



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020).

Radicado : 11001-03-25-000-2014-00628-00
Nº Interno : 1959-2014
Demandante : **Unidad Administrativa Especial de Gestión
Pensional y Contribuciones Parafiscales de la
Protección Social –UGPP.**
Demandado : **Omar Perea Romaña**
Medio de control : **Recurso extraordinario de revisión
– artículo 20 Ley 797 de 2003**
Tema : **Vacaciones no son factor de salario dentro del
ingreso base de liquidación pensional.**

Decide la Sala el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de

la Protección Social, contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo del Chocó, por la cual se confirmó el fallo del 19 de diciembre de 2012, emitido por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Quibdó que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el señor Omar Perea Romaña.

I. ANTECEDENTES

El señor Omar Perea Romaña presentó demanda solicitando se declarara la nulidad de las resoluciones 044365 de 20 de diciembre de 1993, 16660 de 2 de junio de 2002 y PAP 056953 de 10 de junio de 2011, y para que a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la UGPP reliquidar su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Mediante sentencia de 19 de diciembre de 2012, el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Quibdó accedió a las súplicas de la demanda declarando la nulidad parcial de los actos acusados y ordenando la reliquidación de la pensión *“en cuantía equivalente del 75% del promedio mensual devengado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores salariales, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, los demás emolumentos por él recibidos tales como prima de alimentación, vacaciones, prima de vacaciones y demás certificados por su empleador”*; Decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Chocó en fallo de 5 de septiembre de 2013, y en cumplimiento de dicha orden la UGPP expidió la Resolución RDP 0049321 de 23 de octubre de 2013.

1. La sentencia objeto de revisión

El Tribunal Administrativo del Chocó, en sentencia de 5 de septiembre de 2013, confirmó lo decidido por el Juzgado, al considerar que los actos demandados son nulos porque en la liquidación de la mesada pensional se debían incluir todos los factores salariales devengados por el señor Omar

Perea Romana en el último año de servicios¹.

2. El recurso de revisión

La UGPP invocó la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003². Así, destacó que la decisión del Tribunal desconoce el precedente del Consejo de Estado, según el cual para el cálculo de las pensiones no se debe tener en cuenta las vacaciones pues no constituye factor salarial. Sobre el particular, citó las sentencias de esta Corporación del 21 de junio de 2007, expediente 9834-2005, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado; del 21 de octubre de 2010, expediente 0857-2009, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; y del 7 de octubre de 2010, expediente 1673-2009, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

3. Trámite procesal

Con auto del 27 de abril de 2016, el Despacho Sustanciador admitió el recurso extraordinario de revisión presentado por la UGPP, y a través del auto del 7 de noviembre de 2019 se decidió sobre el decreto y práctica de pruebas³.

4. Contestación del recurso extraordinario

El apoderado del accionado no hizo uso de esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

¹ Folios 148 a 158

² Folios 164 a 171

³ Folios 175 – 176 y 201 del cuaderno principal

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que establece:

“Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación”.

A su vez, el artículo 249 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala:

De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión⁴.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos.

De las normas anteriormente citadas se concluye que corresponde a esta Corporación conocer de los recursos extraordinarios de revisión que se interpongan contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos.

Ahora bien, en el caso bajo estudio se tiene que la providencia objeto del recurso fue dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó el 5 de septiembre de 2013 y el tema que se debatió consistió en la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Omar Perea Romaña, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

⁴ El aparte «sin exclusión de la sección que profirió la decisión» fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-450 de 16 de julio de 2015.

Por lo expuesto, esta Sección es competente para conocer del recurso por cuanto, además de haber sido proferida por un tribunal, el debate procesal es de carácter laboral; por lo tanto, procede el estudio del recurso extraordinario de revisión interpuesto por la UGPP contra el fallo de 5 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que confirmó la decisión de 19 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado Sexto de Descongestión de Quibdó.

2. Objeto y alcances del recurso extraordinario de revisión

Como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, la revisión es un medio de impugnación extraordinario que limita la inmutabilidad de las sentencias en relación con la cosa juzgada y permite que se subsanen determinadas irregularidades o ilegalidades, según las causales legales, siendo la principal finalidad de este recurso el restablecimiento de la justicia⁵.

El recurso extraordinario de revisión no implica el desconocimiento de los principios de cosa juzgada y presunción de legalidad de las decisiones judiciales, sino que, excepcionalmente, en ciertas circunstancias y por las razones consagradas específicamente en la ley, es viable revisar las sentencias en aras de restablecer el imperio de la justicia y mantener el orden jurídico y social. Es precisamente en atención a lo anterior que el recurso de revisión es un medio extraordinario de impugnación.

En este mismo orden de ideas, la procedencia de este recurso se encuentra sujeta al estricto, riguroso y ajustado cumplimiento de las causales que expresamente ha previsto el legislador, sin que sea dable ampliarlas mediante interpretación analógica, con lo cual se busca evitar que éste se convierta en una tercera instancia y se utilice para remediar equivocaciones en que hubiera podido incurrir alguna de las partes, o para controvertir juicios de valor del fallador⁶.

⁵ Corte Constitucional, sentencias C-418 de 1994 y C-247 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía y José Gregorio Hernández Galindo, respectivamente, y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de enero de 1977, Actor: Hotel Americano Ltda., M.P. Humberto Murcia Ballén.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de abril de 2004, REV 194, Consejera Ponente María Inés Ortiz Barbosa.

Las causales de revisión tienen por objeto garantizar la justicia de la sentencia, el principio de la cosa juzgada y el derecho de defensa, siempre y cuando hubieren sido transgredidos por motivos trascendentes o externos al proceso. La estructura interna del fallo, esto es, la normatividad sustancial en la cual se fundamentó, no es atacable por la vía de la revisión, dado que los errores en que haya podido incurrir el juez al decidir son aspectos ajenos al recurso⁷.

3. Problema jurídico

En el caso bajo estudio, la Sala debe determinar si en la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo del Chocó, se configura la causal de revisión prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, por haber incluido las vacaciones en la liquidación pensional del señor Omar Perea Romaña.

Caso concreto

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, presentó recurso extraordinario de revisión, contra la sentencia de 5 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante la cual confirmó la sentencia del 19 de diciembre de 2012, emitida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Quibdó señalando como causal de revisión la prevista en literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que dispone: *“cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legítimamente aplicables”*.

Como fundamento del recurso la UGPP alega que, contrario a lo dispuesto por el Tribunal, en el cálculo de la pensión de jubilación del demandado no debían incluirse las vacaciones como factor salarial.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de enero de 1997, M.P. doctor Humberto Murcia Ballén y Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, Bogotá, Editorial ABC, 1991, págs. 685 y 686.

Ahora bien, respecto de las vacaciones el artículo 8 del Decreto 3135 de 1968⁸ dispuso, que: “Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosas”. Posteriormente, el artículo 5 del Decreto 1045 de 1978⁹ se refirió a estas en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5. De las prestaciones sociales. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2 de este Decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

a) Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;

b) Servicio odontológico;

c) Vacaciones;

d) Prima de vacaciones;

e) Prima de navidad;

f) Auxilio por enfermedad;

g) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional;

h) Auxilio de maternidad;

i) Auxilio de cesantía;

j) Pensión vitalicia de jubilación;

l) Pensión de retiro por vejez;

m) Auxilio funerario;

n) Seguro por muerte”. (Texto resaltado por la Sala)

Por su parte, la Ley 33 de 1985 estableció el régimen pensional para los empleados públicos, y en la Ley 62 del mismo año se indicó que la remuneración está constituida por factores salariales, sin incluir las vacaciones, así específicamente se refirió a: “*primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por*

⁸ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

⁹ “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”

servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que las vacaciones no constituyen un factor salarial. En este sentido, en la sentencia de **4 de agosto de 2010** esta Sección se advirtió que las vacaciones son descanso remunerado que no es posible computar para efectos pensionales, así:

“(…) No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones 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, esta corporación 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. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional (…)”¹⁰.

Igualmente, esta Corporación en distintos pronunciamientos ha considerado que las vacaciones no son salario ni prestación:

“Es preciso indicar, como lo señaló el tribunal acogiendo la jurisprudencia de esta corporación que no es posible incluir la indemnización de vacaciones, toda vez que estas 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 (…)”¹¹.

Precisado lo anterior, la Sala destaca que las vacaciones de acuerdo con lo dicho por esta Corporación, constituyen un pago que corresponde al reconocimiento en tiempo libre y en dinero a los empleados que cumplan un año de servicios, pero no constituyen factor de salario que sirva de base para

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Victor 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.

¹¹ Rad. 2009-0276-01. Actor: Francisco Aristizábal. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

el cálculo de la pensión¹².

La Sala no pasa por alto que el criterio vigente respecto al ingreso base de liquidación, el cual incluye los factores, está contenido en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, sin embargo, en el presente caso no se estudiará su aplicación porque no hace parte del debate planteado por la UGPP.

Con base en lo expuesto, la Sala declarará fundado el recurso interpuesto por la UGPP, al encontrar probada la causal invocada, es decir, al estar demostrado que la cuantía de la pensión de jubilación reconocida al señor Cardona Gutiérrez excede lo debido de acuerdo con la ley, porque se incluyeron en el IBL las vacaciones, como factor salarial sin serlo. Bajo ese entendido, la Sala revocará parcialmente y solo respecto del emolumento anotado, el fallo de 5 de septiembre de 2013 proferido el Tribunal Administrativo del Chocó y en su lugar, ordenará la reliquidación de la mesada excluyendo las vacaciones, como se indicará en la sentencia de reemplazo.

4. SENTENCIA DE REEMPLAZO

4.1 Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Omar Perea Romaña, a través de apoderado judicial, solicitó la nulidad parcial de las Resoluciones 44365 de 20 de diciembre de 1993, 16660 de 2 de julio de 2002 y PAP 056953 de 10 de junio de 2011. A título de restablecimiento del derecho entre otros aspectos, pidió que se ordenara a la entidad demandada la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., Veintiuno (21) De Enero De Dos Mil Dieciséis (2016), Actor: Jose Hernan Montoya Arboleda, Demandado: Contraloría General De Antioquia. Radicado: 3979 de 2016.

Mediante sentencia de 19 de diciembre de 2012 el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Quibdó accedió a las súplicas de la demanda declarando la nulidad parcial de los actos acusados y ordenando el reconocimiento de la pensión *“en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual devengado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores salariales, además de la asignación básica y bonificación por servicios prestados, los demás emolumentos por él percibidos tales como prima de alimentación, vacaciones, prima de vacaciones y demás certificados por su empleador”*; Decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Chocó en fallo de 5 de septiembre de 2013.

4.2. Consideraciones de la Sala

El problema jurídico consiste en definir, ¿si las vacaciones constituyen factor salarial y deben incluirse, en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del señor Omar Perea Romaña?

En respuesta, la Sala señala que el accionado no tiene derecho a que las vacaciones se tengan en cuenta al calcular la mesada pensional, puesto que constituyen una prestación que corresponde al reconocimiento en tiempo libre y en dinero a los empleados que cumplan un año de servicios, pero no constituye factor de salario que sirva de base para determinar el IBL de la pensión. Por ello, le corresponderá a la UGPP proferir un nuevo acto administrativo en el cual proceda a reliquidar la pensión del señor Perea Romaña con sujeción a los parámetros indicados en la presente providencia de reemplazo.

En virtud de lo anterior, se infirmará parcialmente la sentencia de 5 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en tanto confirmó la decisión del Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Quibdó para en su lugar ordenar la reliquidación de la pensión excluyendo las vacaciones del IBL.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. DECLÁRASE fundado el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por la UGPP, contra el fallo de 5 de septiembre de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, en lo atinente a la inclusión de las vacaciones en el IBL, de acuerdo con la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

SEGUNDO: En consecuencia **INFÍRMASE** parcialmente la sentencia de 5 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó.

En su lugar dispone:

ORDÉNASE a la UGPP que profiera una nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor Omar Perea Romaña, sin la inclusión de las vacaciones en el IBL.

TERCERO: Cumplido lo anterior, archivar el expediente del recurso extraordinario de revisión.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ