

CONSEJO DE ESTADO
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "B"
BOLETIN DE JURISPRUDENCIA 27 DE 2008

FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR LA PENSION DE JUBILACION DE LOS EMPLEADOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

La Caja al establecer la base de liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora incluyó la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, y omitió incluir otros factores devengados en el último semestre de servicio como la bonificación especial (quinquenio) y las primas de servicios, vacaciones y navidad. La relación de factores (artículo 40 del Decreto 720 de 1978) 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.

Sentencia del 19 de junio de 2008, 200-0520 (1228-07) JAIME MORENO GARCIA. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Factores. Reliquidación / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD- Aplicación.

Para la Sala, la anterior relación de factores (artículo 40 del Decreto 720 de 1978) 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. Coherentemente, la Sala comparte la decisión de primera instancia, cuando ordenó efectuar una nueva liquidación en la cual se incluyan los factores de prima vacaciones, prima de servicios y prima de navidad que fueron omitidos por la Caja Nacional de Previsión Social al reliquidar la pensión y desestima los planteamientos expuestos por la entidad demanda en el recurso de apelación, en cuanto afirma que para liquidar estas pensiones se debe acudir a las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1985 y a la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios 691 y 1158 de 1994; por cuanto, si bien la Sala conoce la discrepancia que se ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el tema del monto pensional, en estos casos reitera su posición al respecto, en el sentido de aplicar el porcentaje y la base para liquidar la pensión del régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en virtud de la protección al principio constitucional de la favorabilidad¹.

QUINQUENIO- Factor salarial para efectos pensionales. Antecedente jurisprudencial.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra que el factor de bonificación especial (quinquenio) no fue tenido en cuenta por el *a quo* para ordenar la reliquidación de la pensión de la actora, a pesar de estar probado que ésta la devengó en el semestre anterior a la consolidación del status pensional, tal como se observa a folio 31 del cuaderno principal del expediente. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la bonificación especial o quinquenio tiene la naturaleza de factor salarial y, por ende, debe ser tenida en cuenta al momento de liquidar el beneficio pensional. En efecto, la Sala reitera el criterio fijado en sentencia de 17 de octubre de 1996 de la Sección Segunda² de esta Corporación. En aquella oportunidad quedó establecido que: “[...] La bonificación especial o quinquenio aparece creada dentro de la regulación sobre prestaciones sociales que realiza el citado decreto [929 de 1976]. Sin embargo, observa la Sala que la ley en otros casos le ha conferido el carácter de factor salarial y así se ha reconocido a nivel jurisprudencial aun cuando materialmente la jurisprudencia le ha reconocido al "quinquenio" carácter salarial

QUINQUENIO- Constituye base de liquidación pensional de manera proporcional.

Se precisa que para efectos de determinar la base de liquidación pensional con inclusión de la bonificación especial (quinquenio), ésta deberá calcularse de manera proporcional. Proporción que resultará de la división del valor total certificado de dicho factor salarial entre los cinco años que sirvieron para su causación; resultado que a su vez deberá ser dividido entre los doce meses que comprende el año. En esas condiciones, la doceava parte resultante constituirá base de liquidación pensional. Así pues, la proporción de la doceava parte deberá incluirse mes a mes durante el semestre que comprende el período para calcular el monto de la pensión de la actora, en virtud de la fórmula prevista en el artículo 7 del Decreto 929 de 1976. Tal aclaración resulta importante, en la medida en que

¹ Sentencia de 15 de mayo de 2008, Sección Segunda, expediente 1708-07 M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

² Expediente 12403. M.P. Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

permite equilibrar la suma del derecho pensional a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social con las sumas percibidas a título de salario por el empleado, durante el período que la ley estableció para calcular el monto de su pensión. En ese orden, la Sala aclarará el fallo de primera instancia en el sentido de indicar que la bonificación especial (quinquenio) debe constituir base de liquidación pensional, pero de manera proporcional.

Nota de Relatoría: Se cita la sentencia del Consejo de Estado de octubre 17 de 1996, Sección Segunda, Exp12403, M.P: **DOLLY PEDRAZA DE ARENAS**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05720-01(1228-07)

Actor: FANNY TORRES HERNANDEZ

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y demandada contra la sentencia de 26 de abril de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

FANNY TORRES HERNÁNDEZ, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y solicitó la nulidad parcial de las Resoluciones 383 de 20 de enero de 2004, 27238 de 2 de diciembre del mismo año y 158 de 14 de enero de 2005, por medio de las cuales la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL- le negó reliquidar su pensión de jubilación con inclusión de las primas de servicios, navidad y vacaciones y la bonificación especial (quinquenio).

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación con el 75% de todo lo devengado en el último semestre de servicios, con inclusión de las primas de servicios, navidad y vacaciones y la bonificación especial (quinquenio), a partir del 1 de febrero de 2003.

Los hechos de la demanda se resumen así:

La actora estuvo vinculada a la Contraloría General de la República desde el 16 de agosto de 1977 hasta el 30 de enero de 2003 y nació el 17 de diciembre de 1952.

Con base en los anteriores presupuestos, mediante Resolución 383 de 20 de enero de 2004, la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- le reconoció una pensión de jubilación equivalente a \$1.328.248.79, efectiva a partir del 1 de febrero de 2003.

A través de Resolución 27238 de 2 de diciembre de 2004, la Caja le reliquidó su pensión en la suma de \$1.328.894.04.

Inconforme con las anteriores decisiones administrativas, la actora interpuso recurso de reposición el 22 de diciembre siguiente, el cual fue desestimado por CAJANAL, mediante Resolución 158 de 14 de enero de 2005, al confirmar en todas sus partes la mencionada Resolución 27238, porque las primas de servicios, navidad y vacaciones y la bonificación especial (quinquenio) son factores que no se encuentran enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985 ni pueden ser tenidos en cuenta conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que se establece el régimen de transición y la forma para calcular el salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

Como normas vulneradas invocó los artículos 1 a 4, 6, 25, 29, 53, 58, 83, 90 y 122 a 125 de la Constitución Política; 36 y 85 del Código Contencioso Administrativo, 7 del Decreto 929 de 1976, 36 de la Ley 100 de 1993, 1[1] de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978. El concepto de violación lo desarrolló de la siguiente manera:

Los actos acusados infringieron las normas citadas, por cuanto CAJANAL desconoció el régimen especial de pensiones de los servidores de la Contraloría General de la República establecido en el Decreto 929 de 1976, al liquidar su pensión de jubilación con base en normas generales como las Leyes 33 y 62 de 1985 y la Ley 100 de 1993, preceptos de los que está exceptuada, toda vez que cumple a cabalidad los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder al régimen de transición y así beneficiarse de las normas especiales.

Conforme al artículo 7 del Decreto 929 de 1976, la actora tiene derecho a que su pensión de jubilación le fuera liquidada con base en todos los factores salariales promedio devengados en el semestre anterior a la consolidación del derecho pensional. Por ello, debía CAJANAL liquidar su pensión con fundamento en las primas de servicios, navidad y vacaciones y la bonificación especial (quinquenio), sin excluirlas como lo hizo en los actos acusados.

Con relación a la bonificación especial (quinquenio), planteó que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que es un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para efectos del monto de la pensión, si se logra demostrar que el empleado la ha devengado en el semestre anterior a la consolidación de su status, por cuanto no hay duda de que es un factor salarial en la medida en que se percibe por el empleado como contraprestación por la labor servida. Para ello, citó sentencias de esta Sección en las que se corrobora tal criterio.

Finalmente, refirió que en régimen laboral, nuestra legislación responde a los principios universales de *“in dubio pro operario”* o de *“favorabilidad”*, que son aplicables al sector público por disposición de los artículos 53 de la Constitución Política y 53 de la Ley 57 de 1887, razón por la cual debe reconocerse la pensión de la actora con base en el Decreto 929 de 1976, en virtud de su especialidad y favorabilidad respecto del régimen general de pensiones.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- se opuso a las pretensiones de la demanda (folios 69 a 72 c. ppal.) con base en las razones que se resumen así:

En primer lugar, estableció que los servidores públicos que prestan sus servicios en la Contraloría General de la República no gozan de un régimen especial respecto de los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional, por lo que la Caja debió acudir a las normas generales.

A través de la historia, el Legislador ha querido ligar la cuantía de la pensión a los factores que sirvieron de base para los aportes o las cotizaciones durante su vida laboral activa, queriendo con ello que las entidades pagadoras y los trabajadores hagan un esfuerzo durante la relación laboral, de manera que paulatinamente se vaya causando un mejor derecho.

En ese orden, deben aplicarse el Decreto 1848 de 1969, el Decreto 1045 de 1978, la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993 y los Decretos 691 y 1158 de 1994, dependiendo de la época en que se cumplan los requisitos para consolidar el derecho pensional.

En el presente asunto, la actora adquirió el derecho a la pensión en vigencia de la Ley 100 de 1993 y de conformidad con el tiempo servido se encuentra amparada por el régimen de transición, hecho que CAJANAL respetó en cuanto tiene que ver con la edad, tiempo y monto de la pensión. En consecuencia, la actora se pensionó con 20 años de servicio, 50 años de edad y el 75% como monto de la pensión, aplicando lo preceptuado en el Decreto 929 de 1976. Sin embargo, el período sobre el cual se liquida la pensión así como los factores salariales que deben tomarse son los indicados en los artículos 36 [3] de la Ley 100 de 1993 y 1 del Decreto Reglamentario 1158 de 1994.

Pretender que la Caja liquide la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales que no encuentran incluidos en las referidas normas es actuar en contra de la Ley y desequilibrar las finanzas del Estado.

Las primas y demás factores reclamados en la demanda no están considerados en el Decreto 1158 de 1994 como factores a tener en cuenta para

liquidar la pensión de jubilación, por tanto, no podían ser incluidos en la liquidación, como efecto se hizo en los acusados.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (folios 179 a 202 c. ppal.), para lo cual ordenó la reliquidación de la pensión de la actora, con base en lo siguiente:

El 1 de abril de 1994, cuando entró a regir el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, la demandante tenía más de 35 años de edad y 15 años de servicio, por lo que quedó inmersa en el régimen de transición del artículo 36 de la referida Ley. Lo anterior significa, que la actora tenía derecho a que se le aplicara el régimen del Decreto 929 de 1976, régimen especial en materia de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión de jubilación.

Cuando la actora adquirió el derecho pensional -15 de diciembre de 2002-, quedó sujeta a las Leyes 33 y 62 de 1985, por encontrarse en el régimen de transición de la Ley 100. No obstante, según el artículo 1 de la Ley 33 excepcionó a los empleados de régimen especial como la demandante, pues no hay duda de que los empleados que prestaron sus servicios por más de 10 años a la Contraloría General de la República cuentan con un régimen especial de pensiones previsto en el referido Decreto 929.

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado los factores a tener en cuenta son los previstos en los artículos 40 del Decreto 720 de 1978 y 45 del Decreto 1045 de 1978, por expresa remisión del artículo 17 del Decreto 929 de 1976. En dichos listados se encuentran las primas reclamadas por la actora, por lo que deben incluirse en el monto de su pensión de jubilación.

En cuanto a las vacaciones y la bonificación especial (quinquenio), dichas prestación no son factores salariales para liquidar la pensión, porque no se encuentran enlistadas en los artículos 40 del Decreto 720 de 1978 y 45 del Decreto 1045 de 1978; en consecuencia, no es posible tenerlas en cuenta para la liquidación pensional.

Finalmente, ordenó a la Caja descontar los aportes respecto de las partidas sobre las cuales la Administración no los hizo efectivos en el tiempo de servicios de la actora.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. La parte actora apeló la sentencia del Tribunal (folios 203 a 210 c. ppal.), para lo cual argumentó lo siguiente:

No comparte el fallo de primera instancia, en cuanto no accedió a la Bonificación especial (quinquenio), en razón de que si bien es cierto que dicha prestación no se encuentra enlistada en el Decreto 1045 de 1978; también es verdad que dicho listado no es taxativo sino enunciativo, lo cual permite incluir a la bonificación como base de liquidación de la pensión. Para fundamentar lo anterior, la actora transcribió sentencias de esta Corporación y de la Corte Constitucional en las que se precisa que los factores deben ser todos los devengados en el semestre anterior al status pensional, sin que sea posible descartar el factor del quinquenio.

4.2. Por su parte la demandada apeló la sentencia de primera instancia (folios 211 a 216 c. ppal.), con base en las razones que se resumen así:

Con la creación del Sistema General de Pensiones, vigente a partir del 1 de abril de 1994, se dispuso la derogación de las normas que regulaban el régimen prestacional de los funcionarios del sector público, incluidos los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República a quienes les son aplicables la Ley 100 de 1993.

La actora adquirió su status pensional el 17 de diciembre de 2002, lo cual implica que la norma aplicable para el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación son las Leyes 33 y 62 de 1985.

Como quiera que la demandante, por ser funcionaria de la Contraloría General de la República se le aplicó el régimen especial del Decreto 929 de 1976, desafortunadamente dicha norma no entró en detalle respecto de los factores que constituyen la base para liquidar la pensión de jubilación.

Tal ausencia debía ser suplida por las normas generales en materia de pensiones. De manera que las primas y la bonificación reclamadas al no estar dentro de los listados de factores salariales del régimen general para ser base de liquidación pensional, mal podían constituir fundamento para el monto de la pensión.

Finalmente, precisó que de ser posible la liquidación pensional con base en todos los factores salariales, dicho planteamiento atenta contra los principios de sostenibilidad presupuestal y solidaridad del actual régimen general de pensiones.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. La parte actora alegó de conclusión para lo cual reiteró los argumentos del recurso de apelación, en el sentido de insistir en que la bonificación especial (quinquenio) es un factor salarial que debe tenerse en cuenta para efectos de la liquidación pensional (folios 233 a 240 c. ppal.).

5.2. Por su parte, la demandada insistió en que las primas y la bonificación especial no pueden ser tenidas en cuenta para liquidar la pensión de la actora, por cuanto dichas prestaciones no están enlistadas como factores salariales del régimen general de pensiones (folios 241 a 245 c. ppal.).

5.3. El Ministerio Público no se pronunció en esta etapa procesal.

Se decidirá la presente controversia previas las siguientes

6. CONSIDERACIONES

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y demandada, debe la Sala precisar si se ajustan o no a derecho los actos administrativos por medio de los cuales la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL- negó a la actora la reliquidación de su pensión de jubilación en un 75% de todos los factores devengados en el último semestre de servicios, con inclusión de las primas de servicios, navidad y vacaciones y la bonificación especial (quinquenio).

Sea lo primero advertir, que en el presente asunto no es objeto de controversia que a los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, gozan de un régimen especial de pensiones. En efecto, en las Resoluciones acusadas y en las actuaciones procesales, CAJANAL no discute el beneficio de la actora de pensionarse con base en normas anteriores a la Ley 100, por tener a 1 de abril de 1994, más de 35 años de edad y 15 años de servicio.

Radica, pues, la contienda en resolver cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidar su pensión de jubilación, en su condición de empleada de la Contraloría General de la República.

Para ello se hace necesario acudir al Decreto Ley 929 de 1976, por medio del cual se estableció un régimen de prestaciones sociales para funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República.

En su artículo 7º dispuso que:

“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.

En diversos pronunciamientos, la Sala³ se ha ocupado del tema y ha expresado que el Decreto 929 de 1976 no definió el concepto de salario, ni determinó los factores que tenían carácter salarial; sin embargo prescribió que en cuanto no se opusieran a su texto y finalidad 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.

Así lo corrobora el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que a la letra dice:

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 17 de julio de 2003, expediente No. 3538-02 M.P. Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

“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.”

Con fundamento en lo anterior, para resolver estos asuntos, se acude a lo establecido tanto en el Decreto 3135 de 1968, como a las normas que lo complementan, concretamente al Decreto 1045 de 1978⁴, 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 orden nacional.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 citado, dispone que para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- *Asignación básica mensual*
- *Gastos de representación y prima técnica*
- *Dominicales y feriados*
- *Horas extras*
- *Auxilio de alimentación y transporte*
- *Prima de navidad*
- *Bonificación por servicios prestados*
- *Prima de servicios*
- *Viáticos que reciben los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no menor a 180 días en el último año de servicio.*
- *Los incrementos salariales por antigüedad*
- *La prima de vacaciones*
- *El valor del trabajo suplementario.*

Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto 720 de 1978⁵ en su artículo 40 estableció otros factores de salario para los servidores de la Contraloría General de la República en los siguientes términos:

⁴ Su artículo 4 prevé que “Las disposiciones del Decreto-Ley 3135 de 1968, de las normas que lo adicionan o reforman y las del presente estatuto constituyen el mínimo de derechos y garantías consagradas a favor de los trabajadores oficiales. No produce efecto alguno cualquier estipulación, que afecte o desconozca este mínimo, de derechos y garantías”.

⁵ 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.

*“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”. (Subraya la Sala).*

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.

Descendiendo al caso en examen, está probado que la actora cumplió 50 años de edad el 16 de diciembre de 2002 (folio 45 c. ppal.) y prestó sus servicios por más de 20 años como Profesional Universitario en la Contraloría General de la República desde el 16 de agosto de 1977 hasta el 31 de enero de 2003 (folios 32 a 36 c. ppal.).

Con base en lo anterior, CAJANAL reconoció a la actora una pensión de jubilación a través de la Resolución 383 de 20 de enero de 2004, con efectos fiscales a partir de 1 de febrero de 2003.

Al establecer la base de liquidación, la Caja incluyó la **asignación básica y la bonificación por servicios prestados**; y omitió incluir otros factores devengados en el último semestre de servicio como la bonificación especial (quinquenio) y las primas de servicios, vacaciones y navidad (folios 2 a 6 c. ppal.).

Según Certificado de Sueldos y Factores Salariales expedido por la Directora de Talento Humano de la Contraloría General de la República, la actora devengó en el último semestre de servicios, comprendido entre el 1 de agosto de 2002 y el 30 de enero de 2003, los factores de sueldo, prima técnica, **bonificación especial (quinquenio)**, vacaciones, **prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad** (folio 31 c. ppal.).

Coherentemente, la Sala comparte la decisión de primera instancia, cuando ordenó efectuar una nueva liquidación en la cual se incluyan los factores de prima vacaciones, prima de servicios y prima de navidad que fueron omitidos por la Caja Nacional de Previsión Social al reliquidar la pensión y desestima los planteamientos expuestos por la entidad demanda en el recurso de apelación, en cuanto afirma que para liquidar estas pensiones se debe acudir a las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1985 y a la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios 691 y 1158 de 1994; por cuanto, si bien la Sala conoce la discrepancia que se ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el tema del monto pensional, en estos casos reitera su posición al respecto, en el sentido de aplicar el porcentaje y la base para liquidar la pensión del régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en virtud de la protección al principio constitucional de la favorabilidad⁶.

⁶ Sentencia de 15 de mayo de 2008, Sección Segunda, expediente 1708-07 M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra que el factor de **bonificación especial (quinquenio)** no fue tenido en cuenta por el *a quo* para ordenar la reliquidación de la pensión de la actora, a pesar de estar probado que ésta la devengó en el semestre anterior a la consolidación del status pensional, tal como se observa a folio 31 del cuaderno principal del expediente.

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la bonificación especial o quinquenio tiene la naturaleza de factor salarial y, por ende, debe ser tenida en cuenta al momento de liquidar el beneficio pensional. En efecto, la Sala reitera el criterio fijado en sentencia de 17 de octubre de 1996 de la Sección Segunda⁷ de esta Corporación. En aquella oportunidad quedó establecido que:

*“[...] La bonificación especial o quinquenio aparece creada dentro de la regulación sobre prestaciones sociales que realiza el citado decreto [929 de 1976]. **Sin embargo, observa la Sala que la ley en otros casos le ha conferido el carácter de factor salarial y así se ha reconocido a nivel jurisprudencial aun cuando materialmente la jurisprudencia le ha reconocido al "quinquenio" carácter salarial** [...]. A juicio de la Sala el art. 14 del decreto 48 de 1993 le está dando en forma retrospectiva un tratamiento del factor salarial a la bonificación especial o quinquenio. Respecto a los demás factores salariales, deben ser tenidos en cuenta para efectos de la liquidación de pensión de jubilación los señalados en el art.45 del decreto 1045 de 1978, disposición aplicable al caso en estudio por así autorizarlo el art. 17 del decreto 929 de 1976, que hizo extensivas las disposiciones del decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad”. (Subraya la Sala)*

Como quiera que no hay duda de que la bonificación especial (quinquenio) es factor salarial para determinar el monto de la pensión de la actora, factor que fue desconocido en el fallo de primera instancia; la Sala adicionará la sentencia apelada en el sentido de ordenar que también se incluya la bonificación especial (quinquenio) en la base para liquidar la pensión especial de jubilación de la actora.

Seguidamente, la Sala de Sección precisará la forma de liquidación de la bonificación especial (quinquenio) como base integrante del monto de la pensión, así como también, los aportes que debieron descontarse por el tiempo que la actora se desempeñó como empleada de la Contraloría General de la República.

⁷ Expediente 12403. M.P. Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Sobre el primer aspecto, se precisa que para efectos de determinar la base de liquidación pensional con inclusión de la bonificación especial (quinquenio), ésta deberá calcularse de manera proporcional. Proporción que resultará de la división del valor total certificado de dicho factor salarial entre los cinco años que sirvieron para su causación; resultado que a su vez deberá ser dividido entre los doce meses que comprende el año. En esas condiciones, la doceava parte resultante constituirá base de liquidación pensional.

Así pues, la proporción de la doceava parte deberá incluirse mes a mes durante el semestre que comprende el período para calcular el monto de la pensión de la actora, en virtud de la fórmula prevista en el artículo 7 del Decreto 929 de 1976.

Tal aclaración resulta importante, en la medida en que permite equilibrar la suma del derecho pensional a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social con las sumas percibidas a título de salario por el empleado, durante el período que la ley estableció para calcular el monto de su pensión.

En ese orden, la Sala aclarará el fallo de primera instancia en el sentido de indicar que la bonificación especial (quinquenio) debe constituir base de liquidación pensional, pero de manera proporcional.

En cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los de la Contraloría General de la República, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes⁸.

⁸ En tal sentido puede consultarse la sentencia de 29 de abril de 2004 expedida en el proceso radicado No. 2287-03 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005⁹, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

Por tal razón, la Sala ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social descontar los correspondientes aportes del factor salarial quinquenio que se dejaron de realizar durante el tiempo que la actora se desempeñó como empleada de la Contraloría General de la República.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 26 de abril de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con las siguientes adiciones:

1. ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- reliquidar la pensión de jubilación de Fanny Torres Hernández con inclusión de la bonificación especial (quinquenio) devengada en el semestre comprendido entre el 1 de agosto de 2002 y el 30 de enero de 2003, de manera proporcional, de conformidad con los motivos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

2. ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- efectuar los correspondientes descuentos de aportes sobre la bonificación especial (quinquenio) que se dejaron de realizar durante el tiempo que la actora se desempeñó como empleada de la Contraloría General de la República.

⁹ Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE BERTHA L. RAMÍREZ DE PÁEZ
Ausente por comisión de servicios

