

PENSION DE JUBILACION – Régimen de transición / REGIMEN ESPECIAL APLICABLE – Funcionarios de la Contraloría General de la Republica

Como corolario de lo anterior, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en repetidas providencias ha concluido que resulta indiscutible que los servidores públicos de la Contraloría General de la República, por estar amparados por un régimen pensional que les es propio, no pueden estar supeditados a lo previsto en el régimen general para el reconocimiento y liquidación pensional, sino que los mismos se encuentran regulados en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976 que determinó los requisitos fundamentales para obtener la pensión de jubilación de esos servidores (edad y tiempo de servicio) y con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre sin que sea un obstáculo para su inclusión la realización o no de aportes

FUENTE FORMAL: DECRETO 929 DE 1976 – ARTICULO 7 / DECRETO 1045 DE 1978 –ARTICULO 45 / LEY 720 DE 1978 – ARTICULO 40

REGIMEN DE TRANSICION – Beneficiarios / EMPLEADO DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Principio de inescindibilidad de la ley / RELIQUIDACION PENSIONAL – Aplicación integral del régimen especial de los empleados de la contraloría general de la republica / FACTOR SALARIAL – Dispuesto en el decreto 1045 de 1978 /

En ese orden de ideas, contrario a lo argumentado por la entidad demandada en el recurso de apelación, en el sub examine no es dable aplicar el Decreto 1158 de 1994, para determinar el ingreso base de liquidación, pues se reitera, por ser el demandante beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, la pensión debió reconocerse aplicando en su integridad el régimen especial de los empleados de la Contraloría General de la República, que permite la inclusión de “todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” devengadas en el último semestre de servicio, atendiendo como principio general, los factores salariales dispuestos en el Decreto 1045 de 1978.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1978 –ARTICULO 45

RELIQUIDACION PENSIONAL – Descuento seguridad social / DESCUENTO DE APORTES – Sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal / LIQUIDACION DE PENSIONES – Sobre los factores que se hayan efectuado las cotizaciones / FACTORES NO COTIZADOS – Actualización al valor presente / CALCULO ACTUARIAL – Efectividad del derecho reclamado

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, “procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”. Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional. Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que “[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado

las cotizaciones”. Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática. Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13)

Actor: JOSÉ DE JESÚS GOSSAIN ABDALLAH

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, HOY UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-

Referencia: Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales

Conoce la Sala, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, Sala de Descongestión el once (11) de septiembre de dos mil doce (2012).

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN

1. Pretensiones:

Actuando por conducto de apoderada judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor José de Jesús Gossain Abdallah, solicita, se declaren parcialmente nulos los siguientes actos administrativos:

- i.) La Resolución Número 50461 de octubre 26 de 2007, proferida por la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, mediante la cual se reconoce y ordena pagar al señor José de Jesús Gossain Abdallah, una pensión mensual vitalicia por vejez en cuantía de \$1.544.154.08, efectiva a partir del 1º de agosto de 2007, pues en su criterio, contraría abiertamente el contenido del artículo 7º del Decreto 929 de 1976, que ordena la inclusión de todos los factores salariales devengados en los últimos seis (6) meses de servicio, toda vez que solo se incluyó en la liquidación pensional, la asignación básica mensual del promedio de los últimos diez (10) años, desde el año de 1997 hasta 2007, es decir se efectuó el cálculo sobre el 75% de lo devengado sobre el salario (parcialmente tomado)¹.

- ii.) La Resolución Número 06087 de febrero 11 de 2009, proferida por la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, por la cual fue reliquidada la pensión reconocida, pues en ella no se tuvieron en cuenta todos los factores consagrados en el Decreto 1045 de 1978, contrariando de esta manera el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, que ordena la inclusión de todos los factores salariales devengados en los últimos seis (6) meses de servicio.

¹ Folio 90

Pide también que se declare nula la Resolución Número 20593 de junio 4 de 2009, proferida por la Gerencia General de la Caja Nacional del Previsión Social CAJANAL EICE, que resolvió el recurso de reposición interpuesto el 10 de marzo de 2009, contra la Resolución Número 06087 de febrero 11 de 2009, mediante la cual se resolvió su revocatoria.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, depreca:

Se ordene a la demandada modificar, reconocer y pagar a favor del demandante, conforme al régimen de excepción establecido para la Contraloría General de la República contenido en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, una asignación mensual equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados y/o percibidos en su totalidad, durante los últimos seis (6) meses laborados (junio 3 a diciembre 2 de 2007), tomando como base los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación especial (quinquenio), prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y compensación de vacaciones.

También depreca: **i.)** Se ordene a la demandada el pago de los incrementos anuales correspondientes, de acuerdo con el I.P.C. **ii.)** Se condene al reconocimiento de la indexación o corrección monetaria, sobre las sumas que ha dejado de percibir por concepto de pensión. **iii.)** Se condene al pago de intereses corrientes y de mora causados por el injusto retardo en el pago del valor real de la pensión de jubilación. **iv.)** Se condene al pago de los perjuicios causados a que haya lugar. **v.)** Se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A y **vi.)** Se condene en costas a la demandada.

2. Fundamentos fácticos:

Los hechos que fundamentan las anteriores pretensiones se sintetizan de la siguiente manera:

Indica la apoderada que el señor José de Jesús Gossain Abdallah, nació el 5 de marzo de 1952 y laboró al servicio de la Contraloría General de la República

desde el 16 de mayo de 1980, hasta el 30 de noviembre de 2007, esto es, por más de veinte (20) años, pues mediante Resolución Ordinaria Número 01643 de noviembre 7 de 2007, fue aceptada su renuncia a partir del 1° de diciembre de 2007, al cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02 en la Oficina Jurídica.

Explica que a través de la Resolución N° 50461 de octubre 26 de 2007, al demandante le fue reconocida una pensión mensual vitalicia de vejez en cuantía de \$1.544.154.08, efectiva a partir del 1° de agosto de 2007, incluyendo en la liquidación pensional, únicamente, la asignación básica mensual promedio de los últimos diez (10) años, esto es desde 1997 hasta 2007.

Aduce también, que radicó solicitud de reliquidación pensional el 5 de septiembre de 2008, y al no obtener respuesta alguna por parte de la entidad demandada, interpuso acción de tutela, la que por reparto correspondió al Juzgado 53 Penal del Circuito de Bogotá D.C. y en la que fueron tutelados sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital y seguridad social en pensiones.

Posteriormente, mediante la Resolución Número 6087 de febrero 11 de 2009, la entidad reliquidó la pensión de vejez del actor por retiro definitivo del servicio oficial, elevando su cuantía a la suma de \$1.564.580.95, acto administrativo contra el cual interpuso recurso de reposición, y que fue resuelto a través de la Resolución 20593 de junio 4 de 2009, revocando la primera y reliquidando la pensión por nuevos factores salariales.

Considera entonces que las resoluciones impugnadas carecen de sustento jurídico, en cuanto desatienden claras y expresas disposiciones Constitucionales, legales y reglamentarias, so pretexto de una interpretación equivocada y carente de solidez, ya que en su criterio, el demandante se encuentra dentro de los límites del régimen de transición, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia, su pensión de jubilación debió liquidarse con base en las reglas y orientaciones del régimen anterior, esto es, el establecido para los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, consagrado en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976.

3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas vulneradas se citaron los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 29, 53, 58, 83, 90, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución Política; artículos 36, 85 y concordantes del Código Contencioso Administrativo, 7° del Decreto 929 de 1976, 45 del Decreto 1045 de 1978 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Alega que la entidad demandada efectuó la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado entre el 3 de junio al 2 de diciembre de 2007, sin aplicar el Decreto 929 de 1976, íntegramente, como se ordenó en el fallo de tutela, sino tomando parcialmente los valores de las bonificaciones por servicios y especial, las primas de vacaciones, de servicios, de navidad y excluyendo el valor de las vacaciones compensadas en dinero.

4. Oposición de la Entidad demandada:

La **Caja Nacional de Previsión Social EICE En Liquidación** dio contestación a la demanda, en los siguientes términos:

Se opone a las pretensiones y en su lugar solicita se absuelva a la demandada de todo cargo y se condene a los demandantes en costas y agencias en derecho.

Expresa que debe tenerse en cuenta que a partir de la reforma pensional consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, se estableció que *“para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”*, razón por la cual, dice, no es viable la solicitud de la parte actora, toda vez que no cotizó por los factores que reclama y con ello se transgreden los principios de solidaridad, sostenibilidad presupuestal y legalidad.

De otra parte, indica que la expresión monto es diferente del ingreso base de liquidación, pues el monto es una tasa, un porcentaje, y el ingreso base de liquidación, es un promedio de salarios durante un tiempo determinado. También sostiene que las primas de servicios, navidad y vacaciones, no pueden imputarse como factores salariales a la hora de calcular la mesada pensional entratándose de trabajadores particulares, y con mucha más razón tal imputación tampoco se podrá efectuar en punto de servidores públicos, pues están regulados por una

relación legal y reglamentaria menos flexible que la regulación establecida para los trabajadores particulares.

Propuso las excepciones denominadas “*Caducidad de la acción*”, “*Inepta demanda por falta de requisitos formales*” e “*Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*”, “*Genérica e innominada*” y “*Prescripción de mesadas*”. (Fls. 118 a 133)

5. La sentencia apelada:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, Sala de Descongestión, desestimó las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada y declaró la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 50461 del 26 de octubre de 2007, 6087 de 11 de febrero de 2009 y 20593 de 4 de junio de 2009, expedidas por el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE en Liquidación, en cuanto omitieron liquidar en debida forma la pensión de jubilación del accionante.

Asimismo, ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE en Liquidación, reconocer, liquidar y pagar al demandante, el valor de la reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 3 de diciembre de 2007, en un monto del 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre de servicios, esto es, asignación básica, la 1/6 bonificación por servicios prestados, 1/6 bonificación especial (quinquenio), 1/6 prima de vacaciones, 1/6 prima de servicio y 1/6 prima de navidad, indicando que al momento de hacer la liquidación para cancelar los valores resultantes de lo expuesto, se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado y recibido por el actor en virtud de las Resoluciones Nos. 50461 de 26 de octubre de 2007, 6087 de 11 de febrero de 2009 y 20593 de 4 de junio de 2009, suma que deberá ser reajustada y actualizada.

Finalmente, ordenó reliquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo a la normatividad aplicable al caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador.

Para arribar a la anterior conclusión, el *a quo*, en síntesis señaló que si bien los actos que expide la administración en cumplimiento de una orden judicial no son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dicha situación puede ser objeto de estudio en aquellos eventos en que la decisión adoptada por la entidad no corresponda en su totalidad a lo dispuesto por el juez que profirió la providencia.

Con base en lo anterior, indicó el Colegiado de Primera instancia, que la entidad demandada, al expedir el acto que dio cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado 53 Penal del Circuito de Bogotá, igualmente resolvió el recurso de apelación presentado contra el acto administrativo que reliquidó la pensión de jubilación del accionante por retiro definitivo del servicio y que aunado a ello, la mencionada Resolución N° 20593 de 4 de junio de 2009, no acató cabalmente lo ordenado por el juez de tutela, pues no aplicó correctamente el régimen establecido en el Decreto 929 de 1976 para efectos de determinar la base de liquidación de la prestación; razón por la que consideró viable el estudio sobre la legalidad de la Resolución N° 20593 de 4 de junio de 2009, al no constituir un acto de simple ejecución.

Explicó entonces que en las resoluciones demandadas, la administración consideró que la cuantía de la pensión sería equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último semestre de servicios y con la inclusión de todos los factores salariales, los cuales dividió en la mitad para efectos de determinar la base de liquidación de la prestación, contrariando así lo dispuesto en la normatividad especial que regula la pensión de los empleados de la Contraloría General de la República.

Luego de citar jurisprudencia existente sobre el particular, indicó que la entidad acusada debió determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de acuerdo con lo establecido en los artículos 45 del Decreto 1045 de 1978 y 40 del Decreto 720 del mismo año y no, mediante la aplicación de reglas diferentes a las allí dispuestas; también dijo que en virtud del principio de inescindibilidad, al demandante debió aplicarse el régimen especial de la Contraloría General de la República (Decreto 929 de 1976) de manera preferente e íntegramente.

Precisó que no le asiste razón al demandante frente a la pretensión encaminada a incluir dentro de la reliquidación de la pensión de jubilación la compensación de vacaciones, habida cuenta que no tiene la virtud de remunerar de manera directa la prestación del servicio; indicó la forma en que debería ser incluido el quinquenio o bonificación especial en la liquidación de la pensión de jubilación y estableció que en el presente caso no se decretaría la prescripción de mesada alguna. (Fls. 198 a 224)

Señaló que no decretaría la prescripción de mesada alguna, pues entre la fecha en que se hizo exigible el derecho – 3 de diciembre de 2007- , y la fecha de presentación de la petición en vía gubernativa el 5 de septiembre de 2008, no trascurrieron más de tres (3) años.

6. El Recurso de Apelación:

El apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, el cual sustenta en los siguientes términos:

Indica que la pensión del demandante fue calculada con los factores salariales taxativamente consagrados en el Decreto 1158 de 1994; norma que no prevé como tales, los alegados por la parte actora, razón por la cual, en su criterio, la liquidación realizada por la entidad es correcta.

Expresa que lo anterior es concordante con la Ley 62 de 1985, en la cual se reiteró que el cálculo para las pensiones de todos los empleados oficiales debe realizarse con los factores mencionados anteriormente; es decir que incluir factores extralegales o que no estén taxativamente dados en la ley, viola directamente el marco normativo que regula el sistema de cálculo pensional para los empleados oficiales.

Agrega que con la decisión se vulnera el Acto Legislativo 01 de 2005 y los principios de universalidad, solidaridad, sostenibilidad presupuestal y de legalidad, los cuales permean el campo de la seguridad social en Colombia.

Con base en lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la entidad de las pretensiones de la demanda. (Fls. 226 y

227)

7. Trámite en segunda instancia:

Mediante auto de fecha dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013), se **admitió** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se dispuso notificar al Agente del Ministerio Público en forma personal, y por estado a las otras partes. (Fls. 273 a 274)

8. Alegatos de conclusión:

Las partes guardaron silencio.

9. Intervención del Ministerio Público:

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, sostiene que el demandante cumple con los supuestos exigidos por el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consideración a que el 1° de abril de 1994, tenía 42 años de edad, por consiguiente, se le debe aplicar la regulación especial contemplada en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976.

Señala que en el presente caso, la entidad demandada, al reconocer la pensión de jubilación al demandante aplicó dos regímenes pensionales, uno respecto de los requisitos para ostentar el estatus de pensionado, y otro para efectuar la liquidación, en abierto desconocimiento del principio de inescindibilidad.

Agrega que la pensión de jubilación de los empleados de la Contraloría de la República que hubieren prestado sus servicios a ella por lo menos diez años, debe ser equivalente al 75% de la asignación mensual que hubieren devengado en el último semestre de servicios y para su liquidación se deben tener en cuenta los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Aduce que en el *sub examine* no se configura la prescripción y solicita se confirme la sentencia recurrida. (Fl. 278 a 282 vto).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico a resolver en esta instancia, se contrae a verificar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en los últimos seis meses de servicios, al tenor de lo previsto en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976, por haber sido funcionario de la Contraloría General de la República y adquirir el status pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o si por el contrario, le es aplicable en la liquidación de la prestación, el inciso 3° del artículo 36 *ibídem*.

1. Del Régimen aplicable:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció un régimen de transición para aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia (1° de abril de 1994), estaban próximas a cumplir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, así:

*“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 o más si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.**” (Resaltado fuera de texto)*

En virtud de lo anterior, quienes ostentan alguna de las mencionadas condiciones, pueden pensionarse con el cumplimiento de los requisitos consagrados en las **normas anteriores** a la Ley 100 de 1993.

Así se salvaguarda su legítima expectativa de adquirir una pensión de jubilación, pues como es bien sabido, la Ley 100 de 1993, trajo consigo mayores exigencias para obtener el reconocimiento y pago de la multicitada prestación.

Sobre el contenido y alcance del Régimen de Transición, esta Corporación ha establecido lo siguiente:

“El régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa válida de obtenerlo conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación.

*La previsión legal de un régimen de transición en el marco de un nuevo sistema pensional, implica **para quienes a la entrada en vigencia del mismo reúnen los supuestos de hecho allí establecidos (edad o tiempo servido), el reconocimiento de su derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraban afiliados**, es decir, el mantenimiento de las condiciones bajo las que aspiraban a concretar su derecho pensional, pues ello hace razonable su configuración legal.*

*Debe precisar la Sala respecto al régimen de transición analizado que, por la naturaleza constitucional de los derechos que ampara y por la finalidad inmersa en su previsión legal, quienes configuraron a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los supuestos de hecho establecidos por el Legislador para acceder al mismo **gozan de un derecho oponible** pues al consolidar la situación jurídica prevista en la Ley se activa a su favor el dispositivo de amparo que ésta consagró y habilitó legítimamente para tal efecto, que corresponde a la protección del sistema pensional que les cobijaba con anterioridad al nuevo sistema.*

*De lo anterior se infiere **el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición -particularmente el previsto en la Ley 100 de 1993- y la protección que asiste a las personas inmersas dentro de los mismos**, pues la transición se erige entonces como un derecho cierto y no como una simple expectativa modificable por el Legislador, derecho que implica para éstas la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio Legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas **en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros.***

No cabe duda alguna para concluir entonces, que todas aquellas personas cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social, por encontrarse dentro de los supuestos establecidos por el Legislador para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su pensión y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de ésta, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada al

abrigo del ordenamiento anterior que por tal virtud se les ampara.

(...)

De acuerdo con lo anterior, se encuentran cobijados por el régimen de transición en comento, los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales de conformidad con el artículo 151 ibidem) contaran con 35 años de edad o más si son mujeres o con 40 años de edad o más si son hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados, para quienes las condiciones de acceso al derecho pensional como la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regirían por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados.”²

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el escrito demandatorio, el actor reclama la aplicación de un **régimen anterior a la Ley 100 de 1993**, inherente a los funcionarios de la Contraloría General de la República, es preciso analizar la normatividad que así lo consagra, como sigue.

2. Del régimen especial aplicable a los funcionarios de la Contraloría General de la República.

El régimen de prestaciones sociales de los servidores de la Contraloría General de la República, es el establecido en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, en los Decretos Leyes 2567 de 1946, 929 de 1976 y 720 de 1978 y en sus correspondientes reglamentaciones.

En lo que concierne al tema pensional, el artículo 7° del Decreto Ley 929 de 1976, dispone:

“Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, 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”.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez

La norma en comento, no solo determinó con suficiente claridad los requisitos fundamentales para obtener la pensión de jubilación de esos servidores (edad y tiempo de servicio), sino que también, estableció que ésta se liquidaría con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

Sin embargo, en lo tocante a la forma en que deben liquidarse las pensiones previstas en este decreto, únicamente se hace la siguiente precisión:

“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.”

De contera, el Decreto Ley 720 de 1978 – norma que establece el régimen salarial especial de los servidores de la Contraloría General de República – en su artículo 40, establece:

“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.”*

Se advierte entonces que las normas que regulan este régimen, sólo citan algunos factores salariales a tener en cuenta para estos efectos, en consecuencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 929 de 1976³, es necesario remitirse a los factores consagrados en el Decreto 1045 de 1978, para liquidar la pensión de jubilación de estos servidores.

(2010). Radicación Número: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08) Actor: Alvaro Libardo Ramirez Sanchez. Demandado: Alcaldía Mayor de Bogota, D.C. - Secretaría de Hacienda.

³ El artículo 17 del Decreto 929 de 1976, dispone que en cuanto no se opongan al texto y finalidad de ese estatuto, deben aplicarse a los empleados de la Contraloría General de la República, el Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan.

Así pues, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, enlista como factores que deben ser incluidos para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación, de manera general y no como una relación taxativa⁴, los siguientes:

“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 tendrán 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;*
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”*

Como corolario de lo anterior, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en repetidas providencias ha concluido que resulta indiscutible que los servidores públicos de la Contraloría General de la República, por estar amparados por un régimen pensional que les es propio, no pueden estar supeditados a lo previsto en el régimen general para el reconocimiento y liquidación pensional, sino que los mismos se encuentran regulados en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976 que determinó los requisitos fundamentales para obtener la pensión de jubilación de esos servidores (edad y tiempo de servicio) y con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre sin que sea un obstáculo para su

⁴ Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

inclusión la realización o no de aportes⁵.

3. De lo probado en el proceso:

Establecido lo anterior y descendiendo al caso de autos, deberá verificarse si el demandante se encontraba amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y si en consecuencia, le son aplicables las disposiciones contenidas en regímenes de excepción anteriores a éste, así:

- Según se desprende del material probatorio recaudado en el proceso, el señor Gossain Abdallah, prestó sus servicios a la Contraloría General de la República entre el 16 de mayo de 1980 al 21 de julio de 1992⁶ y del 1º de septiembre de 1992 al 30 de noviembre de 2007⁷, pues mediante Resolución Ordinaria N° 01643 de 7 de noviembre de 2007, fue aceptada su renuncia al cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional Grado 02 de la Oficina Jurídica, a partir del 1º de diciembre de 2007⁸.
- De otra parte, de acuerdo con la copia del registro civil⁹, así como de la cedula de ciudadanía¹⁰, el demandante nació el 5 de marzo de 1952, en consecuencia cumplió los 55 años de edad **el día 5 de marzo de 2007**.

4. Análisis del caso concreto

En el *sub examine*, el señor José de Jesús Gossain Abdallah contaba con cuarenta y un (41) años, diez (10) meses y veintisiete (27) días de edad a 1º de abril de 1994, fecha para la cual también acreditaba más de trece (13) años de servicios al Estado, en consecuencia, es claro que ostentaba la condición de beneficiario del régimen de transición, conforme al numeral 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aspecto que como se expuso en párrafos anteriores, genera a su caso la aplicación del régimen “anterior” en su integridad.

No obstante, siendo el actor beneficiario del régimen de transición dispuesto en el

⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección 'B' de 26 de septiembre de 2002, Exp. 0091-02, C.P. Dr. Jesús María Lemos.

⁶ Folio 30 - Cuaderno administrativo.

⁷ Folio 3.

⁸ Folios 9 a 11.

⁹ Aportada a folio 28 - Cuaderno administrativo.

¹⁰ Aportada a folio 27 -Cuaderno administrativo.

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su pensión fue reconocida a través de la Resolución No. 50461 de 26 de octubre de 2001, “con el 75% del salario promedio de diez (10) años conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993”; posteriormente, mediante la Resolución 6087 de 11 de febrero de 2009, se indicó que el demandante se pensionó con la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión consagrados en el Decreto 929 de 1976, pero que el periodo sobre el cual se liquidó la pensión, así como los factores salariales, fueron los indicados en la Ley 100 de 1993 y los Decretos Reglamentarios 691 y 1158 de 1994; y finalmente, mediante la Resolución 20593 de 04 de junio 2009, la entidad, en cumplimiento al fallo de Tutela N° 2009-0800, proferido por el Juzgado 53 Penal del Circuito de Bogotá, revocó la Resolución N° 06087 de 11 de febrero de 2009 y reliquidó por nuevos factores salariales la pensión de jubilación.

In extenso, esta Corporación, en casos como el que hoy ocupa el estudio de la Sala, ha establecido que el derecho al régimen de transición se traduce en la posibilidad de consolidar el derecho pensional, conforme a las disposiciones consagradas en el régimen anterior y respecto de la **totalidad** de los elementos que lo afectan, razón por la que proceder como lo ha hecho la entidad demandada, resulta contrario al **principio de inescindibilidad** de la ley.

También se ha establecido que para efectos de la aplicación del régimen anterior, en virtud del mencionado beneficio, el **monto de la pensión**, comprende los diferentes elementos que deben tenerse en cuenta para efectos de la liquidación aritmética del derecho pensional, de la siguiente manera:

En el precitado pronunciamiento de fecha 18 de febrero de 2010, se dijo:

*“Para la Sala es claro -como se expuso en párrafos precedentes-, que **el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior**, posición que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema y que se adopta una vez más por la Sala, de manera pues que se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen.*”

Ahora, si bien en la práctica, la Administración ha reducido el alcance del régimen de transición únicamente a la aplicación de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendiendo éste último como el porcentaje de una suma promediada, lo cierto es que la expresión "monto" en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho.

En efecto, si el régimen de transición constituye para el empleado inmerso en su delimitación legal, el derecho al amparo de las condiciones de acceso al derecho pensional vigentes a su favor al momento de operar un cambio legislativo, lo que implica la regulación total de su pensión bajo las mismas, no puede desconocerse dicho beneficio y desmembrarse el derecho so pretexto de la interpretación de la terminología utilizada por el Legislador y menos aun en detrimento del quantum pensional a que aspiraba el empleado, lo que permite concluir que el derecho al régimen de transición comprende el beneficio normativo del régimen anterior respecto de la totalidad de aspectos con capacidad de afectar el derecho pensional del empleado.

De acuerdo con lo anterior se tiene, que el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues allí se describe con suficiencia la naturaleza misma de dicho beneficio".

Y en un caso de similares contornos al que hoy es objeto de estudio por parte de la Sala, se precisó:

"De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 1 de abril de 1994 la señora Sara Paulina Pretel Mendoza contaba con más de 35 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, se observa que la demandante se encuentra dentro de la excepción consagrada en el segundo inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, cuyo tenor literal establece que dicho régimen general no se extiende a "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."

Por consiguiente, y conforme al material probatorio que obra en el expediente, 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 19 de enero de 1977 y el 1° de abril de 1994, fecha en entró a regir la Ley 100 de

1993, la gobierna el régimen especial contenido en el Decreto 929 de 1976 y no las Leyes 33 y 62 de 1985, como lo expresó la entidad demandada.

En efecto, el Decreto 929 de 1976, "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", preceptuó:

"ARTÍCULO 1o. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República tendrán derecho a las garantías sociales y económicas en la forma y términos que establece el presente Decreto.

(...)

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."

En ese orden de ideas, se reitera, que en virtud de que la demandante prestó sus servicios durante más de 10 años en la Contraloría General de la República, su situación pensional se debe regir por los mandatos del Decreto 929 de 1976.

De otro lado, no es de recibo el argumento esgrimido por la entidad accionada, referido a que en este caso debe aplicarse el régimen especial en lo concerniente a la edad y tiempo de servicio necesarios para acceder al derecho pensional, pero no en cuanto al monto y base de liquidación del mismo, puesto que, en reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad especial en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así se solicitó en la demanda¹.

En efecto, como las situaciones fácticas que rodearon a la actora se encuentran amparadas en el Decreto 929 de 1976, por ser más favorable, no es posible tomar los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 para determinar el ingreso base de liquidación, como lo pretende la entidad demandada, porque al principio de favorabilidad le secunda el de inescindibilidad de las leyes, en virtud del cual, la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho, para tomar de cada una de ellas sus aspectos más favorables."¹¹

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011) Radicación

Esta tesis ha sido corroborada en pronunciamientos como el que se transcribe a continuación:

“Precisa la Sala que de conformidad con el principio de “inescindibilidad de la Ley” tal apreciación resulta equívoca, pues dentro de una sana hermenéutica no es viable desmembrar las normas legales, de manera que a quien resulta beneficiario de un régimen de transición, debe aplicársele en integridad el régimen que lo cubija y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento como lo pretendió la Caja Nacional de Previsión Social. No se puede afirmar, como en el caso que motiva la presente acción que el porcentaje es el del régimen especial del Decreto 929 de 1976 y la base reguladora es la señalada en la Ley 100 de 1993.

Es así en tanto, el ingreso base de liquidación (ILB) fijado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo tiene aplicación específicamente para lo allí indicado y en el evento de que en el régimen especial se hubiere omitido el señalamiento de la base reguladora.

Por ello cuando se reúnen los requisitos para gozar del régimen especial éste debe aplicarse en su integridad, que para el caso es el artículo 7° del Decreto 929 de 1976, luego no se puede tasar el monto de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

*Hacer lo contrario, como considera el apelante es afectar el principio de la **inescindibilidad de la norma jurídica**, en virtud del cual no es jurídicamente viable conceder beneficios de uno y otro régimen para obtener de cada uno lo que más conviene. Además, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición expresamente cubija “el monto de la pensión de vejez” y el monto significa una operación aritmética de un porcentaje sobre una base reguladora expresamente fijada en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976 y además es éste mismo decreto en su artículo 17 que expresamente dispone que en cuanto no se opongan al texto y finalidad de ese estatuto deben aplicarse a los empleados de la Contraloría General de la República, el Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan, razones éstas de más para dar por rebatido éste argumento de apelación”¹². (Resaltado fuera de texto).*

Número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11) Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza- Demandado: Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A” Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación: 25000 23 25 000 2010 00388 01 (2631-2011) Actor: Nayibe Rodríguez Sáenz Demandado: Caja Nacional De Previsión Social Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales.

En ese orden de ideas, contrario a lo argumentado por la entidad demandada en el recurso de apelación, en el *sub examine* no es dable aplicar el Decreto 1158 de 1994, para determinar el ingreso base de liquidación, pues se reitera, por ser el demandante beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, la pensión debió reconocerse aplicando en su integridad el régimen especial de los empleados de la Contraloría General de la República, que permite la inclusión de “*todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios*¹³” devengadas en el **último semestre de servicio**, atendiendo como principio general, los factores salariales dispuestos en el Decreto 1045 de 1978.

En consecuencia el argumento del recurrente, según el cual, la liquidación realizada por la entidad es correcta, por haber sido calculada con los factores taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1994, no tiene vocación de prosperidad.

Ahora bien, según se desprende del certificado de sueldos y factores salariales expedido por la Dirección de Gestión del Talento Humano de la Contraloría General de la República, el señor José de Jesús Gossain Abdallah, durante el periodo comprendido entre junio 3 a diciembre 2 de 2007, devengó los siguientes factores salariales (Fl. 6):

Año	Mes	Días	SUELDO	BONIFIC. SERVICIO	BONIFIC. ESPECIAL	PRIMA VACAC.	PRIMA SERVICIOS	PRIMA NAVIDAD	INDEMN. VACACIONES.
2007	06	28	\$1.997.931				\$2.200.387		
2007	07	30	\$2.140.640						
2007	08	30	\$2.140.640						
2007	09	30	\$2.140.	\$749.2	\$7.444.				

¹³ Artículo 40 del Decreto Ley 720 de 1978

			640	24	779				
2007	10	30	\$2.140. 640						
2007	11	30	\$2.140. 640						
2007	12	2	\$142.70 9			\$1.804. 103	\$1.176. 447	\$2.894.0 83	\$2.505 .699
Total es		180	\$12.843 .840	\$749.2 24	\$7.444. 779	\$1.804. 103	\$3.376. 834	\$2.894.0 83	\$2.505 .699

Como se aprecia, el señor José de Jesús Gossain Abdallah, tiene derecho a que se reliquide su pensión en cuantía del 75%, teniendo en cuenta los factores efectivamente devengados (conforme se demuestra en la certificación señalada) durante los últimos seis (6) meses de servicio, esto es, **entre junio 3 a diciembre 2 de 2007**, incluyendo **el sueldo, la bonificación por servicios, la bonificación especial, la prima de vacaciones, la prima de servicios y la prima de navidad**, todo de acuerdo a las **sextas partes**, pues se reitera, la norma enseña que debe atenderse a lo devengado en el último semestre de prestación de servicios, como acertadamente lo consideró el Tribunal.

Ahora bien, en lo que se refiere a la **bonificación especial**, en sentencia de 14 de septiembre de 2011, No. Interno 0899-2011, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado, se puntualizó la manera como debía ser incluida para efectos de la liquidación pensional, indicando que ésta debe tenerse en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión, siempre y cuando se haya percibido en el último semestre de servicios, y será liquidada en igual proporción al resto de los factores, esto es, tomando el último quinquenio causado, dividido por seis (6), así:

“En ese orden de ideas, es preciso indicar que la Sala Plena de esta Sección, en fallo de tutela de 13 de julio de 2011¹⁴ puntualizó la manera como se debía incluir la bonificación especial; al respecto expresó:

¹⁴ 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.

“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 anteriormente¹⁵, 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 Pretel Mendoza 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.** (Resaltado fuera de texto)*

*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.”¹⁶*

¹⁵ Consejo de Estado, Sentencia 24 de agosto de 2011, Radicación No. 25000-23-25-000-2003-01676-01(4593-05), M. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación

También es preciso indicar, como bien lo señaló el *a quo*, que no es posible incluir la indemnización de vacaciones, toda vez que éstas no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, se ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.

En este sentido, fue acertada la decisión del *a quo* al ordenar reconocer, liquidar y pagar al demandante, el valor de la reliquidación de la pensión, a partir del 3 de diciembre de 2007, en un monto del 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre de servicios, siendo estos, la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, la bonificación especial (quinquenio), la prima de vacaciones, la prima de servicios, y la prima de navidad, de acuerdo a las sextas partes.

4.1. Los descuentos para seguridad social en pensiones, de aquellos factores que se ordena incluir para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión del actor, respecto de los cuales -en su momento- no se realizaron cotizaciones.

En el caso bajo estudio, el *a quo* ordenó a la liquidadora de la Entidad de previsión, *“reliquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó en esta providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo con la normatividad aplicable para el caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador”*¹⁷.

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, *“procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena*

número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11) Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.

¹⁷ Folio 223

y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”¹⁸.

Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional¹⁹.

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que “[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el *sub examine*, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11). Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

¹⁹ V. gr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandia Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nacionales.

De otra parte, específicamente en lo que concierne a los pensionados que gozan del régimen especial previsto para la Contraloría General de la República, esta Corporación en sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013), radicación número: 25000-23-25-000-2009-00515-01(0305-12)dijo: *“Finalmente, en cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final de, l (sic) 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 pertinentes”*¹¹. Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹², 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.**” (Subrayado fuera de texto.)

segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependan económicamente.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia validando la tesis del Tribunal de primera instancia, pero la adicionará en el sentido de indicar que la orden de reliquidación proferida por el *a quo*, estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de un cálculo actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas establecidas en párrafos anteriores.

Finalmente, se reconocerá al abogado Oswaldo Borbón Méndez como apoderado sustituto de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, de acuerdo con la sustitución de poder realizada por el abogado Carlos Arturo Orjuela Góngora, obrante a folio 284 del expediente.

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:

PRIMERO. - CONFÍRMASE la sentencia de once (11) de septiembre de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "E" - Sala de Descongestión, dentro del proceso promovido por José de Jesús Gossain Abdallah contra la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal- EICE en Liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- ADICIÓNASE la sentencia de once (11) de septiembre de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "E" - Sala de Descongestión, dentro del proceso promovido por José de Jesús Gossain Abdallah contra la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal- EICE en Liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, en el sentido que la orden de reliquidación proferida por el *a quo*, estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. - RECONÓCESE al abogado Oswaldo Borbón Méndez, como apoderado sustituto de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, de acuerdo con la sustitución de poder realizada por el abogado Carlos Arturo Orjuela Góngora, obrante a folio 284 del expediente.

En firme 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 de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO