

º RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial. Es así como nos debemos remitir a las normas que se encontraban vigentes a la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las que se encuentra la Ley 33 de 1985 la que al no contener distinción en cuanto a los funcionarios a quienes se dirige, se ha entendido que le es aplicable a todos los niveles, pues con la misma lo que se pretendió fue unificar los regímenes existentes a la época y así crear un régimen pensional del que se beneficiaran los empleados oficiales de todos los órdenes, por lo tanto la misma le es aplicable a los docentes de conformidad con el art. 15 de la Ley 91 de 1989.

RÉGIMEN ESPECIAL PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DE DOCENTE - Requisitos

Conforme a lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972 que contiene el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos sin cumplir con los requisitos para percibir pensión de jubilación, consagra el derecho a la *pensión post mortem* pero sólo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DE DOCENTE AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO- Reconocimiento / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – No aplicación

Habida cuenta de que la aplicación de la referida norma [Decreto 758 de 1990 – artículo 1] delimita su campo de acción a trabajadores del sector privado que efectúen cotizaciones al ISS, a los afiliados obligatorios a dicha entidad o en forma excepcional a los servidores públicos que durante su vinculación estuvieron afiliados al ISS, no es procedente aplicar en forma extensiva dicha norma a los demandantes en orden a hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en ella contemplada, pues no se encuentran en ninguno de estos supuestos fácticos. Lo anterior por cuanto dentro del plenario no se acreditó que la señora Marta Luz Loaiza de Duque en su calidad de docente hubiera estado afiliado al ISS para el riesgo de pensiones, no siendo posible aplicar en forma extensiva esta norma, puesto que la misma es clara al indicar sus beneficiarios, dentro de los cuales no se halla la causante por haberse desempeñado como docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien no efectuó cotizaciones al ISS para efectos pensionales

FUENTE FORMAL : LEY 43 DE 1975 / LEY 91 DE 1989 / DECRETO 3135 DE 1968 / DECRETO 1848 DE 1969 / DECRETO 1045 DE 1978 / LEY 91 DE 1989 / LEY 33 DE 1985 / DECRETO 224 DE 1972- ARTÍCULO 7 / DECRETO 758 DE 1990 – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 05001-23-33-000-2014-01888-01(0620-17)

Actor: MARÍA DEL PILAR GÓMEZ LOAIZA Y SERGIO DE JESÚS DUQUE MORENO

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho –Ley 1437 de 2011 - Segunda instancia

Tema: Pensión de sobrevivientes cuyo causante laboró como docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el cónyuge y la hija pretenden la aplicación del Decreto 758 de 1990 por ser más favorable que el régimen especial.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de noviembre de 2016, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, negó las pretensiones de la demanda formulada por **María del Pilar Gómez Loaiza y Sergio de Jesús Duque** contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Antioquia**.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La señora María del Pilar Gómez Loaiza y el señor Sergio de Jesús Duque Moreno a través de apoderado en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, solicitaron la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Resoluciones 91621 del 12 de agosto de 2013 y 3691 del 29 de enero de 2014 proferidas por la Dirección de Gestión y Apoyo Administrativo de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, por las cuales se niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Sergio de Jesús Duque Moreno y María del Pilar Gómez Loaiza en su calidad de cónyuge e hija de la señora Marta Luz Loaiza Duque.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitaron que se ordene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Antioquia reconocer y pagar a favor de los demandantes una pensión de sobrevivientes a partir de la muerte de la señora Marta Luz Loaiza Duque.

Se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Antioquia a reconocer y pagar a la señora María del Pilar Gómez Loaiza *“la suma de ciento cuarenta y dos millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cincuenta y siete pesos moneda corriente (\$142.549.357.00) equivalente al 100% de la pensión desde el 29 de enero de 1991 hasta el 20 de febrero de 2010, ya que en su favor opera la suspensión de la prescripción y el 50% de la pensión desde el 21 de febrero de 2010 al 24 de febrero de 2014; y en favor del señor Duque Moreno el 50% de la misma desde el 21 de febrero de 2010 al 24 de abril de 2014 y el 100% de la misma desde el 25 de abril de 2014 y hasta que se haga efectivo el pago de la prestación...”*.

Que se condene a las demandadas a reconocer y pagar en forma indexada las mesadas adeudadas, los intereses de mora, como en costas y agencias en derecho, y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 189 del CPACA.

1.2. Los hechos de la demanda se resumen así:

La señora Marta Luz Loaiza Duque laboró al servicio de la docencia en el Departamento de Antioquia desde el 30 de abril de 1974 hasta el 28 de enero de 1991, fecha en la que falleció.

El señor Sergio de Jesús Duque contrajo matrimonio con la señora Marta Luz Loaiza de Duque el 22 de marzo de 1975 con quien convivió hasta la fecha de su muerte.

Fruto de una relación extramatrimonial entre la causante y el señor Álvaro Gómez Rodríguez nació María del Pilar Gómez Loaiza el 24 de abril de 1989, quien a la fecha del fallecimiento de su madre contaba con 1 año y 9 meses de edad, luego inició sus estudios de básica primaria y secundaria, posteriormente en la Universidad Luís Amigó donde se graduó como abogada el 4 de septiembre de 2012.

El 20 de febrero de 2013 los demandantes radicaron ante la oficina del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija y cónyuge supérstite de la causante, la que fue resuelta en forma negativa a través de las Resoluciones 91621 del 12 de agosto de 2013 y 3691 del 29 de enero de 2014.

1.3 Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas violadas las siguientes:

Arts. 13 y 53 de la CP.

Art. 1º de la Ley 33 de 1973.

Ley 12 de 1975 art. 1º.

Art. 5º de la ley 44 de 1980.

Art. 1º de la Ley 33 de 1985.

Art. 3º de la Ley 71 de 1988.

Decreto 224 de 1972 art. 7º.

Arts. 6º y 25 del Decreto 758 de 1990

Acuerdo 049 de 1990

Al explicar el concepto de violación se sostuvo que:

Consideró que los demandantes tienen derecho a la pensión de sobrevivientes de su esposa y madre en igualdad de condiciones, ya que existe abundante jurisprudencia que ha reconocido para los beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más favorable al trabajador, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 por vía de excepción de la norma vigente al momento de los hechos, como son el Decreto 224 de 1972 y Ley 12 de 1975.

Transcribió los arts. 7º del Decreto 224 de 1972, 1º de la Ley 33 de 1973, 1º de la Ley 12 de 1975, 5º de la ley 44 de 1980, 1º de la Ley 33 de 1985, 3º de la Ley 71 de 1988, 6º y 25 del Decreto 758 de 1990, con fundamento en los cuales consideró que el legislador pensó en la protección de la familia del trabajador que falleciera y aportaba para el

sustento de la familia, en algunas de ellas de manera tímida pero en otras más extensiva, previendo en el art. 53 de la CP. el derecho a la seguridad social integral.

Precisó que el problema jurídico a resolver en el presente proceso es decidir si le es aplicable a los demandantes el Decreto 758 de 1990 por el cual se aprueba el Acuerdo No. 049 de 1990 o si por el contrario su derecho se halla gobernado por el art. 7º del Decreto 224 de 1972 que regula el sistema pensional exceptuado de los docentes vinculados al sector público.

La anterior discusión se plantea a efectos de que se de aplicación al principio de la condición más favorable al trabajador previsto en el art. 53 de la C.P., según la cual, en el caso de que dos normas se encuentran vigentes se debe dar aplicación a la más favorable en aras de garantizar los derechos del trabajador o sus beneficiarios, esto por cuanto los docentes del sector público gozan de un régimen especial, como es la Ley 91 de 1989, la Ley 100 de 1993 y Ley 812 de 2003, normas que prevén los requisitos más gravosos para obtener la pensión de sobrevivientes, en comparación con los dispuestos por el Decreto 758 de 1990, esto por cuanto, los primeros exigen 18 años de servicios mientras que la última tan sólo 150 semanas en los últimos 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez.

Es así que la norma que regula el régimen general en materia de pensión de sobrevivientes es más beneficiosa que la del régimen especial, así entonces el Decreto 224 de 1972 rompe con el principio general de derecho que señala que las normas especiales garantizan mejores condiciones al trabajador para obtener sus prestaciones sociales, por lo que de aplicarse al presente asunto el régimen especial, se vulneraría la condición más favorable al trabajador y los derechos a la igualdad y a la seguridad social. Sustentó su posición en sendos pronunciamientos emitidos por esta Corporación y la Corte Constitucional respecto al tema.

2. Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Antioquia, se opusieron a las pretensiones de la demanda con base en las razones que se resumen a continuación:

2.1. Departamento de Antioquia

La entidad contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda¹, argumentando lo siguiente:

Adujo que los actos administrativos acusados se profirieron en nombre y representación de la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los cuales se indica que la cónyuge fallecida era docente nacionalizada que prestó sus servicios como tal desde el 30 de abril de 1974 hasta el 28 de enero de 1991, fecha en que murió, por lo que al presente asunto le son aplicables las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994.

En estas condiciones no es procedente aplicar la Ley 100 de 1993, puesto que la misma en su art. 270 excluye expresamente de su aplicación a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, situación que cambió a partir de la Ley 812 de 2003 momento desde el cual los docentes que se vinculen con posterioridad a su vigencia se rigen por el Sistema General de Seguridad Social, sin embargo para el caso de la causante, su situación y la de sus beneficiarios se debe resolver con fundamento en las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994.

Así las cosas conforme a las Leyes 33 de 1973, Decreto 690 de 1974, Ley 12 de 1975, Decreto 1160 de 1989, Ley 44 de 1980 y Ley 71 de 1988 el derecho a la sustitución pensional se tiene cuando fallece un docente pensionado o un docente activo que ha cumplido con los requisitos para exigir la pensión de jubilación, vejez o invalidez, esto es, 55 años de edad y 20 años de servicios. A su vez de acuerdo con las Leyes 12 de 1975, 71 de 1988 y Decretos 1160 de 1989 y 3752 de 2003 hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes cuando el docente fallecido hubiere cumplido 20 años de servicios sin importar la edad, no obstante en el *sub lite* la causante acreditó 16 años, 8 meses y 29 días de servicios, lo cual no le da derecho a sus beneficiarios a acceder a la pensión pretendida.

A su vez los Decretos 224 de 1972 y 3752 de 2003 previeron que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes por espacio de 5 años los beneficiarios del afiliado que falleciera cumpliendo 18 años de servicios, sin importar la edad, requisito que tampoco se cumple en el *sub examine*, por lo que no es procedente reconocer la prestación con fundamento en esta normativa.

Finalmente consideró que la entidad no es la llamada a responder por las pretensiones de la demanda, puesto que la pensión que hoy se reclama es de una docente nacionalizada la cual es competencia del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y pagada por la Fiduprevisora S.A., por lo que existe falta de legitimación en la causa por pasiva para el Departamento de Antioquia. Además propuso las excepciones de falta de

¹ Fls. 59 a 63

legitimación en la causa por pasiva, legalidad del acto, cobro de lo no debido y prescripción.

2.2. Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio²

Citó los arts. 7º del Decreto 224 de 1972, 46, 49 y 270 de la Ley 100 de 1993, 46 de la Ley 797 de 2003 y 7º del Decreto 224 de 1972, de los cuales concluyó que según el régimen prestacional de los docentes, sus beneficiarios, esto es, el cónyuge y los hijos menores, tienen derecho a la pensión post mortem, cuando el causante afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contara con 18 años de servicios.

Conforme a lo anterior, consideró que no hay lugar a acceder a la prestación reclamada por cuanto la docente Marta Luz Loaiza de Duque no contaba con 18 años de servicios al momento de su muerte pues se probó que sólo laboró 16 años, 8 meses y 29 días tiempo insuficiente para consolidar el derecho pensional pretendido.

Finalmente propuso las excepciones de prescripción, falta de legitimidad por pasiva e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, mediante sentencia del 4 de noviembre de 2016, resolvió negar las pretensiones de la demanda por las razones que se resumen a continuación³:

En principio hizo un análisis de los hechos probados dentro del presente proceso, precisando que a la muerte de la señora Marta Luz Loaiza Valencia, ocurrida el 30 de enero de 1991, los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tenían un régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esto es, el Decreto 244 de 1972 art. 7º, requisitos que no cumplió la causante, puesto que se acreditó que aquella prestó sus servicios al magisterio por espacio de 16 años, 8 meses y 29 días, mientras que la norma prevé un tiempo de servicios de 18 años.

Sin embargo, la parte actora pretende que en aplicación al principio de favorabilidad se analice su derecho con fundamento en el Decreto 758 de 1990, argumento que no es de recibo, por cuanto el mismo no es un régimen general como lo pretende hacer ver la demandante, sino que contiene un régimen especial para el ISS, esto es, para las prestaciones reconocidas por este instituto, puesto que con anterioridad a la Ley 100 de

² Fls. 97 a 164

³ folios 171 a 175.

1993 el empleador asumía directamente el pago de la pensión de los trabajadores que cumplían los presupuestos del art. 260 del CST; resultando imposible comparar este régimen con el especial que regula al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que entre regímenes especiales no se puede predicar la favorabilidad e igualdad.

Con fundamento en lo anterior negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

4. Fundamentos del recurso de apelación

Los demandantes, señores María del Pilar Gómez Loaiza y Sergio de Jesús Duque, presentaron recurso de apelación en contra de la anterior decisión⁴, con fundamento en las razones que se resumen a continuación:

Consideraron que no es posible entender que el Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo No. 049 de 1990 sea un régimen especial aplicable sólo para el ISS, puesto que dicha institución no solo afiliaba a sus funcionarios sino también a empleados del sector público y privado, siendo un régimen general de pensiones asumido luego por la Ley 100 de 1993, así entonces, si bien hoy en día el régimen general está contemplado en esta última disposición con anterioridad a ella estaba previsto en el Decreto 758 de 1990.

Agregó que de una lectura del referido decreto se puede deducir que la norma pretende proteger la población urbana y rural, propende por la utilidad pública y el interés social, cuya finalidad fue unificar el régimen general de los seguros sociales obligatorios, amparando a la familia ante la muerte del trabajador; por lo tanto, los demandantes tienen derecho a la pensión de sobrevivientes contemplada en el Decreto 758 de 1990 en aras de garantizar el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad.

La causante al haber laborado al servicio de la docencia por espacio de 16 años, 8 meses y 29 días tiene derecho a la prestación contemplada en el Decreto 758 de 1990 el que exige como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes 150 semanas cotizadas durante los 6 años anteriores a la fecha del deceso del trabajador o 300 semanas en cualquier época, norma que resulta más favorable con respecto a la norma especial aplicable a los docentes, esto es, el Decreto 224 de 1972, que exige 18 años de servicios.

⁴ Fls. 178 a 187

Citó sendos pronunciamientos emitidos por esta Corporación y la Corte Constitucional en relación con la aplicación del régimen general en casos en que el régimen especial resulte menos favorable, para sustentar sus argumentos.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 16 de mayo de 2017⁵ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La parte demandada guardó silencio.

Y el Ministerio Público no emitió concepto fiscal.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conoce en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales administrativos.

2. Problema jurídico

En el caso concreto la Sala debe precisar si los demandantes tienen derecho a que se les reconozca pensión de sobrevivientes de conformidad con el Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo No. 049 de 1990 teniendo en cuenta que el régimen especial aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contenido en el Decreto 224 de 1972 les resulta menos favorable.

3. De la normatividad aplicable al sub examine

3.1. Régimen pensional aplicable a los docentes

La Ley 43 de diciembre 11 de 1975 *“por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el*

⁵ Folio 201.

Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa”, ordenó que los docentes fueran nacionalizados, en virtud de la cual se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

La mentada disposición en su art. 15 señaló:

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

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

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

De conformidad con lo anterior, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Es así como nos debemos remitir a las normas que se encontraban vigentes a la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las que se encuentra la Ley 33 de 1985 la que al no contener distinción en cuanto a los funcionarios a quienes se dirige, se ha entendido que le es aplicable a todos los niveles, pues con la misma lo que se pretendió fue unificar los regímenes existentes a la época y así crear un régimen pensional del que se beneficiaran los empleados oficiales de todos los órdenes, por lo tanto la misma le es aplicable a los docentes de conformidad con el art. 15 de la Ley 91 de 1989.

No obstante lo anterior, para las personas que como la causante señora Marta Luz Loaiza de Duque, no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de

su fallecimiento, el Decreto 224 de 1972 por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7° previó la siguiente prestación:

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

Si bien se ha afirmado en reiteradas ocasiones la inexistencia de un régimen especial en materia pensional para los docentes y la observancia de las reglas contenidas al respecto dentro de la Ley 91 de 1989 que remiten a la aplicación para los docentes nacionales y nacionalizados de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público, tal como se dejó arriba explicado, debe advertirse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como la pensión gracia y la pensión que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando éste último no logró alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al sistema para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios.

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972 que contiene el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos sin cumplir con los requisitos para percibir pensión de jubilación, consagra el derecho a la *pensión post mortem* pero sólo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973⁶.

⁶ Pues el Decreto 224 de 1972 preveía una limitante para esta pensión por cinco (5) años, limitante temporal que fue eliminado por el art. 1° de la Ley 33 de 1972.

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

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

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

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

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

3.2. De la normatividad contenida en el Decreto 758 de 1990 aprobatoria del Acuerdo No. 049 de 1990.

La ley 90 del 26 de diciembre de 1946, estableció el Seguro Social Obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. A su vez, el Decreto 433 de 27 de marzo de 1971 reorganizó el Instituto y precisó en su artículo 2º quienes estarían sujetas al Seguro Social Obligatorio.

Ahora en relación con los riesgos de invalidez, vejez y muerte el Decreto 3041 de 1966 por medio del cual se reglamentó el Seguro Social de Invalidez, Vejez y Muerte, delimitó en su artículo 1º quiénes estaban sujetos a la norma, así:

“ARTICULO 1o. Estarán sujetos al Seguro Social obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez;

a. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento;

b. Los trabajadores que presten servicios a entidades empresas de derecho público semioficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal expresa;

c. Los trabajadores que mediante, contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público, en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o copartícipes;

d. Los trabajadores que presten servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato sindical, caso en el cuál la entidad profesional se entiende patrono de los trabajadores.

PARAGRAFO. Para los trabajadores independientes, los de servicio doméstico, los trabajadores a domicilio y los trabajadores agrícolas de empresas no mecanizadas se hará efectiva la obligación al Seguro en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los mencionados riesgos, cuando se adopten los reglamentos que determinen la forma de protección y las modalidades tanto de las prestaciones, como financiación y de administración del seguros, que correspondan a las condiciones laborales, económicas y sociales de las citadas categorías de trabajadores.”

Por su parte en el artículo 20 previó lo siguiente:

“Artículo 20. Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:

a) Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5, para el derecho a pensión de invalidez;

b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento”.

Por su parte del literal b) del artículo 5º del mencionado decreto estableció respecto a la densidad de cotizaciones y condiciones de tiempo lo siguiente:

“Artículo 5. Tendrán derecho a la pensión de invalidez los aseguradores que reúnan las siguientes condiciones:

(...)

b) Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años”.

El Decreto Ley N° 1650 de julio 18 de 1977 se refirió a los afiliados obligatorios al ISS:

“Artículo 34 De otros afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Los servidores del Estado que en la actualidad están afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, ICSS, conservarán tal calidad con respecto al Instituto de Seguros Sociales”.

Posteriormente a través del Decreto 758 de 1990 el Gobierno Nacional aprobó el Acuerdo 049 del 1º de febrero de 1990 (modificando lo dispuesto en el Decreto 3041 de 1966) por el cual se expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio, consagrando en su capítulo I denominado “*campo de aplicación*” quiénes son los beneficiarios de la misma, además previó la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Artículo 1. Afiliados al seguro de invalidez, vejez y muerte. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;

b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,

c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.

2. En forma facultativa:

a) Los trabajadores independientes;

b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,

c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.”

ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
- b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.

ARTÍCULO 26. CAUSACION Y PERCEPCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente Reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado.

ARTÍCULO 27. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derecho habientes:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

2. Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudios, siempre que dependan económicamente del asegurado y mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez y los estudiantes aprueben el respectivo período escolar y no cambien o inicien nueva carrera o profesión por razones distintas de salud. La invalidez será calificada por los médicos laborales del Instituto.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos, tienen derecho en forma vitalicia, los padres del asegurado, incluidos los adoptantes, que dependían económicamente del causante.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos con derecho o padres, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependían económicamente del asegurado y hasta cuando cese la invalidez”

Visto lo anterior se tiene que conforme al Decreto 758 de 1990 se tiene derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el trabajador que fallezca reúna “el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”, esto es, “haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los últimos seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.

Conforme a lo expuesto, se tiene que el legislador creó el Instituto de los Seguros Sociales y le confió, entre otras, la seguridad del personal que determinó y los que voluntariamente se afiliaran. El personal cotizante está conformado fundamentalmente por trabajadores particulares, sin embargo, ocasionalmente fueron afiliados empleados públicos y trabajadores oficiales, a los cuales el ISS da un tratamiento bajo el régimen común que tiene para sus aportantes, sin embargo,

se ha precisado en la jurisprudencia Contencioso Administrativa, de tiempo atrás, que los empleados oficiales que por determinadas razones se encuentran afiliados al ISS. no pierden sus derechos conforme al régimen jurídico que les es aplicable en su calidad de tal.

4. Del caso concreto

Encuentra la Sala que el apoderado de la parte demandante solicita que en aras de garantizar los derechos a la igualdad, seguridad social y el principio de favorabilidad de los demandantes, se de aplicación al Decreto 758 de 1990 a efectos de reconocer a favor de los demandantes la pensión de sobrevivientes en esta última contemplada, puesto que el régimen especial aplicable a los docentes contenido en el Decreto 224 de 1972 le es menos favorable.

En estas condiciones a efectos de resolver la presente controversia se hace necesario efectuar un estudio de lo acreditado en el proceso.

4.1 Hechos probados

4.1.1. Para efectos del reconocimiento pensional de María del Pilar Gómez Loaiza y Sergio de Jesús Duque, se encuentra demostrado en el proceso lo siguiente:

- Copia del registro civil de matrimonio No. 3123877 del 20 de junio de 2002 en el que consta que el señor Sergio de Jesús Duque Moreno contrajo matrimonio con la señora Marta Luz Loaiza Moreno, el 22 de marzo de 1975⁷.
- La señora Marta Luz Loaiza Moreno falleció el 28 de enero de 1991, según consta en copia auténtica del registro civil de defunción No. 1067018 del 30 de enero de 1991⁸.
- Copia del registro civil de nacimiento No. 14223487 del 24 de abril de 1984, en el que consta que la señora María del Pilar Gómez Loaiza nació el 24 de abril de 1989, hija de Marta Luz Loaiza Valencia y Álvaro Gómez Rodríguez⁹.

⁷ Fl. 29

⁸ Fl. 30

⁹ Fl. 35

- Copia de la certificación expedida por la Fundación Universitaria Luís Amigó del 13 de febrero de 2013, en la que consta que la señora María del Pilar Gómez Loaiza fue graduada del programa de Derecho el 4 de septiembre de 2012¹⁰.
- Copia de la certificación expedida por el Centro Colombo Americano Medellín del 4 de agosto de 2014, en la que consta que la señora María del Pilar Gómez Loaiza se encuentra matriculada en el cuarto curso básico del programa inglés para adultos, el cual inició el 24 de junio de 2014 y termina el 26 de agosto de 2014¹¹.
- Copia de la Resolución 3310 del 15 de mayo de 1989 expedida por la Junta Seccional del Escalafón del Departamento de Antioquia por la cual asciende a la señora Marta Luz Loaiza Valencia al grado 8 del escalafón docente¹².
- Formato único para expedición de certificado de historia laboral emitido por la Secretaría de Educación de Antioquia el 20 de diciembre de 2012, en el que consta que la señora Marta Luz Loaiza de Duque laboró al servicio de la docencia básica primaria, como nacionalizada, desde el 30 de abril de 1974 al 28 de enero de 1991¹³.
- Formato único para expedición de certificado de salarios emitido por la Secretaría de Educación de Antioquia el 20 de diciembre de 2012, en el que consta los conceptos y valores percibidos por la señora Marta Luz Loaiza de Duque desde el 1º de enero de 1989 al 27 de enero de 1991¹⁴.

4.1.2.- Los actos administrativos acusados son los siguientes:

- Resolución 91621 del 12 de agosto de 2013 expedida por la Directora de Gestión de Apoyo Administrativo de la Secretaría de Educación de Antioquia por la cual da respuesta a la petición elevada por Sergio de Jesús Duque Moreno y María del Pilar Gómez Loaiza en calidad de hija y cónyuge de la señora Marta Luz Loaiza de Duque para que se reconozca a su favor la pensión de sobrevivientes de la causante, en forma negativa, por considerar que la señora Marta Luz Loaiza de Duque laboró al servicio de la docencia por espacio de 16 años, 8 meses y 29

¹⁰ Fl. 36

¹¹ Fl. 37

¹² Fl. 28

¹³ Fl. 25

¹⁴ Fls. 26 a 27

días, esto es, entre el 30 de abril de 1974 al 27 de enero de 1991. A su vez conforme al art. 279 de la Ley 100 de 1993 no le es aplicable dicha norma, pues los docentes se hayan exceptuados de su aplicación, quienes se rigen por las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994¹⁵.

- Resolución 3691 del 29 de enero de 2014 por la cual la misma autoridad resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior, con los mismos argumentos expuestos en el acto recurrido¹⁶.

4.2. Análisis

Bajo los anteriores supuestos, observa la Sala que en el caso concreto se encuentra debidamente acreditado y no existe discusión sobre el hecho de que la señora Marta Luz Loaiza de Duque laboró al servicio de la docencia básica primaria, como nacionalizada, desde el 30 de abril de 1974 al 28 de enero de 1991¹⁷.

Además, se advierte que durante este periodo la causante no efectuó cotizaciones al Instituto de Seguro Sociales, pues se hallaba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que conforme a la Ley 91 de 1989 es la administradora de las prestaciones de sus afiliados.

Finalmente, se tiene que Marta Luz Loaiza de Duque y Sergio de Jesús Duque contrajeron matrimonio el 22 de marzo de 1975¹⁸, igualmente que la señora Marta Luz Loaiza de Duque es madre de María del Pilar Gómez Loaiza quien nació el 24 de abril de 1989¹⁹.

En el caso objeto de estudio, los demandantes en calidad de cónyuge e hija de la señora Marta Luz Loaiza Duque pretenden que se les reconozca la pensión de sobrevivientes aplicando el Decreto 758 de 1990 *“por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”*, teniendo en cuenta que el régimen especial aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no le es favorable.

En estas condiciones, se tiene que para la fecha de muerte de la causante, esto es, el 28 de enero de 1991²⁰ la normatividad especial aplicable a los docentes era el Decreto 224 de 1972 el cual prevé que el cónyuge y/o los hijos menores del docente que fallece sin

¹⁵ Fl. 20

¹⁶ Fls. 22 a 23

¹⁷ Fl. 25

¹⁸ Fl. 29

¹⁹ Fl. 35

²⁰ Fl. 30

cumplir el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión de jubilación, tiene derecho a una pensión de sobrevivientes siempre que el causante hubiere cumplido por lo menos 18 años continuos o discontinuos de servicios, prestación que será equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el profesor al tiempo de la muerte.

Revisado el expediente, se tiene que la señora Marta Luz Loaiza de Duque laboró al servicio de la docencia básica primaria, como nacionalizada, desde el 30 de abril de 1974 al 28 de enero de 1991²¹, completando un total de 16 años, 8 meses y 28 días. En consecuencia se acreditó que la causante no reunió el requisito establecido en el Decreto 224 de 1972, esto es, que al momento del fallecimiento, esta hubiese completado 18 años de servicio, por lo tanto, en principio es dable concluir que le asistió razón a la entidad demandada al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida por los demandantes, pues su cónyuge y madre no acreditó el requisito dispuesto en la normatividad que gobierna su derecho pensional.

Ahora bien, es necesario analizar si el acto administrativo demandado se halla ajustado a derecho, en tanto negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con fundamento en el Decreto 758 de 1990, norma que en sentir de la parte actora es la que rige el régimen general al momento de la muerte de la causante, ello con fundamento en el principio de favorabilidad.

Respecto al contenido y alcance del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la C.P. se tiene que hay lugar a su aplicación, cuando existan dos normas vigentes aplicables al mismo caso concreto o varias interpretaciones respecto a una misma norma, el operador judicial deberá preferir la más favorable al trabajador, en aras de resolver la situación de hecho planteada.

Al respecto esta Corporación en reciente pronunciamiento precisó:

“La aplicación del principio de favorabilidad supone el conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente “vigentes” al momento en que se realice el análisis del caso particular, o cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones. En aplicación de tales lineamientos, se ha procedido a la aplicación del principio de favorabilidad cuando el régimen especial vigente establece beneficios inferiores a los dispuestos en el régimen general aplicable al común de la población sin que exista causa válida para este tratamiento diferencial, en razón a que la situación discriminatoria riñe con los principios de igualdad y favorabilidad que erigen el Estado Social de Derecho.”²²

²¹ Fl. 25

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de julio de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En estas condiciones, se tiene que la parte actora pretende que con fundamento en este principio se hagan extensivos los efectos del Decreto 758 de 1990 *“Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”*, pues le resulta más benévolo a efectos de resolver sobre su derecho prestacional. Al respecto, encuentra la Sala que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por parte del Instituto de Seguros Sociales regulada en dicha normatividad, tiene como base únicamente las semanas de cotización efectivamente realizadas a dicho Instituto o en otros casos se ha admitido la acumulación de cotizaciones hechas al ISS y a otra entidad de previsión social o al empleador en los casos en que no se hubiere cotizado.

Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 758 de 1990 son beneficiarios de las previsiones contenidas en dicha norma (entre los cuales se halla el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a cargo del Instituto de Seguro Social): *“1. En forma forzosa u obligatoria: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y, c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él. 2. En forma facultativa: a) Los trabajadores independientes; b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y, c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS. 3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios”*.

Visto lo anterior, se tiene que son destinatarios de los beneficios allí dispuestos sólo los trabajadores del sector privado que efectúen cotizaciones al ISS o excepcionalmente tal como lo ha entendido la jurisprudencia en aplicación al principio de favorabilidad, los empleados públicos que estuvieren afiliados al riesgo de pensión a esta entidad y por ende efectúen cotizaciones al ISS, o a este y otras entidades de previsión social ²³, situación fáctica en la que no se hallaba la

²³ “9.1. El cómputo de las semanas cotizadas es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez.

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia, para efecto del reconocimiento de esta prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.

9.2. Por otro lado, según se decantó en esta providencia, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también

causante, puesto que conforme al material probatorio aportado al plenario ésta laboró al servicio de la docencia desde el 30 de abril de 1974 al 28 de enero de 1991²⁴, periodo en el cual las cotizaciones a seguridad social pensiones se efectuaron al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto en el evento de existir la obligación de pago de pensión le correspondería asumirlo a la entidad empleadora.

Así las cosas, habida cuenta de que la aplicación de la referida norma delimita su campo de acción a trabajadores del sector privado que efectúen cotizaciones al ISS, a los afiliados obligatorios a dicha entidad o en forma excepcional a los servidores públicos que durante su vinculación estuvieron afiliados al ISS, no es procedente aplicar en forma extensiva dicha norma a los demandantes en orden a hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en ella contemplada, pues no se encuentran en ninguno de estos supuestos fácticos. Se reitera la misma tiene como destinatario el sector privado y excepcionalmente los empleados públicos que hubieren realizado cotizaciones al ISS.

Lo anterior por cuanto dentro del plenario no se acreditó que la señora Marta Luz Loaiza de Duque en su calidad de docente hubiera estado afiliado al ISS para el riesgo de pensiones, no siendo posible aplicar en forma extensiva esta norma, puesto que la misma es clara al indicar sus beneficiarios, dentro de los cuales no se halla la causante por haberse desempeñado como docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien no efectuó cotizaciones al ISS para efectos pensionales.

En estas condiciones, es obligatorio concluir que los demandantes no son beneficiarios del Decreto 224 de 1972 pues la señora Marta Luz Loaiza Duque no completó 18 años de servicios a la fecha de su muerte y tampoco el Decreto 758 de 1990 por cuanto aquella no se hallaba en ninguna de los supuestos previstos por el artículo 1º *ibídem*, siendo procedente negar la pensión de sobrevivientes por esta reclamada con fundamento en dicha disposición.

para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

9.3. Finalmente, también es posible acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional." Corte Constitucional, Sentencia SU-769 de 2014, pronunciamiento reiterado T-408-16 entre otros.

²⁴ Fl. 25

Se precisa además, que no le asiste razón a la parte actora al considerar que el régimen prestacional contenido en el Decreto 758 de 1990 preveía el régimen general antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que la norma expidió el reglamento general de seguridad social, esto es, contenía normas aplicables a los empleados del sector privado que estuvieran afiliados al ISS o para sus trabajadores y en forma excepcional a los empleados públicos afiliados a este instituto como se explicó anteriormente, siendo equivocado considerar que el mismo era el régimen general de los empleados públicos puesto que las disposiciones aplicables a este sector en materia de pensión de sobrevivientes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 eran las previstas en las Leyes 12 de 1975 y 33 de 1985 y los diferentes regímenes especiales vigentes para la época, entre los cuales se hallaba el aplicable a los docentes, tal como se dejó analizado.

4.3. Conclusión.

Vistas las consideraciones que anteceden, los señores María del Pilar Gómez Loaiza y Sergio de Jesús Duque no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida, en calidad de hija y cónyuge supérstite de la señora Marta Luz Loaiza Valencia, puesto que no cumplen con los requisitos dispuestos en el Decreto 224 de 1972 que regula el régimen especial docente, la cual exige el cumplimiento del requisito de 18 años de servicios al momento en que ocurra el fallecimiento del afiliado, requisito con el que no cumplió la docente fallecida, pues se probó que acreditó 16 años, 8 meses y 28 días.

A su vez no es de recibo el argumento tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes contenida en el Decreto 758 de 1990 "*Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios*", puesto que el mismo es aplicable a los trabajadores particulares afiliados al ISS y excepcionalmente a los empleados públicos cuyas cotizaciones hubieren sido realizadas a esta entidad, situación en la que no se hallaba la causante.

Por último no habrá pronunciamiento respecto a la condena en costas impuesta a la entidad demandada en el fallo apelado, por cuanto esta no presentó inconformidad al respecto en el recurso de apelación.

5. Decisión de segunda instancia.

Conforme al análisis precedente, se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 4 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, por medio de la cual se negó las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2016, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, que denegó las súplicas de la demanda promovida por **María del Pilar Gómez Loaiza y Sergio de Jesús Duque** contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Antioquia**.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ