

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 68001-23-15-000-2005-03463- 01([2790-08](#))

Actor: EDYT MARLENE MERCHAN VARGAS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011)

Ficha	CE SCA 2790-08 de 2011
Convenciones	
Color Verde	Problema Jurídico
Color Azul agua	Ratio Decidendi

PENSION DE JUBILACION EN LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Régimen especial. Factores. Bonificación por servicios o quinquenio / BONIFICACION POR SERVICIOS O QUINQUENIO EN LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Para efectos pensionales debe incluirse en forma total no proporcional

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. De manera que lo devengado en el último semestre, deberá tomarse para los efectos señalados en la forma como fueron percibidos, sin que tenga incidencia alguna el hecho de que no fueron objeto de aportes

FUENTE FORMAL: DECRETO 929 DE 1976 – ARTICULO [17](#) / DECRETO 1045 DE 1978 – ARTICULO [45](#) / DECRETO [3135](#) DE 1968

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido 0289-09

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 68001-23-15-000-2005-03463- 01([2790-08](#))

Actor: EDYT MARLENE MERCHAN VARGAS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011)

APELACION SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 31 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso promovido contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL -.

ANTECEDENTES

La parte actora, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo [85](#) del C.C.A, instauró demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 23452 del 16 de agosto de 2005, por medio de la cual se le reliquidó la pensión sin tomarle en cuenta todos los factores salariales devengados en los últimos seis meses.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a Cajanal le reliquide y pague su pensión de jubilación calculada con todos los factores de salario devengados en los últimos 6 meses de servicio.

Pide también que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social liquidar y pagar las diferencias entre lo que se ha venido cancelando por concepto de pensión de jubilación y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene la liquidación de la pensión en los términos pretendidos, sumas que deberán ser ajustadas de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor y como lo autoriza el artículo [178](#) del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos en los que fundamenta sus pretensiones, expone:

Que fue pensionado como empleado de la Contraloría General de la República el 30 de julio de 2004, en cuantía de \$1.658.886, por medio de la Resolución 15086 del 30 de julio de 2004, la cual le fue reliquidada en \$1.551.797 mediante la Resolución 23452 de 2005, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados.

Que la entidad demandada no computó la totalidad de los factores salariales percibidos durante el ultimo semestre de servicio, tal como lo ordena el artículo 7 del Decreto 926 de 1976 y el [36](#) de la Ley 100 de 1993.

Como normas violadas invocó los artículos 5° de la Ley 57 de 1978, [27](#) del Decreto 3135 de 1968, [73](#) del Decreto 1848 de 1969, [45](#) del Decreto 1045 de 1978, [7](#) del Decreto 929 de 1976, [12](#) de la Ley 5ª de 1969, inciso 2 del artículo [1°](#) de la Ley 33 de 1985, [36](#) de la Ley 100 de 1993, [1°](#) y [4°](#) de la Ley 4ª de 1966 y [2°](#) [3°](#) y [2°](#) de la Ley 4ª de 1992. El concepto de violación lo desarrolló a folios 14 y siguientes.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de la Resolución acusada y en consecuencia ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social reliquidar la pensión de la actora en cuantía del 75% del promedio devengado durante el semestre anterior a la fecha de retiro. (Fls.136-151)

Luego de establecer que la actora estaba dentro del régimen de transición consagrado en el inciso 2° del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, manifestó que los funcionarios de la Contraloría General de la República tienen un régimen especial de jubilación contemplado en el Decreto [929](#) de 1976 el cual establece el monto de la pensión de jubilación en cuantía del 75% del promedio

de los salarios devengados durante los últimos seis meses de servicio.

LA APELACIÓN

La entidad demandada apela la decisión del a-quo por considerar que con la creación del Sistema General de Pensiones, vigente a partir del 1° de abril de 1994, se dispuso la derogación de las normas que regulaban el régimen prestacional de los funcionarios del sector público, incluidos los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República a quienes se les aplica la Ley [100](#) de 1993.

Dice que de conformidad con el artículo [36](#) de la misma, la actora se encuentra en el régimen de transición del estatuto general, en consecuencia y por tener a la entrada en vigencia de la referida ley (abril 1 de 1994) más de 35 años de edad, se dio aplicación al régimen anterior en cuanto a la edad, el tiempo de servicio y semanas cotizadas para acceder a la pensión y el monto de la prestación; por tanto, tal como lo señala el último inciso del mencionado artículo todas las demás condiciones para acceder a la pensión de jubilación se regirán por las disposiciones de la Ley [100](#) de 1993.

Advirtió que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere 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; por eso, a la actora se le aplicó el Decreto [929](#) de 1976 en cuanto a la edad, tiempo de servicios, semanas cotizadas y monto de la pensión, más no en lo relacionado con los factores salariales, los cuales son los que señala la ley [100](#) de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Finalmente manifiesta que con la sentencia aludida se violan tanto el principio constitucional de la sostenibilidad presupuestal como el de la solidaridad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación al emitir su concepto, solicitó que la sentencia motivo de apelación sea confirmada.

Constató que la actora se encuentra en el régimen de transición consagrado en la Ley [100](#) de 1993, por lo que le es aplicable el Decreto [929](#) de 1976 que consagra el derecho pensional para los trabajadores de la Contraloría General de la República a los 50 y 55 años de edad, según el caso, con 20 años de servicio y en cuantía del 75% del promedio de salarios devengados durante el último semestre de servicios.

Al verificar el acto acusado se percató de que Cajanal le reconoció la pensión de jubilación a la actora aplicando dos regímenes pensionales, por un lado, la normativa anterior en cuanto a edad, tiempo y cuantía de la pensión, y por otro, determinó su liquidación con el nuevo Sistema General de Pensiones, violando el principio de inescindibilidad, por lo que considera que es el régimen anterior el que se le debe aplicar en su integridad, para lo cual se habrá de ordenar la reliquidación de su pensión en cuantía del 75% de la asignación mensual que hubiera devengado durante los últimos seis meses, con inclusión de los factores salariales previstos en el artículo [45](#) del Decreto 1045 de 1978.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer si para liquidar la pensión de la demandante debían tomarse los factores salariales que devengó durante el último semestre de servicios como lo señala el Decreto [929](#) de 1976 o si el régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 impide la aplicación del citado Decreto [929](#).

El régimen de transición definido por la Ley 100 de 1993, otorgó a quien se encuentre en el supuesto de hecho establecido en el artículo [36](#), el derecho a que se le aplique, en materia de pensión de vejez o jubilación, el régimen normativo que con anterioridad a ella (la ley [100](#)) regulaba lo relativo a la edad para acceder al derecho, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Dispone la preceptiva:

“Artículo [36](#). Régimen de Transición. (...)

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.

En el presente caso la actora se encuentra cobijada por el régimen de transición como quiera que para el 1º de abril de 1994 (fecha en que entró en vigencia la Ley [100](#) de 1993) contaba con más de treinta y cinco años de edad (fl. 45) por ende el reconocimiento de su pensión debía hacerse de conformidad con el régimen anterior; es decir, según lo previsto en el artículo [7º](#) del Decreto 929 de 1976, el cual establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, así:

“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 salarios devengados durante el último semestre.”

No cabe duda entonces, que los funcionarios de la Contraloría General de la República que hayan laborado a su servicio por lo menos 10 años, tienen un régimen especial de jubilación.

Tal es el caso de la actora, quien por haber prestado sus servicios durante más de 20 años a la Contraloría General de la República (fl.7) está gobernada por el régimen especial del Decreto [929](#) de 1976.

La transición creada en la ley [100](#) de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo, porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior.

Respecto de la prevalencia de los regímenes especiales sobre la ley [33](#) de 1985, esta Corporación en sentencia del 11 de octubre de 1994, Expediente N° 7639, Magistrado Ponente Dr. Carlos Orjuela Góngora, Actor: José Dolcey Zúñiga Varela, expresó:

“Sin embargo como la entidad plantea que el actor cumplió los veinte años de servicios el 27 de noviembre de 1987, cumpliendo la edad cronológica el 18 de enero de 1988 (fl. 8) lo que significa que la consolidación del derecho se realizó con posterioridad al 18 de enero de 1988, es decir después de entrar en vigencia la Ley [33](#) de 1985, que fue la que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión por parte de la accionada; debe examinarse si esta norma le es aplicable al actor en el entendido de que la pensión concedida es de carácter especial.

El artículo [1o.](#) de la Ley 33 de 1985 determina:

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

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

Si bien es cierto que la citada ley limitó el valor de liquidación de las mesadas pensionales al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, nótese cómo esta normatividad exceptuó expresamente a aquellos empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...).

Es de relieves además que con la expedición de la Ley 62 de 1985 quedó incólume el artículo [1o.](#) de la Ley 33 del mismo año, porque la primera de las citadas lo único que hizo fue modificar el artículo [3o.](#) relacionado con los aportes que deben cancelar todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión”.

Ahora bien, de conformidad con el citado 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.

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.

De manera que lo devengado en el último semestre, deberá tomarse para los efectos señalados en la forma como fueron percibidos, sin que tenga incidencia alguna el hecho de que no fueron objeto de aportes, porque como se dijo, los empleados de la Contraloría están cobijados por un régimen especial; 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.

En estas condiciones, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero aclarando que los rubros que allí se ordena incluir, como son la bonificación por servicios y las primas de vacaciones, de servicios y de navidad, se pagarán en forma proporcional, y de forma total la bonificación especial o quinquenio, conforme a lo expuesto por esta Sección en la sentencia dictada el 11 de marzo del año en curso, exp. 0604-07, con Ponencia de quien redacta esta sentencia, que en lo pertinente dijo:

“ ...

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 (5) años al servicio de la Institución y si la disposición contenida en el artículo [7º](#) ibídem, 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.

Por ello, 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 (5) 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.

De tal suerte que 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 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,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia del 31 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso instaurado por Edyt Merlene Merchán Vargas contra la Caja Nacional de Previsión Social, EXCEPTO el numeral 2° que se ACLARA en el sentido de precisar que los rubros que allí se ordena incluir (bonificación por servicios y las primas de vacaciones, de servicios y de navidad) se pagarán en forma proporcional; y en forma total la bonificación especial (quinquenio).

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

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

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

