

“Este proyecto de ley fue concebido en beneficio de la madre trabajadora responsable de la manutención de un hijo menor de edad minusválido, con objeto de facilitar la rehabilitación, cuidados y atención que requiere el niño deficiente o discapacitado en orden a proporcionarle una digna calidad de vida en el interior de su núcleo familiar, bajo la efectividad de los derechos contemplados en los artículos 13, 44 y 47 del ordenamiento constitucional, a saber: la protección especial que debe dar el Estado a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; la protección de los derechos  fundamentales de los niños, los cuales tienen prevalencia sobre los derechos de las demás personas; y la atención especializada que debe prestar el Estado para la rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

“(...) la iniciativa que se somete a consideración del Congreso de la República tiene por objeto desarrollar lo dispuesto en los art. 13, 44 y 47 de la Constitución Política, a fin de darles un tratamiento diferente en materia de pensiones a aquellas madres de menores minusválidos que hayan cotizado para efectos de pensión un mínimo de 1.000 semanas, con la finalidad de que puedan suplir las deficiencias de sus hijos que se encuentran limitados por carecer de la capacidad física o mental  suficiente que les permita desenvolverse íntegramente como sus semejantes.

“Para poder reconocer a las madres de los niños minusválidos en forma especial la pensión de vejez a cualquier edad, el Régimen General de Pensiones se sujetará a dos presupuesto fundamentales:

“1. Haber cotizado en cualquier tiempo 1.000 semanas al Sistema General de pensiones

“2. Ser responsable del cuidado de un hijo menor de edad que como consecuencia de una discapacidad o deficiencia, bien sea física o mental, se le considere como minusválido, y que como tal, requiera tratamiento para su rehabilitación e integración social. Esta condición de invalidez debe ser debidamente comprobada de conformidad con la especificidad del problema y la historia clínica del menor afectado, mediante un diagnóstico clínico de carácter técnico o científico, expedido por la Empresa Promotora de Salud a la que se encuentre afilada la madre”. (Negrillas fuera de texto original).

Por consiguiente, el beneficio otorgado por el legislador buscó garantizar la protección del hijo discapacitado, al otorgarle a la madre la posibilidad de suplir las necesidades de su hijo, para que se desempeñe normalmente en sociedad.

Fundamento normativo.

La Ley 797 de 2003, a través de su disposición 9º modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, instituyendo la pensión especial cuya iniciativa legislativa fue explicada, para las madres con hijo discapacitado, así:

“ARTÍCULO 9. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(…)

PARÁGRAFO 4. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.” (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, para acceder a la pensión especial de vejez para madre con hijo discapacitado, es necesario acreditar, que debió haber cotizado el mínimo de semanas exigido para el régimen de prima media, dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1996, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, como a continuación se señala:

“ARTÍCULO. 34.- Modificado por el art. 10, Ley 797 de 2003. Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización el 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.”

Jurisprudencia constitucional.-

La disposición que consagra la pensión especial analizada, fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, destacando respecto de su propósito y condiciones:

“Es facilitarle a las madres el tiempo y el dinero necesarios para atender a aquellos hijos que están afectados por una invalidez física o mental, que no les permita valerse por sí mismos, y que dependen económicamente de ellas. Con el beneficio creado por la norma se espera que las madres puedan compensar con su cuidado personal las insuficiencias de sus hijos, para impulsarlos en su proceso de rehabilitación o para ayudarlos a sobrevivir en una forma digna.

(…)

Este tipo especial de pensión constituye una excepción a la exigencia general de haber alcanzado una determinada edad (en este momento, 60 años los hombres y 55 las mujeres) para poder acceder a la pensión de vejez. Es decir, la norma hace posible que las madres – o los padres – de las personas que padecen una invalidez física o mental puedan acceder a la pensión sin importar su edad.”

(…)

En conclusión, la pensión especial de vejez contemplada en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes presupuestos: (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y (iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema. A su turno, para mantener este beneficio pensional: (i) el hijo del cotizante debe conservar su estado de discapacidad; (ii) la relación de dependencia económica del hijo discapacitado con la madre o padre debe persistir; y (iii) el padre pensionado ha de permanecer por fuera del mercado de trabajo[16]” (Negrilla fuera del texto)

Este pronunciamiento, clarificó que la dependencia del hijo discapacitado respecto de su madre debía ser de índole económica, y así se declaró la exequibilidad del inciso 2º del parágrafo 4 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Respecto de la expresión madre, también contenida en el aparte normativo estudiado, la Corte Constitucional resolviendo otra demanda de inconstitucionalidad precisó que:

“No encuentra la Corte que exista un fundamento constitucional en virtud del cual se pueda establecer una diferencia de trato entre los hijos discapacitados –menores o adultos- que están a cargo de la madre cabeza de familia, frente a los que están al cuidado del padre cabeza de familia, esto es, que se encuentra en la misma situación a que alude la disposición en análisis, por cuanto en uno y otro caso se trata de personas respecto de las cuales el Estado tiene una obligación de protección especial y categórica (arts. 13, 43 y 47 C.P).De forma tal que, al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención; sin tener en cuenta la especial condición de discapacidad que padece y que finalmente es en virtud de la cual se busca protegerlo, para que no solamente no le falten recursos económicos que permitan su adecuada rehabilitación a la vida social, de ser ello posible; sino que se deja igualmente de lado el hecho de que el padre también puede hacerse cargo del hijo afectado por dicha invalidez, brindándole los cuidados y atención necesarios, ello, sin limitar tal circunstancia únicamente a aquellos eventos en que haya fallecido la madre de familia[17].” (Negrillas fuera de texto original).

Luego de reflexionar en tales términos, se declaró exequible la expresión madre de la disposición, entendiéndose que en todo caso, el beneficiario de la pensión también comprende al padre cabeza de familia cuando su hijo discapacitado dependa económicamente de él.

En conclusión, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 traía inmersos vacíos jurídicos, que la Corte Constitucional ha venido llenando con la finalidad de esclarecer el sentido de cómo interpretarse dicha norma con miras a que no se confunda la expresión allí contenida como “madre trabajadora” pues esta se debe entender como “madres cabeza de hogar”.

Siendo así, para acceder a la pensión especial de vejez, se debe acreditar además de la discapacidad del hijo, su dependencia económicamente y de manera exclusiva con la madre o padre cabeza de hogar, y las semanas mínimas para optar por la pensión en el régimen de prima media.

Ahora bien, clarificado lo anterior y con mirar a resolver los argumentos de la apelación, debe analizarse los efectos y carácter vinculante de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, indicando que la respuesta en este sentido, es doble; por una parte, posee tal condición la parte resolutiva, por expresa disposición del artículo 243 constitucional, y por otra, los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin alusión a aquéllos, esto es, la ratio decidendi.

Atendiendo lo dispuesto en los artículos 45 y 48 de la Ley 270 de 1996[18], se concluye que la parte resolutiva de las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, por regla general tienen efecto inmediato erga omnes[19]; lo cual, ha sido interpretado por la misma corporación así:

“La Corte no desconoce la obligación de notificar por edicto sus decisiones judiciales, ni tampoco las reglas procesales de la ejecutoria y la cosa juzgada constitucional. Por el contrario, en aras de salvaguardar la integridad y supremacía del Texto Constitucional y de asegurar la vigencia de la garantía fundamental de la seguridad jurídica, concluye, por una parte, que las sentencias de constitucionalidad producen efectos desde el día siguiente a su adopción, siempre y cuando sean debidamente comunicadas por los medios ordinarios adoptados por esta Corporación.[20]”

Esta interpretación, conlleva la obligatoriedad de las decisiones de constitucionalidad de la Corte a partir del día siguiente en que son proferidas, siempre y cuando se haya informado su contenido a través de los medios ordinarios de comunicación, tal como se regula en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996.

Para esta Corporación, es importante señalar que el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional, obedece en parte a la obligación de proteger la supremacía e integridad de la Constitución, ejerciendo un control jurisdiccional que abarca diferentes niveles: (i) abstracto, el cual recae sobre normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley o tratados; (ii) por vía de revisión, es en el que a través del estudio selectivo de acciones de tutela, proferidas por los jueces constitucionales de instancia, que pueden abarcar la comprensión de asuntos derivados del comportamiento de autoridades públicas –incluyendo las diferentes formas de manifestaciones del poder que las reviste: actos administrativos, sentencias, etcétera– y de particulares; (iii) por vía excepcional, al descender las normas de la Constitución a un caso concreto, dándoles preferencia frente a otras disposiciones jurídicas, lo cual encuentra asidero en el principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo cuarto de la Carta; y finalmente (iv) un control a los mecanismos de participación ciudadana, especialmente lo relacionado con los numerales 2 y 3 del artículo 241 de la norma ibídem[21].

Por otro lado, es importante señalar los 3 elementos que estructuran las decisiones de la Corte, los cuales son: el decisum (decisión), la ratio decidendi (razón de la decisión) y los obiter dicta (dichos al pasar).  Sin embargo, nos centraremos en el decisum y la ratio decidendi, debido a que estos son necesarios para explicar la fuerza vinculante de las sentencias acogidas por la primera instancia.

En primer lugar, el decisum, es el argumento contenido en la parte resolutiva del fallo, que contiene la respuesta directa del operador jurídico a la pretensión de la demanda, pudiéndose en circunstancias extraordinarias establecer el sentido de la disposición acusada, como en el control de constitucionalidad, “pues su parte resolutiva contiene un mandato imperativo que, por sus características, conlleva un deber generalizado de acatamiento, sin importar quienes hayan intervenido[22]”. Por ende, estas decisiones tienen fuerza de la cosa juzgada constitucional y poseen efectos vinculantes, que se integran a la lectura de un precepto legal o constitucional.

En segundo lugar, la ratio decidendi, que corresponde al enunciado contenido en la sentencia, que define el caso o el pleito mediante la formulación de una regla cuya aplicación genera la decisión o el resuelve del caso concreto[23]. En ese sentido, el desconocimiento de la ratio decidendi de los fallos de la Corte Constitucional constituye violación de la cosa juzgada constitucional y de la misma Constitución; y por tanto, también posee fuerza vinculante, no solo en lo referente a la providencia que los contiene, sino respecto de las que posteriormente se profieran, por la misma o por otra autoridad judicial.

Caso concreto.-

El argumento del recurso, apunta a la claridad del contenido literal de la norma que consagra del derecho pensional que persigue la actora, de donde concluye que los requisitos para ostentarlo se reducen al número mínimo de semanas de cotización en el régimen de prima media para la pensión, que lo cumple ampliamente, ser madre trabajadora de un menor discapacitado, y que ésta condición se acredite.

De modo que, las interpretaciones que hizo la jurisprudencia constitucional sobre tal disposición, y su reproducción en el fallo apelado, no impide su aplicación a la demandante, dado que si la ley es clara no requiere de ninguna interpretación.

En este estado, advierte la Sala que la demandante cuenta con los requisitos mínimos de cotización para acceder a la pensión especial de vejez, toda vez que mediante certificado de historia laboral se evidencia que cuenta con 1279[24] semanas cotizadas, superando el número mínimo que establece el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que para el año 2010 era de 1175.

Así mismo, acredita la condición de tener un hijo menor discapacitado, con una pérdida de capacidad funcional y laboral de 58.50%, como lo señala la Junta Regional de calificación de invalidez de Antioquia, lo cual implica que necesite apoyo en las actividades cotidianas. De la misma manera, el dictamen señala que presenta cuadros de agresividad[25].

Pese a ello, se tiene que tal como quedó explicado en el capítulo que antecede, la aplicación de la norma que consagra la pensión especial, exige atender lo que interpretó la Corte Constitucional alrededor de su constitucionalidad, debido al carácter vinculante que tienen los pronunciamientos en esta materia, que para el caso[26], la ajustaron a que el beneficiario acredite la condición de padre o madre cabeza de familia, entendiendo que la dependencia del menor discapacitado con su progenitor cual fuere su género, es de naturaleza económica.

En este aspecto, es necesario resaltar que la demandante no acreditó la calidad de madre cabeza de familia[27], que es necesaria para poder acceder a la pensión especial de que trata el parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, pues se trata de una prestación especial y anticipada que tiende a salvaguardar los derechos del discapacitado cuando su único sustento económico es su padre o madre.

Por el contrario, en el expediente está demostrado que la demandante contrajo matrimonio con el señor Andrés Alonso Gómez Gómez el día 9 de junio de 1990[28], quien es el padre del menor discapacitado[29]; de lo que se puede presumir la convivencia[30] y solidaridad de las obligaciones propias del hogar, descartándose que sea la madre quien en forma exclusiva sufrague los costos de manutención de su hijo.

Así las cosas, contrario a lo alegado por el apelante en esta instancia, la disposición que consagra el derecho pensional pretendido por la actora no puede interpretarse de manera literal y separada de lo que sobre su constitucionalidad ha dicho la Corte Constitucional, requiriéndose en todo caso, la condición de cabeza de familia del beneficiario, que al igual que el a quo, también echa de menos la Sala, y que supone la necesidad de confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por Sala Primera de Decisión en  Descongestión,  del Tribunal Administrativo  de Antioquia el 8 de julio de 2015, mediante la cual se le negaron las pretensiones de la demanda instaurada por la señora MARIA VICTORIA MARIN MONCADA CASTRO contra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Por intermedio de la Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen, y déjense las constancias respectivas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión, por los señores Consejeros.

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

[1] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 21 de junio de 2007. Radicado: 229-06. Actora: Yaneth Trujillo Zuluaga.  Demandado: Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado

[2] Folio 171.

[3] Artículo 50 C.C.A.

[4] Folio 26.

[5] Folio 32.

[6] Folios 19 y 20.

[7] Folios 112 y 113

[8] Numeral 4º Artículo 137 C.C.A.

[9] Numeral 2º Ibídem.

[10] Denominación contenida en el Decreto 01 de 1984 para significar el procedimiento seguido por la administración para adoptar sus decisiones.

[11] Código Contencioso Administrativo.

[12] Ley 1437 de 2011, articulo 19, subrogado Ley 1755 de 2015, artículo 1º.

[13] Demandante, Demandado y Ministerio Público.

[14] Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

[15] Gaceta del Congreso N° 428 del 11 de octubre de 2002, pp. 1- 5.

[16] Sentencia C-227 del 8 de marzo de 2004. Ponente: Álvaro Tafur Galvis

[17] Sentencia C-989 del 29 de noviembre de 2006, Ponente: Manuel José Cepeda

[18] Ley Estatutaria de Administración de Justicia

[19] A menos que la misma corte, difiera o module sus efectos.

[20] Sentencia C-973 de 2004.

[21] Consejo de Estado. Sección Quinta, Sentencia de fecha 5 de febrero de 2015. C.P LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ.

[22] La Corte en la sentencia C-461 de 2013 señaló: “Es importante acotar que en los dos casos antes mencionado [control de constitucionalidad ante la Corte y control de constitucionalidad o legalidad ante el Consejo de Estado], usualmente se considera incluso que en rigor no existen partes en esos procesos. Ello  por cuanto, se entiende que el actor no persigue a través de ellos un interés particular, sino que se mueve en beneficio de toda la comunidad en aras de proteger el orden jurídico, presuntamente afectado por la expedición de un acto inconstitucional o ilegal, según el caso. De allí que la decisión, cualquiera que sea, tenga efectos frente a todas las personas, quienes además pueden, si así lo desean, expresar su opinión durante esos trámites. Tampoco existe en realidad una parte demandada, aunque en algunos casos se le atribuye este carácter a la autoridad que hubiere expedido el acto acusado”.

[23] QUINCHE, Manuel. El Precedente Judicial y Sus Reglas. Colección Precedentes Jurisprudenciales. Legis, Bogotá D. C., 2014. Pág. 19

[24] Folio 184.

[25] Folio 169 a 171.

[26] Aplicables a la fecha de presentación de la petición inicial, 5 de noviembre de 2008

[27]  Ley 82 de 1993, mediante la cual se definió el concepto de mujer cabeza de familia y se fijaron medidas concretas de protección, dijo en su artículo 2°, lo siguiente:

“(…) entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.”

Dicho esto, una mujer es cabeza de familia cuando en efecto, el grupo familiar está a su cargo. Se trata de una categoría mediante la cual se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, al tiempo que se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, permitiéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos.

[28] Folio 38.

[29] Folio 34.

[30] Se corrobora con el dictamen de discapacidad del menor, folio 171