

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015).-

Radicación N°: 25000232500020110073401

Número Interno: 2111-2013

Actor: HÉCTOR FABIO LÓPEZ BRICEÑO.

Demandada: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL-
CAJANAL

E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN (Hoy totalmente liquidada).

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES

NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de 19 de febrero de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 85 del C.C.A., el actor demanda¹ declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 24382 del 29 de mayo de 2007, por medio de la cual se le reconoce pensión de vejez, y de la

¹ El escrito de demanda obra a fols.45-68 del cuaderno principal. Fue presentada el 21 de julio de 2011 (reverso fol.68 y fol.69).

Nota: En adelante cuando se citen folios y no se mencione el cuaderno, debe entenderse que corresponden al principal.

Resolución No. 33852 del 24 de julio de 2008, mediante la cual se reliquida su pensión, con ocasión del retiro definitivo del servicio. Y la nulidad total de la Resolución No. PAP 027915 del 29 de noviembre de 2010, por la cual se resolvió recurso de reposición.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la accionada a: i) Reliquidar su pensión de vejez, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos seis (6) meses de servicio, 1º de diciembre de 2005 al 30 de mayo de 2006, conforme el artículo 7º de la Ley 929 de 1976, incluyendo el valor total certificado por la Contraloría General de la República, por concepto de sueldo básico, prima técnica, bonificación especial (quinquenio), bonificación por servicios, vacaciones (en dinero), prima de servicios, de navidad y de vacaciones, con efectividad a partir del 1º de junio de 2006; ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., y se condene al pago de costas.

Hechos sustento de las pretensiones

El actor prestó sus servicios al Estado durante más de 25 años, de los cuales más de 15 años fueron laborados en la Contraloría General de la República, y como nació el 21 de enero de 1951, adquirió el *status* jurídico el 12 de enero de 2006.

Anotó que el 7 de abril de 2006 y, posteriormente, el 25 de abril de 2007, solicitó a la demandada el reconocimiento de su pensión de vejez, conforme el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, 1045 de 1978 y demás normas que le favorecen.

CAJANAL, a través de la Resolución No. 24382 del 29 de mayo de 2007, le reconoció pensión de vejez, condicionando su efectividad a demostrar su retiro definitivo del servicio.

El 3 de septiembre de 2007 reclamó la reliquidación de su prestación pensional, y que se tuvieran en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 6 meses de servicio.

Mediante la Resolución No. 33852 del 24 de julio de 2008, la demandada reliquidó su pensión en cuantía de \$1.658.649,87, efectiva a partir del 1º de junio de 2006, pero no tomó todos los factores salariales devengados en los últimos 6 meses certificados por la Contraloría General de la República (CGR).

Dijo que por ser beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y haber laborado en la CGR por más de 10 años, tiene derecho a que su prestación pensional se reconozca y liquide bajo el régimen especial dispuesto en el Decreto 929 de 1976.

Expuso que conforme certificación expedida el 30 de diciembre de 2010, en los últimos 6 meses de servicio devengó los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima técnica, bonificación especial (quinquenio), bonificación por servicios, vacaciones (en dinero), prima de servicios, de navidad y de vacaciones.

Normas violadas y concepto de violación

Como vulnerados señaló, entre otros, los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 29, 53, 58, 83, 122 y 125 de la Constitución Política. Artículo 7º del Decreto Ley 929 de 1976. Artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Artículo 1º, inciso 2, de la Ley 33 de 1985.

Expuso que como laboró más de 10 años en Contraloría General de la República y es beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a que su pensión de vejez sea liquidada con el 75% del promedio del total de los factores salariales devengados en los últimos seis (6) meses de servicio, en los términos del régimen especial contemplado en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976.

Que la parte demandada vulneró las normas constitucionales y legales referidas, porque liquidó su prestación pensional aplicando el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, y no tuvo en cuenta la totalidad los factores salariales recibidos en el último semestre.

Adujo que deben ser tenidos en cuenta la totalidad de los factores percibidos en los últimos 6 meses de servicio, incluyendo el valor total de los mismos, en particular el 100% de la bonificación especial (quinquenio), que no debe ser tomada proporcional, e hizo referencia a sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado² para sustentar su posición.

Contestación de la demanda³

A través de apoderada judicial, CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda⁴ y se opuso a las pretensiones, pero, dicho sea, lo hizo de manera precaria e incoherente.

Se anota lo anterior, porque el argumento que esgrime la apoderada, tal vez fue lo contestado para otro caso, tanto así que se opone “a que se declare la nulidad del oficio demandado”, y que como “la señora demandante adquirió su status jurídico en vigencia de la ley 100 y hace parte del régimen de transición... se tuvo en cuenta el decreto 71 de 1988 y no el 929 de 1976, por no haber acumulado el tiempo necesario como trabajador de la Contraloría General de la Nación”.⁵

Propuso las excepciones de i) cobro de lo no debido, ii) caducidad, iii) prescripción y iv) la genérica.

LA SENTENCIA APELADA⁶

La Sección Segunda -Subsección E-, Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia el 19 de febrero de 2013, y luego de resolver que no prosperan las excepciones propuestas por la

² Entre ellas: sentencias del 24 de enero de 2002 y del 27 de julio de 2006, CP Dr. Alberto Arango Mantilla; del 1º de diciembre de 2005, CP Dr. Jaime Moreno García, y del 11 de marzo de 2010, CP Dra. Aura Ligia Morales Granados.

³ Valga decir que el Tribunal, en el auto que admite la demanda, ordenó notificarla a la Fidupervisora - PAP Buen Futuro (fol.71).

⁴ Escrito de contestación obra a fols.92-94.

⁵ **Observación:** Como en pretéritas ocasiones, se hace un respetuoso llamado, para que se ejerza un mayor control sobre lo que contestan y argumentan los abogados que apoderan la entidad (antes CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN, hoy día UGPP), pues, no son escasos los eventos en que lo que responden no se compadece con la realidad fáctica y jurídica del caso objeto de debate, tornando fútil la defensa de la institución.

⁶ Fols.133-154.

demandada⁷, accedió a las súplicas de la demanda en los siguientes términos: i) declaró la nulidad parcial de los actos administrativos cuestionados; ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Cajanal E.I.C.E., en liquidación, “*reliquidar la pensión especial de jubilación*” del actor, efectiva a partir del 1º de junio de 2006; iii) que las sumas a favor del demandante resultantes de la condena, deben ser ajustadas de acuerdo al artículo 178 del C.C.A., aplicando la fórmula contemplada en la parte considerativa; iv) dar cumplimiento al fallo en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 *ibídem*; y negó las demás pretensiones de la demanda.

Anotó el Tribunal que, como beneficiario del régimen de transición, el actor es acreedor a que su pensión se le reconozca bajo el marco especial pensional establecido en el Decreto Ley 929 de 1976, por haber laborado en la Contraloría General de la República durante más de diez (10) años, que fue desconocido por la demandada en los actos censurados, porque, además de no haber tenido en cuenta todos los factores que dispone la ley y la jurisprudencia, la liquidación la realizó conforme el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, promediando un lapso de 10 años, y no los últimos seis (6) meses de servicio, como lo reclamó el accionante y lo ordena el artículo 7º del aludido decreto, vulnerando el principio de inescindibilidad.

Con fundamento en el material probatorio, estableció que en el último semestre de servicio -del 1º de diciembre de 2005 al 30 de mayo de 2006- el demandante percibió, además de sueldo básico, prima técnica, bonificación especial (quinquenio), bonificación por servicios, prima de servicios, de navidad y de vacaciones, y amparado en decisiones del Consejo de Estado, en particular en la sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda del 14 de septiembre de 2011, señaló que en la reliquidación deben ser tenidos en cuenta, en una proporción de una sexta parte, incluida la bonificación especial, aclarando que, para efectos pensionales, no es factible incluir las vacaciones en dinero.

Igualmente dijo, que a la entidad accionada corresponde realizar el descuento de los montos correspondientes a los factores cuya inclusión se

⁷ La de prescripción en particular, porque “la gestión del demandante para procurar la correcta liquidación de su pensión, fue promovida antes que se produjera el fenómeno previsto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969”.

ordena, y sobre los cuales no se hubieran realizado aportes para efectos pensionales.

LA APELACIÓN

Ambas partes apelaron la decisión del Tribunal.

La parte activa la cuestiona⁸, aduciendo que no comparte que se haya ordenado tener en cuenta todos los factores salariales en una sexta parte, en particular la bonificación especial (quinquenio), porque deben serlo de manera total, por lo tanto solicita se revoque en ese aspecto.

La parte demandada⁹ sostiene que se ajustó a la legalidad al momento de reconocer y liquidar la pensión del actor, en tanto que se le aplicó el régimen pensional especial dispuesto en el Decreto 929 de 1976, en cuanto a la edad, monto del 75% y tiempo de servicios, pero como adquirió el *status* de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993, el cálculo de la base de liquidación se hizo conforme a ésta y su decreto reglamentario, motivo por el cual solicita revocar el fallo en su integridad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ambas partes presentaron alegatos de conclusión ante esta instancia. En esencia, reiteran lo expuesto en sus recursos.¹⁰

El Ministerio Público rindió concepto, solicitando confirmar la sentencia.

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

⁸ Escrito de apelación obra a fols.156-165.

⁹ Escrito de alzada visible a fols.166-168.

¹⁰ Sus alegatos obran a fols.246-252.

PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a establecer si el actor, como beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos seis (6) meses de servicio, en aplicación del régimen pensional especial consagrado para los empleados de la Contraloría General de la República, en el Decreto 929 de 1976.

Y si, como lo aduce el demandante, la reliquidación debe hacerse tomando el valor total de los factores que percibió en último semestre, o si, por el contrario, en una proporción de una sexta parte, como lo estimó el Tribunal.

HECHOS PROBADOS

- El accionante nació el 26 de enero de 1951 (fol.7 C.2).
- Prestó servicios por más de 20 años en el sector público, de los cuales más de 10 los laboró en la Contraloría General de la República, como se evidencia en el siguiente cuadro:

Entidad	Fecha de ingreso	Fecha de retiro	Folios
Secretaría de Hacienda Distrital.	22-08-1974	7-07-1982 ¹¹	39 C. 2
Contraloría Distrital.	1-07-1982	7-09-1984	36 C.2
Contraloría General de la República.	18-02-1991	31-05-2006	104

- Por medio de la Resolución No. 24382 del 29 de mayo de 2007 (fols.2-8) CAJANAL reconoció pensión de vejez al actor, efectiva a partir del 1º de abril de 2006 a condición de demostrar su retiro definitivo del servicio. En este acto se aceptó que es beneficiario del régimen de transición, y por haber laborado más de diez años en la CGR lo ampara el Decreto 929 de 1976, sin embargo sólo le aplican de este decreto lo atinente a la edad, tiempo de servicio y el monto del 75%, pero, para su cálculo aplican la Ley 100 de 1993

¹¹ Con una interrupción del 9 al 30 de noviembre de 1981 (fol.34).

y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, al promediarle los últimos 10 años de servicio, del 1º de abril de 1996 al 30 de marzo de 2006, y sólo tuvieron en cuenta la *asignación básica, prima técnica y bonificación por servicios prestados*.

- El 31 de agosto de 2007 (fol.26), el Sr. López Briceño solicitó a la accionada reliquidar su pensión de jubilación conforme el Decreto 929 de 1976, y que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último semestre de servicio.

- A través de la Resolución No. 33852 del 24 de julio de 2008 (fols.9-14), le fue reliquidada su pensión por retiro definitivo del servicio, en cuantía de \$1.658.649.87, efectiva a partir del 1º de junio de 2006, pero con los mismos factores y promedio¹².

- Contra el anterior acto administrativo, el accionante interpuso recurso de reposición, que fue desatado mediante la Resolución No. PAP 027915 del 29 de noviembre de 2010, que confirma la decisión recurrida. Se le adujo que no es posible aplicarle el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, porque adquirió el *status* jurídico en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo tanto el cálculo de su prestación se hace conforme el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y asumiendo como factores salariales los establecidos en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994 (fols.15-19).

- De la certificación expedida por la Directora de Gestión del Talento Humano de la CGR (fol.103), se deriva que el actor percibió en los últimos seis (6) meses de servicio, los siguientes conceptos:

FACTOR	Diciem/05	Enero/06	Febrero/06	Marzo/06	Abril/06	Mayo/06
			6			
Sueldo	\$1.547.836	\$1.625.228	\$1.625.228	\$1.625.228	\$1.625.228	\$1.625.228
Prima Técnica	\$619.134	\$650.091	\$650.091	\$650.091	\$650.091	\$650.091
Bonificación Especial (quinquenio)			\$7.884.593			

¹² Promediaron los últimos de 10 años, comprendidos entre el 1º de junio de 1996 al 30 de mayo de 2006

Bonificación por servicios			\$796.362			
Prima de servicios						\$2.748.838
Prima de vacaciones	\$1.208.011					\$2.017.376
Prima de navidad	\$2.516.689					\$1.414.965
Indemnización de vacaciones						\$3.120.208

APUNTES DE LA SALA Y DECISIÓN EL CASO.

1. La Ley 100 de 1993 consagró en el inciso 2º¹³ del su artículo 36 un régimen de transición, entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos al entrar en vigencia esta ley, para que en lo que concierne a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general pensional del sector público estaba consagrado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, inciso segundo¹⁴, dispuso que la misma no se aplicaría a los empleados oficiales que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Para la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, los empleados de la Contraloría General de la República gozaban de un régimen especial de pensiones, establecido en el D-L 929 de 1976, razón por la cual quedaron

¹³ Dice el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior...”

¹⁴ Establece el inciso 2º del artículo 1º de la ley 33 de 1985:

*“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.**”* (Resalta la Sala)

excluidos del régimen general consagrado en esta ley. Pero, como los funcionarios del ente de control quedaron incorporados a la Ley 100 de 1993, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 1º del Decreto reglamentario 691 de 1994¹⁵, el régimen especial aplica hoy día sólo a aquellos servidores públicos de la Contraloría que gocen del régimen de transición.

De acuerdo a los hechos probados, el actor nació el 26 de enero de 1951, por lo tanto para el 1º de abril de 1994, que empezó a regir a nivel nacional el sistema pensional de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, de lo que se sigue que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el inciso 2º del artículo 36 de la misma. Ello no se discute por parte de la accionada, ni es objeto de controversia.

Y como prestó sus servicios a la Contraloría General de la República por más de diez (10) años, lo habilita para pensionarse conforme el régimen especial existente para los funcionarios de dicho ente de control, como brevemente pasa a ilustrarse.

2. El régimen pensional especial aplicable a los funcionarios de la Contraloría General de la República, amparados por el régimen de transición, está consagrado en el Decreto Ley 929¹⁶ de 1976.

Señala el artículo 7º de esta norma:

“ARTÍCULO 7o. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuo o discontinuo, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.”(Resaltado ajeno a la norma).

¹⁵ El Decreto 961 del 29 de marzo de 1994, "Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones", en el literal b) del artículo primero señala:

“ARTICULO. 1º—Incorporación de servidores públicos. Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos: (...) **b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.**” (Resalta la Sala).

¹⁶ “Por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares”

Teniendo en cuenta que el demandante prestó sus servicios durante más de 10 años en la Contraloría General de la República (del 18 de febrero de 1991 al 31 de mayo de 2006), su situación pensional se rige bajo los parámetros del Decreto 929 de 1976, y así es aceptado por la entidad accionada en los actos administrativos censurados.

Por ello, no es de recibo el argumento esgrimido por la parte pasiva, cuando refiere que en este caso debe aplicarse el artículo 7º del Decreto Ley 929 de 1976, únicamente en lo concerniente a la edad, tiempo de servicio y el monto del 75%, pero que para promediar y establecer la base de liquidación se aplica el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tomando únicamente los factores consagrados en su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, con el prurito de haber adquirido el accionante su *status* jurídico de pensionado en vigencia de esta ley.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, de manera reiterada, ha señalado que cuando, en virtud del régimen de transición, se deba aplicar un marco legal especial, es preciso recurrir a él en su integridad, más aún, cuando el mismo resulta más favorable para el interesado, sumado que en el caso bajo examen, el actor -en sede administrativa y en sede judicial- así solicitó.

Es más, existe línea jurisprudencial decantada, en el sentido que cuando alguien es beneficiario del régimen de transición, la palabra “*monto*” dispuesta en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no está haciendo alusión únicamente al porcentaje contemplado en el régimen anterior, sino también a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación.¹⁷

¹⁷ Señaló esta Corporación en sentencia del 21 de septiembre de 2000, radicado interno 470-99, CP Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, con relación al inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“...Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas.” (...) (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación

Para la Sala, es evidente que la forma como procedió la accionada para liquidar la pensión del Sr. López Briceño, de aplicar el Decreto 929 de 1976 en algunos puntos y para otros la Ley 100, no sólo desconoce el principio de favorabilidad, sino el de inescindibilidad de la ley, según el cual, la norma legal que se adopte debe ser aplicada en su integridad.¹⁸

3. En lo que se refiere a la liquidación pensional, el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, sólo estableció los requisitos esenciales para obtener la pensión de jubilación y que debe hacerse con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

Ahora, el único anuncio sobre factores salariales para liquidar las pensiones, que trae el Decreto 929 de 1976, es lo consagrado en el artículo 9º, que dispone:

“ARTÍCULO 9º. Para liquidar las pensiones de que trata este Decreto y las demás prestaciones establecidas o reconocidas por el presente Decreto, no se incluirán los viáticos que haya recibido el empleado o funcionario, a menos que ellos sean de carácter permanente y se hayan recibido, durante un lapso continuo de seis meses o mayor.”.

En diversos pronunciamientos esta Corporación¹⁹ se ha ocupado del tema, y ha manifestado que el Decreto 929 de 1976 no definió el concepto de salario, ni determinó los factores salariales para efectos de liquidar la prestación pensional; sin embargo contempló, en cuanto no se opusieran a su texto y finalidad, que se aplicarían a los servidores de la Contraloría General de la República, las disposiciones del Decreto Ley 3135 de 1968 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

Dice el artículo 17 *ídem*:

aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.”

En igual línea se puede revisar sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, del 31 de enero de 2008, radicado interno 1454-07, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁸ Con relación al principio de inescindibilidad se pueden consultar las sentencias de la Sección Segunda, Subsección A, del 8 de mayo de 2008, radicado interno 1371-07, y del 26 de febrero de 2009, radicado interno 2559-07, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 17 de julio de 2003, radicado interno No. 3538-02, CP Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

“ARTÍCULO 17. En cuanto no se oponga el texto y finalidad del presente Decreto las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y normas que lo modifican y adicionan, serán aplicables a los empleados de la Contraloría General de la República.”

Entre tanto, el artículo 40 del Decreto Ley 720 de 1978²⁰, determina lo siguiente:

*“ARTÍCULO 40. DE OTROS FACTORES DE SALARIO. **Además** de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos y del valor del trabajo suplementario o del realizado en días de descanso obligatorio, **constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.***

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación.*
- b) La bonificación por servicios prestados.*
- c) La prima técnica.*
- d) La prima de servicio anual.*
- e) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión de servicio.” (Lo resaltado es ajeno al artículo transliterado).*

Como esta norma sólo menciona algunos factores salariales, es del caso aplicar lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Ley 929 de 1976, que expresamente remite a la aplicación del Decreto 3135 de 1968. Y por esta vía resulta forzoso dirigirse a lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978²¹, que enlista los factores a ser incluidos para efectos de liquidar la pensión de jubilación, a los que se deben sumar los enunciados en el artículo 40 del Decreto 720 de 1978²², máxime que cuando este último dice “**además**”,

²⁰ “Por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos de la Contraloría General de la República, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”

²¹ “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”. Dispone el artículo 45 de este Decreto:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.”

²² Se puede consultar al respecto, sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, del 11 de marzo de 2010, radicado interno 0091-09, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

debe entenderse que los factores allí relacionados no lo están de manera taxativa, sino enunciativa, en tanto que constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, salvo que norma expresa disponga lo contrario.

El Consejo de Estado, en sentencia del 19 de junio de 2008²³, con relación a los factores a tener en cuenta en eventos como el que nos ocupa, y la interpretación armónica de las anteriores disposiciones, manifestó:

*“(…) Para la Sala, la anterior relación de factores no pueden ser entendidos de manera taxativa y excluyente de los factores consagrados en el referido artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por dos razones: la primera, por cuanto fue el propio Decreto 929 de 1976 en su artículo 17 que remitió a sus factores; remisión que adhirió al régimen especial de la Contraloría, en cuanto a factores salariales se refiere, al régimen general de los empleados públicos. Y la segunda, porque la filosofía del artículo 40 del Decreto 720 de 1978 consistió en enunciar algunos factores salariales, toda vez que de su texto se desprende la existencia de otros posibles al decir que **“Además [...] constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.**”*

*En resumen, la Sala precisa que para efectos de determinar la base de liquidación pensional de los empleados de la Contraloría General de la República debe acudirse a los factores salariales previstos en los artículos 45 del Decreto 1045 de 1978 y el 40 del Decreto 720 del mismo año, sin **perjuicio de todos aquéllos que de manera habitual y periódica recibe el empleado como contraprestación por sus servicios.** (…)*

Durante el último semestre de servicio, comprendido entre el 1º de diciembre de 2005 y el 30 de mayo de 2006, certificados por la Contraloría General de la República (fol.103), el demandante recibió sueldo básico, prima técnica, bonificación especial (quinquenio), bonificación por servicios, indemnización de vacaciones, prima de servicios, de navidad y de vacaciones.

Aplicando la normatividad y jurisprudencia en cita, la entidad demandada debe incluir en la liquidación pensional todos los factores devengados por el demandante durante el último semestre de servicio, salvo la indemnización de vacaciones, como acertadamente lo estimó el Tribunal, toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación social, sino un descanso remunerado

²³ Providencia de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1228-07, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

para el trabajador, mucho menos cuando las mismas han sido pagadas en dinero por no haberlas disfrutado el empleado.²⁴

Lo dicho hasta aquí es razón suficiente para no atender los argumentos de la apelación de la demandada, y por el contrario sostener la decisión recurrida.

4. El Juez de primera instancia, en su decisión señaló que la reliquidación debe hacerse “*con el 75% de los factores que devengó en el último semestre de servicio, esto es: sueldo, prima técnica, bonificación especial quinquenio, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, **teniendo en cuenta que de la sumatoria del 1º de diciembre de 2005 al 31 de mayo de 2006, deben liquidarse sus sextas partes***”.(Resaltado del Tribunal).

La parte demandante, en su alzada sostiene que los factores salariales deben ser tenidos en cuenta de manera total y no en sus sextas partes, haciendo particular énfasis en la bonificación especial/quinquenio.

La Sala no comparte este motivo de disconformidad, porque la decisión del Tribunal se ajusta a los parámetros que ha delineado de tiempo atrás el Consejo de Estado, en especial, a lo determinado por la Sala Plena de la Sección Segunda en la sentencia del 14 de septiembre de 2011²⁵, con relación a la mencionada bonificación especial.

Si bien, con relación a la forma de inclusión de la bonificación especial y/o quinquenio en la base de la liquidación pensional de los funcionarios de la Contraloría General de la República, existieron posiciones pendulares, porque en ocasiones se sostuvo que su inclusión tenía que calcularse de manera proporcional²⁶, y en otras, que no era factible segmentarla²⁷, lo cierto es que, a partir de la referida sentencia de Sala Plena de la Sección

²⁴ Con relación a que las vacaciones no se tienen en cuenta como factor para liquidar una prestación pensional, se puede revisar de la Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-09, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

²⁵ Radicado interno 0899-2011, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

²⁶ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, del 19 de junio de 2008, radicado interno 1228-2007, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²⁷ Sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda, del 11 de marzo de 2010, radicado interno 0091-09, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Segunda, debe tenerse en cuenta una sexta parte de la misma. Textualmente se expuso en esta providencia:

“En ese orden de ideas, es preciso indicar que la Sala Plena de esta Sección, en fallo de tutela de 13 de julio de 2011²⁸ puntualizó la manera como se debía incluir la bonificación especial; al respecto expresó:

“Con apoyo en el precedente también es oportuno puntualizar que, en todo caso, por este concepto sólo es dable incluir el último quinquenio causado y pagado efectivamente dentro de los seis (6) meses anteriores al retiro del servicio, periodo éste que es el que tiene incidencia en el monto de la pensión, o, dicho de otro modo, no se podría incluir por este tópico pagos que se hagan en dicho lapso pero que no correspondan al último quinquenio causado en 5 años. Dicha suma, a su turno, tal como se deriva de las pretensiones del accionante, debe fraccionarse en una sexta (1/6) parte”.

*Así las cosas, si bien es cierto se debe tomar en cuenta **la última** bonificación especial en su totalidad para reliquidar la pensión, ello no es óbice para que ésta se fraccione en sextas partes, tal y como lo estableció el mismo Decreto 929 de 1976*

En otras palabras, independientemente de que el “quinquenio” se haya adquirido como una contraprestación por haber cumplido 5 años de servicio, y éste a su vez haya servido como factor a tener en cuenta al momento de ajustar la pensión, no hay norma que indique que aquello que se recibió de manera integral, no pueda ser fraccionado para efectos de liquidar la pensión, más aun si se tiene en cuenta, que al ser un factor salarial, tal y como fue considerado por esta Corporación anteriormente, es susceptible de ser dividido conforme lo estableció el artículo 7º ibídem.

Ahora, es pertinente precisar, que no se puede tomar más de una bonificación especial o quinquenio, al momento de liquidar la pensión, pues si bien pueden ser dejados de cancelar y acumularse en el tiempo para efectuar un pago único, ello no quiere decir que se tome en su totalidad para que pueda ser computado en la pensión de la actora; pues en el presente caso, se evidencia que a la señora... le fue cancelado más de un quinquenio, basta cotejar el último salario devengado con la suma que le fue cancelada por este concepto, para arribar a dicha conclusión.

Por consiguiente, por este concepto sólo es dable incluir el último quinquenio causado y pagado dentro de los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, periodo éste que es el que tiene incidencia en el monto de la pensión, o, dicho de otro modo, no se podría incluir por este tópico pagos que se hagan en dicho lapso pero que no correspondan al último quinquenio causado. Esta suma, a su turno, deberá ser calculado del valor certificado por dicho factor salarial en el último quinquenio, dividido en sextas partes.

*En conclusión, la bonificación especial será liquidada en igual proporción al resto de los factores, esto es, tomando el **último** quinquenio causado, dividirlo por 6, para que de esta manera, arroje el resultado de uno de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión”.*

²⁸ “Consejo de Estado, Fallo de Tutela de 13 de julio de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2011-00677-00, Actor: Carlos Ernesto Novoa Pérez, M. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila”.

Esta posición se ha venido reiterando de manera constante en pronunciamientos posteriores por ambas Subsecciones de la Sección Segunda.²⁹

Despejado lo anterior, en aras de evitar malos entendidos con relación a lo dispuesto por el Tribunal, aclara la Sala:

De todos los factores devengados por el demandante durante el último semestre de servicio, y que deben ser tenidos en cuenta para reliquidar su pensión, el único que no debe ser asumido en una sexta parte, además del sueldo básico, es la prima técnica, en tanto que se percibió mes a mes.

De otra parte, se comparte lo resuelto por el *a quo*, en el sentido que la demandada debe realizar los descuentos a que hubiere lugar, de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, empero, aquí debe la Sala hacer la siguiente anotación:

Como el actor adquirió su *status* jurídico el 21 de enero de 2006 (fol.3), es decir, en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 Superior, para efectos de mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, los montos que deba descontar la institución accionada al actor, en el porcentaje que corresponda como empleado, y los que deba cobrar a la Contraloría General de la República, como empleador, deberán ser traídos a valor presente, a través de la operación que realice un actuario que designe la entidad para ello, de lo contrario se estarían recibiendo unas sumas depreciadas, que ahondarían la problemática del sistema pensional.

Finalmente, como bien lo definió el *a quo*, no hay lugar a declarar prescripción de mesadas generadas de la reliquidación, porque entre el acto que reconoce la prestación pensional y el reclamo del actor, no transcurrió el término consagrado en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

²⁹ Por vía de ejemplo, se puede mencionar la sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, del 28 de junio de 2012, radicado interno 1614-2011, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Resultado de lo considerado y atendiendo las aclaraciones hechas en el presente fallo, se impone la confirmación de la sentencia cuestionada.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia del 19 de febrero de 2013 proferida dentro del proceso de la referencia, por la Sección Segunda -Subsección E-, Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme lo expuesto en la parte motiva.

Segundo.- El cumplimiento de la presente decisión corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, como sucesora procesal de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, tal como quedó aceptado en proveído del 11 de diciembre de 2013, visible a folios 227-228.

Tercero.- Reasume la representación judicial de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social -UGPP- el apoderado principal, Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, conforme memorial visible a folio 270.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
VÉLEZ**

SANDRALISSET IBARRA

(E)

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO