



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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Acción	: Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente	: 05001-23-31-000-2010-02266-01 (3910-14)
Demandante	: María Regina Arias Valencia
Demandado	: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Tema	: Reliquidación de pensión de jubilación docente

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, sala de descongestión, subsección laboral, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la señora María Eugenia Arias Valencia contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (fs. 1 a 29). La señora María Regina Arias Valencia, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción contencioso administrativa a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se acojan las pretensiones que en el apartado se precisan.



Medellín le reconoció pensión de jubilación, y 5598 de 29 de agosto del mismo año, que resolvió un recurso de reposición contra la decisión inicial en el sentido de confirmarla.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita (i) reajustar su pensión de jubilación en un monto equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional, con inclusión de las doceavas partes de las primas que percibió en dicho lapso; (ii) declarar que el retiro del servicio no es un requisito para percibir la prestación; (iii) ordenar que se calcule la mesada pensional de acuerdo con los incrementos legales de cada año; (iv) actualizar las sumas de dinero que resulten como condena; (v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA; y (vi) condenar en costas a la parte demandada.

1.1.2 Fundamentos fácticos. Relata la actora que el 22 de marzo de 1984 fue designada como docente de una institución educativa privada¹ donde la afiliaron al Instituto de Seguros Sociales, entidad en la que cotizó a pensión hasta el 17 de marzo de 1994, fecha en la que el alcalde de Medellín la nombró como educadora municipal de tiempo completo.

Que el 25 de abril de 2005, pidió ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de la pensión de jubilación por cumplir los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para acceder ella, prestación que le fue otorgada a través de Resolución 3376 de 30 de marzo de 2006, no obstante, su monto fue calculado sin tener en cuenta las doceavas partes de las primas devengadas durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

Afirma que contra el anterior acto administrativo interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado por medio de Resolución 5598 de 29 de agosto de 2006, en el sentido de confirmar la decisión inicial.

Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio condicionó el pago de la pensión de jubilación a su retiro del servicio, bajo el argumento de mediar un convenio con el municipio de Medellín que así lo dispone, sin embargo, ello contraría el sistema normativo dado que el Decreto 1278 de 2001 prevé que la prestación es compatible con los emolumentos percibidos por los docentes.

Concluye que ningún convenio entre entidades públicas puede desconocer las normas pensionales aplicables a los maestros del país, cuanto más si se tiene en cuenta que están en un nivel inferior en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico colombiano.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos acusados los artículos 13, 23, 46 y 48 de la Constitución Política; 15 de la Ley 91 de 1989; 279 de la Ley 100 de 1993; 7 del Decreto 320 de 1949; 1 del Decreto 2285 de 1955; 3 del Decreto 524 de 1975; 42 del Decreto 1042 de 1978; 45 del Decreto 1045 de 1978 y 70 del Decreto 2277 de 1979.

Aduce que los actos administrativos demandados vulneran su derecho constitucional fundamental a la igualdad, ya que docentes que se encuentran en su misma condición perciben la pensión de jubilación y adicionalmente el salario por desempeñar actividades educativas.

Que por ejercer la docencia al 31 de diciembre de 1980, es beneficiaria de la Ley 91 de 1989, que no condiciona el reconocimiento de la pensión de jubilación de



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, mandato desconocido por los actos administrativos demandados.

Arguye que por ser docente del municipio de Medellín, le es aplicable la Ley 6ª de 1945, la cual dispone que los educadores que desempeñen la actividad docente en entidades territoriales tienen derecho a acceder a una pensión de jubilación tras cumplir 50 años de edad y 20 de servicios, requisitos que no variaron en la Ley 33 de 1985.

Que el régimen pensional de los educadores, concretamente el artículo 5º de la Ley 224 de 1972, prevé que el ejercicio de la docencia es compatible con el goce de la pensión de jubilación, a no ser que carezcan de las condiciones físicas y mentales necesarias para ejercer actividades educativas, mandato que fue reproducido en el inciso 2º del artículo 70 del Decreto 2277 de 1979.

Sostiene que aunque la Ley 100 de 1993 señala que los docentes no se encuentran sujetos al régimen de seguridad social integral, su artículo 279, inciso 2º, estipula que su sueldo no es incompatible con la pensión de jubilación.

Que los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de calcular el monto de prestación de los docentes están previstos en los artículos 42 del Decreto 1042 de 1978 y 3º del Decreto 524 de 1975, tal como lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin embargo, la demandada no atendió las mencionadas disposiciones.

Aclara que mediante la Ley 962 de 2005, se suprimieron los delegados del Ministerio de Educación Nacional ante entidades territoriales y ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que sus funciones se trasladaron a los secretarios de educación, quienes no están subordinados al nivel



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

1.2 Contestación de la demanda (fs. 56 a 72) La accionada, mediante apoderado, contestó la demanda en el sentido de pedir que se nieguen las pretensiones de la actora, al considerar que los actos administrativos demandados se profirieron en armonía con el ordenamiento jurídico.

Dice que la pensión de jubilación de la actora fue reconocida tras haberse comprobado el cumplimiento de los requisitos legales y el monto de la prestación se calculó conforme a la normativa vigente, la cual no contempla los emolumentos pretendidos en la demanda, como las primas creadas por el municipio de Medellín, situación que hace improcedente reliquidarla en una cuantía superior, pues aunque hayan fallos que así lo ordenen, estos han sido impugnados ante las autoridades judiciales competentes por ser groseramente contrarios al sistema normativo.

Que la jurisdicción contencioso administrativa ha fijado un criterio jurídico unificado sobre la manera de reliquidar la pensión de jubilación de los docentes a cargo del Estado, que consiste en no incluir todas las prestaciones sociales, dado que no siempre tienen la calidad de factores salariales, que son los que determinan el monto de la prestación.

Agrega que si bien el educador ha recibido sumas de dinero catalogadas como factores salariales, para que tengan incidencia en el cálculo de su mesada pensional es menester que sobre estos se hayan hecho los aportes a pensión, conforme lo estipula el acto legislativo 1 de 2005, pues de lo contrario no tendrán incidencia en el monto de la prestación.

Que en el eventual caso de accederse a las pretensiones de la demanda, las primas de vida cara, vacaciones y navidad no pueden tener incidencia en el monto de la pensión de jubilación de la demandante, por cuanto las perciben exclusivamente



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

Arguye que la Ley 24 de 1947 y el Decreto 1045 de 1978 no tienen incidencia en la presente controversia ya que estas normas fueron derogadas por las Leyes 33 y 62 de 1985, que enuncian los factores salariales que deben tenerse en cuenta al calcular el monto de la pensión de jubilación de los docentes.

Que carece de legitimación en la causa por pasiva dado que fue la secretaría de educación municipal de Medellín, la dependencia que dictó los actos administrativos demandados, y las autoridades territoriales son a las que les corresponde la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales, por lo que son sus nominadores los llamados a responder en controversias como la presente.

Indica que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se limita a pagar las prestaciones que reconozcan las entidades territoriales a través de un acto administrativo aprobado previamente por la Fiduprevisora SA, sin que el Ministerio de Educación Nacional tenga injerencia en ese trámite administrativo.

Que en la presente controversia se configuró la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que si bien es cierto los actos administrativos que versan sobre prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo, también lo es que el motivo de inconformidad gira en torno al monto de la pensión de jubilación de la demandante y no sobre su reconocimiento, situación que obligaba a demandar las Resoluciones acusadas dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su notificación, conforme lo señala el artículo 136 del CCA.

Concluye que en el excepcional caso en que se consideren procedentes las pretensiones de la demanda, se debe ordenar únicamente el pago de las mesadas causadas dentro de los tres (3) años anteriores a la presentación de la petición



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

1.3 La sentencia apelada (fs. 113 a 124). El 9 de abril de 2014, el Tribunal Administrativo de Antioquia, sala de descongestión, subsección laboral, profirió sentencia en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que los docentes no deben retirarse del servicio para devengar la pensión de jubilación y esta debe calcularse sobre los factores salariales percibidos durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Explica que la Constitución Nacional de 1886 prohibía percibir más de una asignación proveniente del erario, no obstante, el artículo 5° del Decreto 224 de 1972 previó que la pensión de jubilación era compatible con la labor docente, dado que los educadores, en virtud del Decreto 2277 de 1979, son empleados oficiales de régimen especial.

Que la prohibición de devengar dos o más emolumentos públicos se mantuvo en el artículo 128 de la Constitución Política de 1991, sin embargo, la Ley 4ª de 1992, en su artículo 19, dispuso unas excepciones a la anterior regla de las cuales son beneficiarios los “servidores oficiales docentes pensionados”.

Afirma que el inciso 3° del artículo 6° de la Ley 60 de 1993 señala que los emolumentos reconocidos a los docentes nacionales y nacionalizados en los términos de la Ley 91 de 1989, son compatibles con la pensión de jubilación, tal como lo reiteró la Corte Constitucional en sentencia T-064 de 1995.

Que si bien el Decreto ley 1278 de 2002, en su artículo 2°, estipula que la labor docente es incompatible con la pensión de jubilación, este mandato solo es aplicable para quienes se vinculen con posterioridad a la entrada en vigor de esa norma, por lo que no le es aplicable a la demandante.



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

Que al calcular el monto de la mesada pensional de un docente, es necesario acudir a las normas aplicables a los servidores públicos dentro de las que se encuentran el Decreto 3135 de 1968 y las Leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966 y 33 de 1985, las cuales prevén que es equivalente al 75% del salario promedio devengado en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Dice que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, no se encuentran sujetos al sistema general de seguridad social integral de que trata la Ley 100 de 1993, dado que el legislador los excluyó expresamente, motivo por el cual el monto de la pensión de jubilación se calcula en atención a la Ley 33 de 1985, esto es, el 75% de lo devengado durante el año anterior al cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación.

Que el Consejo de Estado ha sostenido que no es procedente incluir en el cálculo de la mesada pensional las primas extralegales contempladas en actos administrativos del orden departamental o municipal, por cuanto las entidades territoriales no tienen competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos.

Concluye que al no obrar prueba de los factores salariales que percibió la demandante dentro del año anterior a la adquisición del estatus pensional, el monto de la prestación debe calcularse sobre los factores salariales legales.

Que el reajuste debe realizarse sobre las mesadas pensionales devengadas con posterioridad al 12 de noviembre de 2007, en virtud de la prescripción trienal, ya que solo hasta el 12 de noviembre de 2010 presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

de apelación contra la anterior providencia, por cuanto el monto de su pensión de jubilación debe calcularse en atención a las doceavas partes de todas las primas devengadas dentro de año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Arguye que no solo las primas nacionales tienen incidencia en el monto de la pensión de jubilación de los docentes, pues conforme lo previó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, los factores salariales previstos en la Ley 33 de 1985 no son taxativos sino meramente enunciativos, por lo que la prestación debe calcularse con inclusión de todas las sumas de dinero devengadas durante el año anterior a la fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la prestación.

Que en la aclaración de voto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 7 de febrero de 2013, se afirmó, luego de invocar la sentencia C-410 de 1997 dictada por la Corte Constitucional, que las primas territoriales fijadas antes de la Ley 100 de 1993, se convalidaron con la expedición del régimen de seguridad social integral por ser derechos adquiridos con justo título.

Agrega que no es procedente declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas antes del 12 de noviembre de 2007, en razón a que solicitó la prestación dentro de los *“tres (3) meses siguientes”* a la adquisición de su estatus pensional.

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 16 de julio de 2014 (f. 144) y admitido por esta Corporación a través de auto de 20 de octubre siguiente (f. 149); posteriormente se ordenó el traslado de ley a las partes incluido el Ministerio Público (f. 151), para que aquellas alegaran de conclusión y este concentrara



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

2.1 Ministerio Público (fs. 154 a 163). La señora Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público, es del criterio de que debe ser confirmada la sentencia recurrida al estimar que la pensión de jubilación de la demandante debió calcularse “...incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al status”.

Argumenta que los docentes cuentan con la posibilidad de percibir la pensión de jubilación y al mismo tiempo desarrollar actividades educativas, motivo por el cual el pago de la prestación no se encuentra condicionada al retiro del servicio, tal como lo concluyó el *a quo*.

Que los profesores del sector público no cuentan con un régimen pensional especial, por lo que son beneficiarios de la Ley 33 de 1985, como lo dispuso la Ley 91 de 1989, norma que señala expresamente que el monto de la pensión de jubilación se calcula sobre el 75% de todo lo devengado durante el año anterior a la fecha en que se cumplen los requisitos para acceder a la prestación.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva de artículo 129 del CCA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. Corresponde a la Sala precisar si (i) la cuantía de la pensión de jubilación de la demandante, debe calcularse sobre todo lo devengado durante el año anterior a la fecha en que cumplió los requisitos para acceder de la prestación o, si por el contrario, hay emolumentos que percibió durante dicho período que no tienen incidencia pensional; y (ii) si la prescripción decretada por



3.3 Marco normativo. La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, letra b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 de servicios, con el siguiente tenor:

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Mediante el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, se varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

“El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.

El monto pensional del 75% fue incorporado con el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, que modificó en lo pertinente la letra b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, así:

“A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

A su vez, el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

“Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1° de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas”.

El artículo 1° de la Ley 33 de 1985, no solo equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación, sino que también previó la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y señaló unas excepciones:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y

... a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

Parágrafo 2°. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro”.

La mencionada norma en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias:

“Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias”.

El artículo 1°, parágrafo 2°, de la Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición consistente en que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley (13 de febrero de 1985), podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones contenido en la Ley 6ª de 1945:

“Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley”.

Con la Ley 100 de 1993 se creó el sistema de seguridad social integral mediante el cual se unificó los normas pensionales y se previeron requisitos únicos para acceder a la pensión de vejez, entre otras prestaciones. No obstante, en su artículo 279 excluyó del régimen general a algunos funcionarios, en los siguientes términos:



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

3.4 Régimen jurídico de los docentes. El artículo 5° del Decreto 224 de 1972 determinó que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación. A su vez, el Decreto 2277 de 1979 o estatuto docente, en su artículo 3°, dispuso que los educadores que prestan sus servicios en entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial en lo que tiene que ver con la administración de personal y algunos temas salariales y prestacionales.

La Ley 60 de 1993, en su artículo 6°, inciso 3°, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989 y las prestaciones allí dispuestas serían compatibles con cualquier otra remuneración sin que ello signifique un tratamiento especial en materia pensional.

En efecto, las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión bajo condiciones especiales.

Los docentes que prestan sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

Lo anterior, por cuanto las citadas normas no previeron requisitos de edad y tiempo de servicios para que los educadores accedieran a la pensión de jubilación, ni determinaron la manera de calcular el monto de la prestación.

Para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989 (29 de diciembre de 1989), estaba vigente la Ley 33 de 1985 que preveía en el parágrafo 2º del artículo 1º, la posibilidad de que los trabajadores del orden nacional siguieran sometidos a las disposiciones anteriores, respecto de la edad de jubilación con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio a la fecha en que entró en vigencia la ley, esto es, al 13 de febrero de 1985, fecha en que fue promulgada.

3.5 Caso concreto. Luego de estudiar las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra que la demandante nació el 8 de enero de 1950 (f. 44) y se vinculó como docente al municipio de Medellín el 23 de marzo de 1984, donde prestó sus servicios hasta el 30 de diciembre de 2009 (f. 49).

Que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación el 8 de enero de 2005, es decir, adquirió el estatus pensional en la mencionada fecha.

Visto lo anterior y en virtud de los principios de congruencia y competencia funcional, los cuales disponen que el juez de segunda instancia debe limitar el análisis jurídico a los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación, la Sala centrará su estudio jurídico sobre los emolumentos que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación de la actora y la eventual prescripción de algunas mesadas pensionales.

3.5.1 Monto de la prestación. La Ley 33 de 1985, en su artículo 3º, modificado



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, en los siguientes términos:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, (...): asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

(...)".

De la lectura de la norma en cita se concluye que los factores salariales que tienen incidencia en la determinación de la base de liquidación, son únicamente los allí previstos siempre que hayan servido de base para calcular los aportes.

No obstante, ante las múltiples interpretaciones derivadas del tenor de la norma, la sección segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificó la jurisprudencia y determinó que la preceptiva contenida en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón, en el ingreso base de liquidación pensional deben incluirse todos los factores efectivamente devengados.

Algunas de las razones expuestas en la sentencia citada son las siguientes:

"...respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

los taxativamente enlistados en la norma.

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - *de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945*, precisó²:

(...)

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

(...)”.

De lo expuesto se concluye que, en principio, al calcular el monto de la mesada pensional de la demandante se debe tener en cuenta todas las sumas percibidas dentro del año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Ahora bien, la demandante considera que el monto de su mesada pensional debe calcularse con inclusión de los emolumentos de carácter territorial que percibió



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

durante el último año de servicios, por cuanto fueron sumas que devengó periódicamente como contraprestación por el servicio que prestó como docente.

Con la finalidad de determinar la prosperidad de lo pretendido por la actora, es menester tener en cuenta que la Constitución Nacional de 1886 previó que el congreso de la República era la autoridad competente para fijar las *"dotaciones"* de los empleados públicos. No obstante, el acto legislativo 3 de 1910 le otorgó la prerrogativa a las asambleas departamentales de establecer *"...el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos"* (artículo 54, numeral 5), que mantuvieron en el acto legislativo 01 de 1945.

A través del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913³, se facultó a los concejos municipales para establecer la remuneración de los *"...empleados para el servicio municipal"*, en atención a los parámetros fijados por las ordenanzas departamentales, función que conservaron con la Ley 89 de 1936.

Posteriormente se expidió la Ley 6ª de 1945, la cual previó en su artículo 22 que *"El Gobierno, teniendo en cuenta la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, señalará por medio de decreto las prestaciones que hayan de pagar a los empleados y obreros correspondientes"*.

Pese a lo anterior, el acto legislativo 1 de 1968 dispuso en su artículo 11, que modificó el 76 de la Constitución Nacional, que era función del congreso de la República *"...determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales"*.



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

Finalmente, la Constitución Política de 1991 establece en la letra e) del numeral 10 de su artículo 150, que el congreso de la República es competente para dictar leyes de carácter general en las cuales se establezcan los criterios que debe observar el gobierno nacional al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, mandato que cumplió a través de la Ley 4ª de 1992⁴.

A pesar de que los artículos 300 y 313 de la Carta Magna les otorgaron la función a las asambleas departamentales y concejos municipales, respectivamente, de determinar las escalas de remuneración de sus empleados, dicha prerrogativa no involucra la posibilidad de crear emolumentos por ser exclusiva del congreso de la República y del gobierno nacional, tal como lo indicó el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“...La competencia asignada en los artículos 300.7 y 313.6 de la Constitución Política a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, respectivamente, para determinar “las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos” no comprende la atribución de crear factores salariales, función privativa del Congreso y del Gobierno Nacional. Las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial solamente pueden liquidarse con base en los factores salariales determinadas por el Gobierno Nacional”⁵.

En este orden de ideas, si bien el acto legislativo 3 de 1910 y la Ley 4ª de 1913 les otorgaron la facultad a las asambleas departamentales y concejos municipales, respectivamente, de fijar la remuneración de sus empleados, estas les fue despojada con el acto legislativo 1 de 1968, motivo por el cual los emolumentos creados por las autoridades locales con posterioridad a dicha modificación constitucional, carecen de respaldo normativo y, por ende, no tienen incidencia prestacional.

⁴ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional...”



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

Visto lo anterior, la sala encuentra que aunque la demandante devengó durante el último año de servicios la prima de vida cara, esta no tiene incidencia prestacional por cuanto fue creada por el concejo municipal de Medellín mediante el acuerdo 29 de 1978, es decir, con posterioridad a la expedición del acto legislativo 1 de 1968, momento en el que dicha autoridad territorial no tenía competencia para fijar emolumentos a favor de empleados públicos.

Vistas las anteriores consideraciones, el *a quo* al ordenar reliquidar la mesada pensional de la demandante con fundamento únicamente en los factores salariales creados por el gobierno nacional, no desconoció el ordenamiento jurídico, pues los emolumentos creados por las autoridades territoriales luego de la expedición del acto legislativo 1 de 1968 no tienen incidencia prestacional.

3.5.2 Prescripción. El Tribunal Administrativo de Antioquia, sala de descongestión, subsección laboral, en la sentencia recurrida declaró la prescripción de las mesadas pensionales causadas antes del 12 de noviembre de 2007, ya que la demanda solo se presentó hasta el 12 de noviembre de 2010.

La actora en el recurso de apelación que se decide mediante la presente providencia, sostiene que no operó la prescripción de sus mesadas pensionales, por cuanto la reliquidación de su pensión de jubilación la solicitó oportunamente.

Para resolver este aspecto, es necesario tener en cuenta que la prescripción es una forma en que se extingue el derecho a percibir ciertos emolumentos por no ser reclamados oportunamente. Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de tres (3) años y que su solicitud interrumpe dicho término solo por un lapso igual.



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

cumplió 55 años de edad y en la que contaba con más de 20 de servicios, razón por la cual la pensión de jubilación le fue reconocida a través de la Resolución 3376 de 30 de marzo de 2006, confirmada por Resolución 5598 de 29 de agosto del mismo año, y solo hasta el 12 de noviembre de 2010 presentó la demanda de nulidad y restablecimiento en la que solicitó la reliquidación de su mesada pensional, acto procesal que interrumpe el término prescriptivo.

Ello permite evidenciar que las mesadas pensionales causadas antes del 12 de noviembre de 2007 se encuentran prescritas en virtud de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, tal como lo declaró el *a quo*, motivo por el cual se confirmará dicha determinación.

A partir de los anteriores prolegómenos, la Sala considera que a la demandante no le asiste derecho a que su pensión se reliquide con inclusión de la prima de vida cara que percibió durante el último año de servicio, por cuanto fue creada por el concejo municipal de Medellín con posterioridad a la entrada en vigor del acto legislativo 1 de 1968. Además, se encuentra que operó la prescripción de las mesadas pensionales causadas antes del 12 de noviembre de 2007, en razón a que solo hasta el 12 de noviembre de 2010 presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la que solicitó el reajuste pensional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. Confírmase la sentencia de 9 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, sala de descongestión, subsección laboral, que



Expediente: 05001-23-33-1000-2010-02266-01
Demandante: María Regina Arias Valencia

contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a la parte motiva.

2º. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.


GERARDO ARENAS MONSALVE


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER