

EMPLEADOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION - Edad, tiempo de servicio y monto de la pensión / REGIMEN DE TRANSICION - Alcance. Antecedente jurisprudencial

El reconocimiento de la pensión que le fue hecho a la demandante, sin duda debía estar bajo el amparo de la legislación anterior, cuya aplicación procede en forma integral porque la actora tenía más de 35 años de edad, ya que nació en 1946 y superaba los 15 de servicios que exigió la norma del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas, las condiciones del régimen anterior en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. De esta manera, siguiendo la pauta jurisprudencial anterior, concluye la Sala que debió la entidad liquidar la pensión de jubilación de la actora, observado la disposición especial del artículo 7º del Decreto 929 de 1976, incluyendo los factores salariales enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable por la remisión que hizo el artículo 17 del primer decreto citado. De manera que lo devengado en el último semestre, deberá tomarse para los efectos señalados incluyendo todos los factores percibidos y no tiene incidencia alguna el hecho de que no fueron objeto de aportes, porque el régimen de los empleados de la Contraloría no es el que pretende aplicar la demandada; además, porque no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por los yerros de la administración, cuando omite su deber de efectuar los aportes que la ley ordena. De suerte que lo que procede es ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto, como bien lo dispuso el a quo. De conformidad con el artículo 7º del decreto 929 de 1976, el reconocimiento de la pensión de jubilación debe efectuarse con base en el promedio de los salarios devengados durante el último semestre. Dice así la norma: “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.”

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección. Con salvamente de voto del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve.

FUENTE FORMAL: DECRETO 929 DE 1976 - ARTICULO 45 / LEY 100 DE 1993 / DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 45

NOTA DE RELATORIA: Sobre los alcances del régimen de transición, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia Exp. 2729-99 MP. Alejandro Ordóñez Maldonado.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Factores para la liquidación de la pensión. Recuento normativo

De acuerdo con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 los factores de salario para liquidar las pensiones de los empleados de la Contraloría General de la República son los siguientes. (...). Por otra parte, el Decreto 720 de 1978 por el cual se dictaron normas especiales para la Contraloría, dispuso en su artículo 40, lo siguiente: (...). Quiere decir que estos factores se suman a los señalados en el Decreto 1045, por cuanto fue el mismo Decreto 929 de 1976 el que remitió específicamente a los factores del régimen general, de suerte que la expresión “además” consignada en la norma del Decreto 720 de 1978, da lugar a concluir

que no hay taxatividad en el enunciado. Por otra parte, el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, prescribió: "ARTÍCULO 23. Los funcionarios de la Contraloría General de la República, tendrán derecho al pago de una bonificación especial de un mes de remuneración por cada período de cinco años cumplidos al servicio de la institución a partir de la vigencia de este Decreto, durante el cual no se haya aplicado sanción disciplinaria, ni de ningún otro orden. El contralor General de la República reglamentará la forma y cuantía de esta bonificación."

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección. Con salvamente de voto del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 45 / DECRETO 720 DE 1978 - ARTICULO 40 / DECRETO 929 DE 1976 - ARTICULO 23

QUINQUENIO - Liquidación como factor salarial en la pensión de la Contraloría General de la República / QUINQUENIO - No es susceptible de ser pagado en forma proporcional / QUINQUENIO - Debe computarse en su totalidad si se devenga en el último semestre para efectos de pensión en la Contraloría General de la República

No ocurre lo mismo con la liquidación de la bonificación especial, causada cada vez que el empleado cumple cinco años de servicios en la entidad, porque en este caso, a diferencia de los otros rubros que se toman como factor salarial para la pensión, el derecho sólo surge para el servidor al cumplirse ese período y no antes, de manera que si por alguna razón se retira del servicio antes de cumplir los cinco años, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. Por ello, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es de ser segmentada para computarla como factor pensional, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser pagados proporcionalmente, cuando el empleado se retira sin culminar el año completo de servicios. Tal conclusión surge de la forma como fue concebida la bonificación especial en la norma (art. 23 Dto.929/76) que consagró como su fundamento el hecho de cumplir un período de cinco años al servicio de la Institución y si la disposición contenida en el artículo 7º ibidem, transcrito en párrafos antecedentes, señaló que la pensión ordinaria de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, debe entenderse que se promedia lo que es susceptible de tal operación, pero lo que no es pasible de ser fraccionado se incluye integralmente. Además, no queda duda de que fue erigida como una contraprestación y no como prestación social, pues no ampara contingencia alguna ni tiene naturaleza asistencial y pese a que no se devenga mes a mes, constituye una retribución por los servicios prestados, cuyo origen es la prestación de servicios, pero adicionada con un requisito sine qua non, cual es la vinculación por un período completo de cinco años. Entonces, si el derecho a percibir la bonificación especial se consolidó el último semestre laborado, debe computarse en su totalidad, lo contrario pugnaría con el derecho del empleado que ha cumplido cinco años de servicios y ve frustrada la opción que le dio la ley de incluirla en el cómputo pensional, pese a que, se repite, su exigencia sólo surge el día que se cumple con el lapso de permanencia señalado en la norma.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección. Con salvamente de voto del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve.

FUENTE FORMAL: DECRETO 929 DE 1976 - ARTICULO 7 / DECRETO 929 DE 1976 - ARTICULO 7

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-01195-01(0091-09)

Actor: AURA LIGIA MORALES GRANADOS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la Caja Nacional de Previsión Social contra la sentencia de 24 de abril de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la señora AURA LIGIA MORALES GRANADOS pidió al Tribunal declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 33588 de 24 de octubre de 2005 proferida por la Asesora de la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, por medio de la cual se ordenó la reliquidación de su pensión de jubilación.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se modifique, reconozca y pague una asignación mensual equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 6 meses, de conformidad con el Decreto 929 de 1976, artículo 7; el pago de factores como: bonificación especial (quinquenio), vacaciones (pagadas

en dinero), prima de servicios, de navidad y vacaciones a partir del 17 de junio de 2003; que se ordene el pago de los incrementos anuales y la indexación sobre las sumas dejadas de percibir.

Por último pidió la cancelación de los intereses de mora; que en la parte resolutive de la sentencia se incorpore la liquidación correcta de la pensión de jubilación; que se de cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 176 y s.s. del C.C.A.; y que se condene en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 171 del C.C.A.

Como **hechos** se sintetizan los siguientes:

Expresa que prestó sus servicios durante más de 25 años en la Contraloría General de la República, a partir del 1º de diciembre de 1977 hasta el 16 de junio de 2003; que nació el 24 de febrero de 1946 y adquirió el status el 24 de febrero de 1996.

Agrega que mediante Resolución No. 23684 de 10 de noviembre de 2004, la Subgerencia de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, reconoció el pago a la actora de una “pensión mensual vitalicia por vejez”, efectiva a partir del 1º de enero de 2003; que el 6 de abril de 2003, la señora Morales Granados solicitó la reliquidación pensional, acogándose al régimen especial.

Con base en lo anterior, se expidió la Resolución No. 33588 de 24 de octubre de 2005, suscrita por la Asesora de la Gerencia General de la entidad demandada, en la que se le reliquidó su pensión por la suma de (\$1.888.703.96),

efectiva a partir del 17 de junio de 2003. Contra ésta la demandante no interpuso ningún recurso.

Sostiene que según certificación No. 0055 devengó los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima técnica, bonificación por servicio, bonificación especial, vacaciones en dinero, prima de servicios, de navidad y de vacaciones.

Asegura que se encuentra dentro de los límites del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, artículo 36, por cuanto tenía más de 25 años al servicio de la Contraloría; que por lo tanto, su pensión debió liquidarse con fundamento en el régimen anterior, el Decreto 929 de 1976, que contiene las normas de excepción para los funcionarios de la Contraloría General de la República.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Señaló como transgredidas las siguientes normas: artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 29, 53, 58, 83, 90, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución Política; 36, 85 y concordantes del Código Contencioso Administrativo; 7 del Decreto 929 de 1976; 36 de la Ley 100 de 1993; 1º, inciso 2º de la Ley 33 de 1985; 45 del Decreto 1045 de 1978; y Ley 62 de 1985.

Expresa que la reliquidación debió hacerse con base en el 75% del promedio de lo devengado entre el 1º de abril de 1994 y el 16 de junio de 2003, tomando para su liquidación, las vacaciones (pagadas en dinero), bonificación especial (quinquenio), y las primas de servicio y navidad, que constituyen factores del salario y se encuentran certificadas por la Dirección General de Talento Humano de la Contraloría General de la República.

Alega que la entidad demandada violó el debido proceso, ya que ninguna disposición ha derogado total o parcialmente el Decreto 929 de 1976, norma que era aplicable para el caso concreto. Además de vulnerar el derecho a la igualdad, porque algunas veces la entidad reconoce pensiones a sus funcionarios de acuerdo con lo previsto en el Decreto 929, otras veces conforme a la Ley 100 de 1993 y Ley 33 de 1985.

Agrega que la Contraloría General tiene un régimen especial que establece que la pensión de jubilación es equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre; que el Decreto no señaló específicamente los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta, por lo que se entiende que se computan las sumas que el funcionario hubiera percibido durante los últimos 6 meses; que la Caja Nacional de Previsión no tuvo en cuenta los certificados expedidos por la pagaduría de la Contraloría y por ello no incluyó la totalidad de los factores salariales. Citó jurisprudencia¹ que hace referencia al tema.

Considera que de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para calcular el monto de la pensión se debe remitir al régimen anterior aplicable para los exfuncionarios de la Contraloría, Decreto 929 de 1976, y no a la Ley 33 de 1985, porque esta se aplica para los servidores públicos que prestaban sus servicios en la rama ejecutiva y dispone que la pensión de jubilación es equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio; que el inciso 2º del artículo 1º excluyó de su

¹ Sentencia del Consejo de Estado de 8 de mayo de 1997, expediente No. 14.291, M.P. Carlos Orjuela; radicación: 990335-2348-2001, de 24 de enero de 2002, M.P. Alberto Arango Mantilla; expediente No. 470-99, de 21 de septiembre de 2000, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

aplicación a los empleados oficiales que de conformidad con la ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones, como ocurre en el presente caso. Que, por ello, tampoco le era aplicable la Ley 62 de 1985, que modificó la Ley 33.

Manifiesta que la entidad de previsión transgredió el Decreto 1045 de 1978 al omitir la inclusión de algunos factores salariales. Respecto a las vacaciones en dinero, afirma que en la certificación No. 0805 de 21 de julio de 2005, se especificó que durante los últimos 6 meses laborados en la Contraloría, las vacaciones les fueron canceladas en dinero².

Arguye que el Decreto 929 de 1976 en su artículo 7 establece el derecho a la pensión para los funcionarios de la contraloría que cumplieren 55 años de edad, si son hombres, y 50 si son mujeres, y cumplieran 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 hayan sido servidos exclusivamente a la Contraloría; que esta norma dispuso que la pensión de jubilación sería equivalente

al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último semestre de servicio.

Citó como sustento, sentencias del Consejo de Estado³ sobre el tema.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

² Sentencia de Consejo de Estado de 31 de mayo de 2001, radicación No. 25000-23-25-000-1996-40670-01, expediente No. 3135-98. M.P. Tarcisio Caceres Toro.

³ Sentencia de 30 de abril de 1997, expediente No. 14480, M.P. Carlos Orjuela; 8 de mayo de 1997, expediente No. 14590, M.P. Carlos Orjuela; 8 de mayo de 1997, expediente No. 14366, M.P. Carlos Orjuela.

El apoderado del ente demandado contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a todas sus pretensiones.

Manifiesta que con la creación del Sistema General de Pensiones se dispuso la derogación de las normas que regulaban el régimen prestacional de los funcionarios del sector público, incluidos los empleados de la Contraloría General de la República a quienes se les aplica la Ley 100 de 1993; que la demandante, al adquirir su status de pensionada el 24 de febrero de 1996, era gobernada para su reconocimiento y pago por la citada Ley y su régimen de transición, que respetó el tiempo de servicios, la edad y el monto del régimen anterior; que por ello se le aplicó el Decreto 929 de 1976 en esos aspectos, pero no para los factores salariales, porque le correspondía lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, señalados específicamente en el Decreto 1158 de 1994.

Señala que la pensión debió calcularse sobre factores de salario devengados durante el año anterior a la concreción y configuración del derecho prestacional; que si se llegaren a reconocer los factores prestacionales que pretende la actora, habría una trasgresión a los principios de sostenibilidad presupuestal, solidaridad y legalidad.

Propone la excepción de “cosa juzgada objetiva”, pues aun cuando falta identidad en la parte demandante, la demandada es la misma y en todo caso, en el presente asunto ya se encuentra fijado el límite objetivo de la cosa juzgada.

LA SENTENCIA

Mediante sentencia del 24 de abril de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del acto acusado y ordenó reliquidar la pensión de jubilación, incluyendo en forma proporcional los factores salariales devengados durante el último semestre laborado, con excepción de las vacaciones.

Hizo un recuento normativo y jurisprudencial⁴, para concluir que la demandante se halla pensionada bajo un régimen especial como es el de la Contraloría General, por lo que no se le pueden aplicar las disposiciones de la Ley 33 de 1985, que exceptúa de su régimen general a los empleados públicos que gozan de uno especial de pensiones. Argumentó que le es aplicable a la actora el contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que cumplió 35 años de edad el 24 de febrero de 1981 y trabajó hasta el 16 de junio de 2003 al servicio exclusivo de la Contraloría; que se encuentra gobernada, por tanto, por el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, como disposición fundamental en la transición normativa.

Afirma que para la liquidación de la pensión se debieron tener en cuenta los factores devengados en el último semestre de servicios, en cuantía equivalente al 75% de los salarios devengados en el periodo mencionado; que en el presente caso, el último semestre de servicios es el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2002 y el 16 de junio de 2003; que en armonía con lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978, la actora tiene derecho a que se le incluya en la liquidación las sumas que habitual y periódicamente percibió en el último semestre de servicio, como son: prima técnica, bonificación por servicios y

⁴ Sentencia del Consejo de Estado de 8 de mayo de 1997, M.P. Carlos Orjuela; 28 de octubre de 1993, M.P. Dolly Pedraza de Arenas.

especial, prima de vacaciones, de servicios, de navidad, todos ellos en forma proporcional.

Agrega que los factores que certificó la demandante, se encuentran previstos en el Decreto 720 de 1978, que además de tener en cuenta los factores enlistados, incluye los factores que correspondan a sumas que reciban normalmente como retribución por sus servicios y que correspondan a factores salariales en la norma especial.

Expresa que al empleado no se le afectan los derechos cuando la entidad para la que trabaja no aporta a los entes de Previsión los valores correspondientes sobre todos los factores salariales devengados por sus empleados, porque esta es una obligación a cargo de la entidad.

Respecto a las vacaciones precisa que estas no constituyen factor salarial para la liquidación de la pensión de jubilación, según lo establecido en el Decreto 1045 de 1978, porque la misma se entiende incluida en el sueldo básico, no pudiendo realizarse un doble computo.

EL RECURSO

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron recurso y lo fundamentaron en los siguientes términos:

De la demandante:

Centra su inconformidad con el fallo apelado en que se le debe tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 6

meses de servicio, del 17 de septiembre de 2002 al 16 de junio de 2003, incluyendo el valor total certificado y no en forma proporcional.

Sostiene que no es entendible la decisión del a quo de ordenar tener en cuenta la totalidad de los factores salariales en forma proporcional, ya que en el mismo fallo señala que la demandante se encuentra amparada bajo un régimen especial, debiéndose tener en cuenta los factores devengados en el último semestre de servicios equivalente al 75% de los salarios percibidos. Que la persona que cumple con los requisitos exigidos adquiere su status de pensionado y un derecho adquirido, al que no se puede renunciar total ni parcialmente, de manera que este derecho le debe ser otorgado plenamente.

Citó abundante jurisprudencia⁵ que hace referencia al tema.

Del demandado:

Alega que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 respetó 3 requisitos como son el tiempo de servicio, la edad y el monto del régimen anterior vigente; que por ello, a la demandante se le aplicó el Decreto 1045 de 1978 para los requisitos mencionados, más no para los factores salariales, porque era pertinente acudir a la Ley 100 de 1993, y en especial al Decreto 1158 de 1994.

⁵ Sentencia del Consejo de Estado de 4 de mayo de 1997, expediente No. 14590, M.P. Carlos Orjuela; 27 de julio de 2006, expediente No. 25000232500020040196001, M.P. Alberto Arango Mantilla; 1º de diciembre de 2005, expediente No. 6778-05, M.P. Jaime Moreno García; 30 de julio de 1998, M.P. Clara Forero de Castro; y T-487 de 2005;

Manifiesta que ni la prima de servicios, la de navidad y vacaciones, pueden computarse como factores salariales en el momento de calcular la mesada pensional, cuando se trata de trabajadores particulares y servidores públicos, porque se estarían incumpliendo aspiraciones de orden público, el interés y voluntad del legislador y se incurriría en desmejora del presupuesto nacional.

Que se está confundiendo la noción de salario y se está dando un alcance equivocado al vocablo “monto”; que debe darse aplicación al principio constitucional de sostenibilidad del presupuesto sobre la ley y al principio de solidaridad.

Propone que se aplique la excepción de inconstitucionalidad; considera que no debe acogerse la jurisprudencia sobre el régimen que gobierna el cómputo pensional de aquellas personas que se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 porque contradice preceptos de la Constitución Política.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandante:

Se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso.

De la parte demandada:

Aduce que el Decreto 929 de 1976 prescribe los beneficios de los funcionarios de la Contraloría General respecto al reconocimiento pensional, sin hacer distinción alguna sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de efectuarse la liquidación de la pensión; que por ello es necesario

aplicar las normas generales de los servidores públicos, vigentes para la época en que se adquirió el status pensional, es decir, la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 1158 de 1994. Que en esta norma no se encuentran los factores alegados como la prima de vacaciones, de servicios, de navidad y la bonificación especial.

Como excepciones propone la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la prescripción de las mesadas pensionales. En cuanto a la primera, afirma que la actora no tiene derecho a que se le reconozcan factores salariales diferentes a los establecidos por la Ley, con lo cual estaría reclamando una obligación inexistente. Respecto a la segunda, expresa que en caso que se acceda a las pretensiones de la demanda, se declare la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con 3 años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda.

Del Ministerio Público:

Argumenta que en la certificación de sueldos y factores salariales devengados por la demandante durante el último semestre de labores, consta que el último semestre comprendido entre el 17 de septiembre de 2002 y el 16 de junio de 2003, devengó además de la asignación básica, la bonificación de servicios y la prima técnica; que en tal certificación se expresó que la bonificación especial, prima de vacaciones, de servicios y de navidad, constituyen factores salariales sobre los cuales tiene derecho a que se le tengan en cuenta como base del monto pensional.

Por ultimo, considera que el Fondo de Pensiones no puede verse afectado porque sus afiliados no realizan los aportes sobre la totalidad de los

valores devengados o no se efectúa el descuento, lo que al parecer ocurrió en el presente caso, por lo que es procedente ordenar que de la nueva liquidación se haga el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los factores certificados.

Se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se demanda en la presente litis la nulidad parcial de la Resolución No. 33588 de 24 de octubre de 2005, por la cual la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL E.I.C.E. reliquidó la pensión de la actora, en cuantía de \$1.888.703.96, a partir del 17 de julio de 2003, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados durante el último semestre.

La actora tenía reconocida la pensión mensual vitalicia de jubilación, mediante Resolución 23684 de 8 de septiembre de 2004, a partir del 1º de enero de 2003. Para efectuar el reconocimiento, la entidad de previsión constató que la peticionaria se vinculó desde el 1º de diciembre de 1977 hasta el 30 de diciembre de 2002 y que para el 1º de abril de 1994, fecha en que entró a regir el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, tenía más de 35 años. En el acto citado se lee que la liquidación se efectuó por el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 8 años y 9 meses y le fueron tomados como factores la asignación básica, la prima técnica y la bonificación por servicios prestados .

La resolución que en esta litis se demanda, la N° 33588 de 24 de octubre de 2005, proferida en virtud de la reliquidación solicitada, incrementó en una pequeña cantidad la pensión, pero no tuvo en cuenta los factores objeto del

petitum ni la cuantía pretendida por la actora en razón de hallarse dentro del régimen de transición, que según alega esta última, le implicaba liquidarle sobre la base de los salarios devengados durante los últimos seis meses de servicios con los factores correspondientes a prima técnica, bonificación por servicios prestados, bonificación especial, vacaciones en dinero, prima de servicios, de vacaciones y de navidad.

En primer lugar ha de precisarse, que por haber prestado los servicios la actora por más de diez años a la Contraloría General de la República, dentro del lapso comprendido entre el 1º de diciembre de 1977 y el 12 de agosto de 1994, la gobierna el régimen especial del Decreto 929 de 1976 y no las Leyes 33 y 62 de 1985, pues la Ley 33 en su artículo 1º excluyó de su régimen a aquellos empleados oficiales que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

Por otra parte, La Ley 100 de 1993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1º de abril de 1994, por haberlo establecido así el mismo ordenamiento en su artículo 151, consignó en el artículo 36 el régimen de transición, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (inexequible el aparte destacado)

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

El reconocimiento de la pensión que le fue hecho a la demandante, sin duda debía estar bajo el amparo de la legislación anterior, cuya aplicación procede en forma integral porque la actora tenía más de 35 años de edad, ya que nació en 1946 (f. 30) y superaba los 15 de servicios que exigió la norma del artículo 36 transcrito. Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas, las condiciones del régimen anterior en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión.

La Sala ha sostenido que el régimen anterior relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, que es aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso, pues sin duda la transitoriedad subsume a la persona implicada dentro de una prerrogativa, cual es la de respetarle las condiciones que el ordenamiento consagró para sí, cabalmente, en su integridad; su aplicación fraccionada significa eliminar en últimas la especialidad que le es propia por virtud del mismo ordenamiento jurídico y el elemento finalista con que fue concebido. Razonó así la Corporación:

“Monto, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta. Y monta es “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 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.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la mas favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.” (Sent. de sept.

21/00. Exp. 470/99. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "A", Cons. Pon. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda)

Así mismo, complementa esta interpretación la sentencia que sobre los alcances del régimen de transición profirió la Sección Segunda - Subsección "B" del Consejo de Estado el 8 de junio de 2000, dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Magistrado Alejandro Ordoñez Maldonado:

"Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, regía la Ley 33 de 1985 la cual en el artículo 1º dispuso que 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. En el inciso segundo de la misma disposición prescribió que no quedaban sujetos a esa regla, las personas que disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

Como antes se hizo claridad, se demostró en el proceso que el causante del derecho pensional prestó sus servicios en la Rama Judicial desde el 2 de diciembre de 1965 hasta el 8 de abril de 1994, es decir hasta su fallecimiento. En esa época había prestado sus servicios por más de 20 años y tenía más de 50 años de edad. Para la Sala no hay duda acerca de que, lo amparaba el régimen de transición, consistente en que su pensión se regía por el régimen anterior.

Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, los gobernaba un régimen especial, el previsto en el Decreto 546 de 1971 "por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público". Para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de ALFONSO VELEZ SALAZAR, se aplicaba entonces, el decreto antes citado. No otro puede ser el sentido del régimen en transición.

Con base en las razones que anteceden, la Sala llega a la conclusión que es infundada la argumentación expuesta por la entidad demandada, tampoco comparte los planteamientos expuestos por el juzgador de primera instancia en cuanto estiman que, como el sistema general de pensiones entró a regir el 1º de abril de 1994 y el causante del derecho pensional por haber fallecido a los 8 días siguientes, no lo amparaba el régimen de transición. Tales apreciaciones no tienen asidero legal.

Lo anterior se explica porque el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago

de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra.

El régimen previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, ampara a quienes al entrar en vigencia el sistema tuvieran 35 años o más de edad para mujeres o 40 años o más para hombres, o haber cotizado por 15 o más años, hipótesis que se cumplían a cabalidad en el sub-lite, pues a la muerte del causante del derecho pensional señor ALFONSO VELEZ SALAZAR, tenía más de 50 años de edad y había prestado sus servicios por más de 20 años. Es claro entonces que la pensión se regía por la normatividad anterior.

Se agrega a lo anterior que, son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen.

Pues no es igual establecer el monto de la cuantía de la pensión, en los términos señalados en la Ley 100 de 1993, como lo ordena el artículo 6º del Decreto 546 de 1971. Al realizar las respectivas operaciones aritméticas, arrojan sumas distintas y con la nueva ley la cuantía de la mesada pensional resulta disminuida.”

De esta manera, siguiendo la pauta jurisprudencial anterior, concluye la Sala que debió la entidad liquidar la pensión de jubilación de la actora, observado la disposición especial del artículo 7º del Decreto 929 de 1976, incluyendo los factores salariales enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable por la remisión que hizo el artículo 17 del primer decreto citado.

De manera que lo devengado en el último semestre, deberá tomarse para los efectos señalados incluyendo todos los factores percibidos y no tiene incidencia alguna el hecho de que no fueron objeto de aportes, porque el régimen de los empleados de la Contraloría no es el que pretende aplicar la demandada; además, porque no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por los yerros de la administración, cuando omite su deber de efectuar los aportes que la ley ordena. De suerte que lo que procede es ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto, como bien lo dispuso el a quo.

De conformidad con el artículo 7º del decreto 929 de 1976, el reconocimiento de la pensión de jubilación debe efectuarse con base en el promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

Dice así la norma:

“Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, sin 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 cuanto a los factores que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación, la Sala precisa que son los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, disposición que para los empleados de régimen especial de pensiones permanece vigente y aplicable al caso en estudio, por así autorizarlo el artículo 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. Igualmente aplica al caso el artículo 40 del Decreto 720 de 1978, que establece factores adicionales de salario, ordenamiento este último destinado a los servidores del ente fiscal.

Por su parte, el artículo 17 del mismo Decreto Ley dispuso:

“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.”

De acuerdo con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 los factores de salario para liquidar las pensiones de los empleados de la Contraloría General de la República son los siguientes:

- 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 art. 38 del decreto 3130 de 1968.”

Por otra parte, el Decreto 720 de 1978 por el cual se dictaron normas especiales para la Contraloría, dispuso en su artículo 40, lo siguiente

“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”.

Quiere decir que estos factores se suman a los señalados en el Decreto 1045, por cuanto fue el mismo Decreto 929 de 1976 el que remitió específicamente a los factores del régimen general, de suerte que la expresión “además” consignada en la norma del Decreto 720 de 1978, da lugar a concluir que no hay taxatividad en el enunciado.

Por otra parte, el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, prescribió:

“ARTÍCULO 23. Los funcionarios de la Contraloría General de la República, tendrán derecho al pago de una bonificación especial de un mes de remuneración por cada período de cinco años cumplidos al servicio de la institución a partir de la vigencia de este Decreto, durante el cual no se haya aplicado sanción disciplinaria, ni de ningún otro orden. El contralor General de la República reglamentará la forma y cuantía de esta bonificación.”

Del anterior recuento normativo se concluye, sin lugar a dudas, que los rubros certificados por la entidad (f, 16) deben ser considerados como factor para el cómputo de la pensión de la actora, con excepción de las vacaciones, por cuanto ya están incluidas dentro de la asignación, por corresponder al mismo pago salarial; la diferencia está en que el servidor hace uso de ellas y sigue devengando el salario, por eso se llama descanso remunerado.

Deben sí pagarse estos rubros en forma proporcional, pues dado que su pago está previsto por anualidades causadas, para determinar la **mesada** pensional se calculan las doceavas partes de todos aquellos factores devengados

y se adicionan a la asignación; luego, si para el caso de la contraloría se liquida por el promedio de lo devengado en los 6 últimos meses, quiere decir que ya no puede hablarse de doceavas, sino de sextas partes, que corresponden a montos superiores, pues se trata de un régimen más favorable que el general.

No ocurre lo mismo con la liquidación de la bonificación especial, causada cada vez que el empleado cumple cinco años de servicios en la entidad, porque en este caso, a diferencia de los otros rubros que se toman como factor salarial para la pensión, el derecho sólo surge para el servidor al cumplirse ese período y no antes, de manera que si por alguna razón se retira del servicio antes de **cumplir los cinco años**, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. Por ello, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es de ser segmentada para computarla como factor pensional, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser pagados proporcionalmente, cuando el empleado se retira sin culminar el año completo de servicios.

Tal conclusión surge de la forma como fue concebida la bonificación especial en la norma (art. 23 Dto.929/76) que consagró como su fundamento el hecho de cumplir un período de cinco años al servicio de la Institución y si la disposición contenida en el artículo 7º ibidem, transcrito en párrafos antecedentes, señaló que la pensión ordinaria de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, debe entenderse que se promedia lo que es susceptible de tal operación, pero lo que no es posible de ser fraccionado se incluye integralmente.

Además, no queda duda de que fue erigida como una contraprestación y no como prestación social, pues no ampara contingencia alguna ni tiene naturaleza asistencial y pese a que no se devenga mes a mes, constituye una retribución por los servicios prestados, cuyo origen es la prestación de servicios, pero adicionada con un requisito *sine qua non*, cual es la vinculación por un período completo de cinco años.

Entonces, si el derecho a percibir la bonificación especial se consolidó el último semestre laborado, debe computarse en su totalidad, lo contrario pugnaría con el derecho del empleado que ha cumplido cinco años de servicios y ve frustrada la opción que le dio la ley de incluirla en el cómputo pensional, pese a que, se repite, su exigencia sólo surge el día que se cumple con el lapso de permanencia señalado en la norma.

Por ello, el rubro en cuestión no es dable de fraccionar con el razonamiento que pretende la parte demandada, de que se quebraría el sistema pensional y su sostenibilidad.

Es esta una contraprestación especial, propia del régimen de los servidores del ente que ejerce el control fiscal, frente al que, sin duda, quiso el legislador consagrar para sus empleados un ordenamiento esencialmente favorable, como una forma de exaltar la índole de la función pública encomendada; constituye también un estímulo y reconocimiento a la lealtad de quienes deciden permanecer a su servicio y a la cualificación que implica permanecer por años en el desempeño de cargos en el mismo ramo, lo que se traduce en eficiencia e idoneidad.

Tales prerrogativas son parte del antiguo sistema pensional y, por ello, no corresponden en manera alguna al sistema vigente, surgido de la Ley 100

de 1993, de tal modo que no es la generalidad de los pensionados la que va a gozar de ellas y, así mismo, es apenas lógico que la minoría de servidores del régimen pensional especial, que conservan su vigencia en razón de la transitoriedad y, por ello mismo, inmodificable para quienes están subsumidos en él, carecen de vocación para quebrar por ellos mismos al sistema pensional.

Así, la sostenibilidad del sistema sin duda ha de obedecer y planearse sobre la base de las nuevas disposiciones imperantes para la población laboral por él amparada, pero, en todo caso, con plena observancia de los derechos constitucionales consagrados en la Carta Política y el Bloque de Constitucionalidad.

De esta manera, la Sala replantea la tesis contenida en fallos en los que se había decidido promediar todos los factores salariales computables en la pensión de los empleados de régimen especial de la Contraloría General de la República.

En consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia del Tribunal, excepto en cuanto ordenó la inclusión proporcional de la prima especial de servicios, cuyo cómputo se dispondrá en forma total, previo el descuento que se hará con destino a la Caja Nacional de Previsión, como aporte.

En mérito de lo expuesto, 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,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia de veinticuatro (24) de abril de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección D, dentro del proceso promovido por AURA LIGIA MORALES GRANADOS contra la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E, **EXCEPTO** en cuanto ordenó el cómputo proporcional del rubro correspondiente a BONIFICACIÓN ESPECIAL, rubro que se adiciona en su totalidad para liquidar la pensión, frente a cuyo monto se harán los correspondientes descuentos por concepto de aportes a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. - en liquidación - o la entidad de previsión social que la sustituya.

RECONÓCESE personería a la abogada MARIA ROCÍO TRUJILLO GARCÍA para actuar dentro del presente proceso en representación de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E, - en liquidación - en los términos y para los efectos del poder otorgado a folio 361.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

PENSION DE JUBILACION EN LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Inclusión de quinquenio debe ser proporcional y no total / BONIFICACION ESPECIAL QUINQUENIO - Constituye base de liquidación pensional de manera especial / BASE DE LIQUIDACION EN LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Promedio de salarios devengados durante el último semestre / PENSION DE JUBILACION EN LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Promedio de factores incluyendo el quinquenio

En efecto, considero que dentro de los factores salariales computables en la base liquidatoria de la pensión de jubilación de los servidores de la Contraloría, se debe incluir para los vinculados antes del 1º de enero de 1992, la bonificación especial (quinquenio), pero no de manera total como se ordena en el presente fallo, sino de manera proporcional. Proporción que resulta de la división del valor total certificado de dicho factor entre los cinco años que sirvieron para su causación, el cual se divide entre los doce meses del año, para que finalmente esa doceava parte se incluya en la base liquidatoria mes a mes durante el semestre que comprende el período para calcular el monto de la pensión, acorde con lo previsto en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, que ordena tomar los factores devengados durante el último semestre. La razón principal de esta postura consiste en que la base liquidatoria de la pensión de jubilación la constituye el promedio de los salarios devengados durante el último semestre, por lo cual es preciso calcular la incidencia del quinquenio en el salario mensual. Si el período de causación del quinquenio como su nombre lo indica son cinco (5) años, es preciso calcular cuanto representa proporcionalmente en el salario mensual del funcionario, por lo cual la liquidación debe ser proporcional y no total. Lo anterior no desconoce la favorabilidad que ordena la Constitución y la ley, por cuanto el quinquenio no afecta en su valor total el salario mensual por ser adicional en la proporción respectiva. Por otra parte, considero que el fallo debió hacer precisiones sobre la obligación de efectuar los aportes acorde con lo señalado en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que ordena aportar sobre los mismos factores que se toman para liquidar la pensión. Esto es una regla general que cobija a todos los servidores públicos aún los sometidos a un régimen especial pensional, de modo que al momento del reconocimiento de la pensión la entidad de previsión debe efectuar los descuentos pertinentes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., 27 de abril de 2010

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-01195-01(0091-09)

Actor: AURA LIGIA MORALES GRANADOS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Respetuosamente manifiesto a la Sala que me aparto de la decisión adoptada por la mayoría en sentencia del 11 de marzo de 2010 dentro del expediente de la referencia, en cuanto dispuso que la inclusión en la base liquidatoria de la bonificación especial (quinquenio) en el régimen laboral de la Contraloría General de la República procede en forma total, es decir, por la totalidad del quinquenio recibido. Se argumenta en la decisión que ello es así dado que por la forma en que fue concebida en la norma -artículo 23 del Decreto 929 de 1976- no es posible su fraccionamiento.

Las razones que me llevan a apartarme del criterio plasmado en la providencia referida, no son otras que las consignadas en la sentencia proferida por la Sección el 19 de junio de 2008, en la que se señaló que para efectos de determinar la base liquidatoria del monto pensional con inclusión de la bonificación especial, esta debía liquidarse de manera proporcional.

En efecto, considero que dentro de los factores salariales computables en la base liquidatoria de la pensión de jubilación de los servidores de la Contraloría, se debe incluir para los vinculados antes del 1º de enero de 1992, la bonificación especial (quinquenio), pero no de manera total como se ordena en el presente fallo, sino de manera proporcional. Proporción que resulta de la división del valor total certificado de dicho factor entre los cinco años que sirvieron para su causación, el cual se divide entre los doce meses del año, para que finalmente esa doceava parte se incluya en la base liquidatoria mes a mes durante el semestre que comprende el período para calcular el monto de la pensión, acorde con lo previsto en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, que ordena tomar los factores devengados durante el último semestre.

La razón principal de esta postura consiste en que la base liquidatoria de la pensión de jubilación la constituye el promedio de los salarios devengados durante el último semestre, por lo cual es preciso calcular la incidencia del quinquenio en el salario mensual. Si el período de causación del quinquenio como su nombre lo indica son cinco (5) años, es preciso calcular cuanto representa proporcionalmente en el salario mensual del funcionario, por lo cual la liquidación debe ser proporcional y no total.

Lo anterior no desconoce la favorabilidad que ordena la Constitución y la ley, por cuanto el quinquenio no afecta en su valor total el salario mensual por ser adicional en la proporción respectiva.

Por otra parte, considero que el fallo debió hacer precisiones sobre la obligación de efectuar los aportes acorde con lo señalado en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que ordena aportar sobre los mismos factores que se toman para liquidar la pensión. Esto es una regla general que cobija a todos los servidores públicos aún los sometidos a un régimen especial pensional, de modo que al momento del reconocimiento de la pensión la entidad de previsión debe efectuar los descuentos pertinentes.

En este orden, estimo que debió mantenerse la postura jurisprudencial fijada por la Sección, con ponencia del suscrito, en relación con la forma de liquidación de la bonificación especial (quinquenio) como base integrante del monto de la pensión, así como también los descuentos que por aportes deben hacerse por el tiempo en que el funcionario se haya desempeñado al servicio de la Contraloría General de la República⁶.

GERARDO ARENAS MONSALVE

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 19 de junio de 2008. Rad. No. 25000-23-25-000-2005-05720-01(1228-07) Actor: Fanny Torres Hernández contra la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL-.