



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá, D. C., diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

Radicado: 11001-03-25-000-2014-00665-00.

Número interno: 2074-2014.

Recurrente: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Demandado: Gustavo Araque Pinzón.

Asunto: Recurso extraordinario de revision.

Sentencia 00075-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 7 de marzo de 2013 proferida por la Subsección F de la Sección Segunda

del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Gustavo Araque Pinzón contra la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal – E.I.C.E.¹

ANTECEDENTES

Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho².

El señor Gustavo Araque Pinzón solicitó declarar nula la resolución 36156 de 27 de julio de 2006 emitida por la Subgerencia de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social EICE por la cual se reconoció y ordenó pagar una pensión mensual vitalicia por vejez en cuantía de \$ 2'249.307,95 pesos efectiva a partir del primero de diciembre de 2005, notificada el 3 de agosto de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó modificar, reconocer y pagar a favor del demandante una asignación mensual equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 6 meses con la totalidad de los factores salariales.

Así mismo pidió el pago de los incrementos anuales correspondientes, la indexación o corrección monetaria y el pago de los intereses de mora causados por el injusto retardo en el pago del valor real de su pensión de jubilación a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

¹Hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

² Folios 15 a 33 cuaderno anexo.

Contestación de la demanda³

La extinta CAJANAL se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó que se declaren probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, violación al principio de legalidad, violación al principio constitucional de sostenibilidad presupuestal, violación al principio de solidaridad, violación de la noción monto, violación de la noción salario, y formuló la excepción genérica o innominada.

Sentencia de primera instancia⁴

El Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Bogotá, profirió sentencia de primera instancia el 21 de mayo de 2010, declaró no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada y declaró la nulidad parcial del artículo 1.º de la Resolución 36156 de 27 de julio de 2006. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a CAJANAL reliquidar y pagar el valor de la pensión de jubilación reconocida al señor Gustavo Araque a partir del 1.º de junio de 2006 para que sea equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre de servicios prestados a la Contraloría General de la Republica, esto es, del 1.º de diciembre de 2005 al 30 de mayo de 2006, incluyendo el sueldo básico, prima técnica, bonificación de servicios y quinquenio, primas de servicios, navidad, vacaciones y compensación de las vacaciones, factores que deberán ser reajustados anualmente conforme la ley.

Lo anterior por considerar que el demandante laboró en el sector oficial por más de 32 años y estuvo vinculado de manera continua al servicio

³ Folios 42 a 52 cuaderno anexo

⁴ Folios 143 a 158 del cuaderno anexo.

de la Contraloría General de la República y que por haber nacido el 4 de junio de 1949, al 1.º de abril de 1994, tenía más de 45 años de edad y más de 20 años de servicio oficial, motivo por el cual era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993⁵ y por tanto tenía derecho a que su pensión se liquidara conforme al régimen propio de los empleados de la Contraloría General de la República, Decreto 929 de 11 de mayo de 1976⁶, el cual contempla que la base de liquidación se determina sobre los factores taxativamente señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 17 de junio de 1979⁷ devengados durante los últimos 6 meses de servicio.

Recurso de apelación⁸

Cajanal EICE formuló el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por señalar que al demandante se le aplicó el Decreto 929 de 1967 en relación con el tiempo de servicios, la edad y el monto del régimen anterior, pero que en lo respecta a los factores salariales aplicables al caso concreto se debería dar aplicación expresa al Decreto 1158 de 1994.

Concluyó que los factores alegados por el demandante tales como las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, bonificación especial y compensación por vacaciones, no se encuentran en la lista taxativa de factores salariales contemplados en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, lo cual da fundamento jurídico para que el reconocimiento

⁵ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

⁶ “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”.

⁷ 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.

⁸ Folios 164 a 167 del cuaderno anexo.

pensional efectuado por la entidad demandada, se encuentre ajustado a derecho.

Sentencia objeto de revisión⁹.

La Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia de segunda instancia el 7 de marzo de 2013, a través de la cual confirmó el fallo de 21 de mayo de 2010 emitido por el Juzgado 14 Administrativo de Bogotá mediante el cual ordenó reliquidar y reajustar el valor de la pensión del señor Gustavo Araque Pinzón.

Indicó que la pensión del señor Araque Pinzón debió ser reliquidada con el 75% de la totalidad de los factores devengados en su último semestre de servicios, y con el promedio de lo devengado entre el 1.º de diciembre de 2005 al 30 de mayo de 2006 con la inclusión del sueldo, la prima técnica y las sextas partes de la bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

Es importante indicar que si bien es cierto la sentencia objeto de revisión, no hace alusión a la compensación en dinero por vacaciones a las que se refirió expresamente el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Bogotá en providencia de 21 de mayo de 2010¹⁰, al confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia, tampoco la excluyó.

En relación con la bonificación especial, precisó que ésta se debe liquidar en igual proporción al resto de los factores, esto es, tomando el último quinquenio causado, dividido por 6, para que de esta manera,

⁹ Folios 218 a 251 del cuaderno anexo.

¹⁰ Folio 106, vuelto numeral 3 de la parte resolutive.

arroje el resultado de uno de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Agregó que respecto a la certificación allegada a folio 18, es pertinente advertir que esta no da cuenta sobre qué factores salariales realizó sus aportes el demandante, razón por la cual al momento de realizar la reliquidación, la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL-EICE en liquidación, deberá efectuar el descuento del 5% sobre los factores salariales que se ordenan reconocer mediante esta providencia, solamente en el caso de no haberse realizado en el porcentaje que le corresponde al señor Araque Pinzón.

El recurso extraordinario de revisión.

La parte recurrente invocó como causal de revisión la consagrada en el literal b-) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, al considerar que por vía judicial se reconocieron unos factores que no podían ser incluidos en la pensión del señor Araque Pinzón, en tanto que excede el monto de la cuantía a que tenía derecho.

Como fundamento del recurso señaló que la sentencia de 7 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al confirmar el fallo de primera instancia, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Gustavo Araque Pinzón, que incluye las vacaciones y la compensación de vacaciones en dinero, siendo que estas no constituyen factor salarial.

Agregó que el Consejo de Estado de tiempo atrás definió que las vacaciones no son incluibles en la base de liquidación de las pensiones, así lo expresó esta Corporación en sentencia de 21 de junio de 2007.¹¹

¹¹ Expediente núm. 25000-23-25-000-2001-12393-01(9834-05) Actor Gilma Elvira Villamil Sánchez

Igualmente recordó que en sentencia de 9 de febrero de 2012¹², la Sección Segunda del Consejo de Estado, sobre el asunto expresó: «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 éstas no son salario ni prestación, sino que corresponde 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 le otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación»

Finalmente concluyó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció el precedente aplicable al caso y la normativa en que debía fundar su decisión, pues incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación del señor Gustavo Araque Pinzón las vacaciones y la compensación de vacaciones en dinero, las cuales no constituyen retribución por los servicios prestados, sino a la compensación monetaria por un descanso remunerado.

Por lo anterior la entidad recurrente, solicitó declarar próspero el recurso extraordinario de revisión para que en su lugar revoque parcialmente la sentencia de 7 de marzo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Contestación del recurso¹³.

El señor Gustavo Araque Pinzón por intermedio de apoderado se opuso a todas y cada una de las pretensiones expuestas por el recurrente por

¹² Expediente núm. 25000-23-25-000-2009-00276-01(0960-11) Actor Francisco Aristizábal Salazar

¹³ Folios 163 a 171.

ser desproporcionadas, injustas y por carecer de todo fundamento fáctico y jurídico, motivo por el cual pidió que estas sean denegadas.

Indicó que la sentencia de 7 de marzo de 2013, que confirmó la de primera instancia resaltó en su parte motiva que la bonificación por compensación será liquidada en igual proporción al resto de los demás factores salariales, esto es, tomando como último quinquenio causado, dividirlo por 6, para que de esa manera arroje el resultado de uno de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Adujó que la UGPP al proferir la resolución RDP 049274 de 23 de octubre de 2013, cometió una falsedad, por cuanto manifestó haberle dado cumplimiento a una sentencia judicial cuando no es cierto, pues no tuvo en cuenta la certificación de los emolumentos percibidos por el demandante en el último semestre de servicios como lo ordenó el Tribunal, cuando dijo que la bonificación especial será liquidada en igual proporción al resto de los factores, esto es, tomando como último quinquenio causado, dividirlo por 6, para que de esa manera arroje el resultado de uno de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión, y el último quinquenio causado por el señor Araque Panzón fue de \$ 21.295.391.00, como se aprecia de la certificación expedida por la directora de Gestión de talento Humano de la Contraloría General de la Republica.

Por otro lado, si bien la Ley 797 de 2003, señala en el artículo 20 un trámite especial de revisión, del cual podrán conocer el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, ello en manera alguna altera la competencia atribuida por los ordenamientos procesales respectivos, pues no se trata de un proceso judicial más, sino de la revisión que procede a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Contralor General de la República y del Procurador General de la Nación, de las providencia que hayan decretado el reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero.

Por lo tanto, no hay duda que la revisión pretendida no fue solicitada por autoridad competente, adicional a ello las pretensiones del recurrente, no tiene asidero jurídico, pues la misma normativa y toda la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional han reiterado el respeto y la aplicación de los derechos adquiridos por aquellos funcionarios por haber laborado por más de 20 años de servicios a la Contraloría General de la Republica, y siendo beneficiario del régimen de transición, tiene el derecho a pensionarse con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

CONSIDERACIONES

Competencia

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en el artículo 250 que 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 materia¹⁴.

Por lo anterior, esta Subsección es competente para conocer del recurso extraordinario de revisión formulado por la UGPP en contra de la

¹⁴ En concordancia con el lineamiento de la sentencia de inexequibilidad C-520 de 4 de agosto de 2009.

sentencia proferida el 7 de marzo de 2013 proferida por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver, se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿Se configura la causal de revisión prevista en el literal b-) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, es decir, la cuantía del derecho reconocida en la sentencia proferida el 7 de marzo de 2013, excede lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le era legítimamente aplicable?

2. De ser así, ¿debe infirmarse la sentencia proferida el 7 de marzo de 2013 por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto confirmó la decisión de 21 de mayo de 2010 emitida por el Juzgado 14 Administrativo de Oralidad de Bogotá, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Gustavo Araque Pinzón?

Primer problema jurídico

¿Se configura la causal del literal b-) de revisión prevista por el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, es decir, la cuantía del derecho reconocida en la sentencia proferida el 7 de marzo de 2013 excede lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le era legítimamente aplicable?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: sí se configura la causal invocada de revisión, como se sustenta a continuación.

A. Generalidades del recurso extraordinario de revisión

En primer lugar, conviene precisar que el recurso extraordinario de revisión tiende a invalidar los efectos jurídicos de una sentencia que ya se encuentra ejecutoriada, por eso se presenta como una excepción al principio de la cosa juzgada, y las causales para su procedencia están taxativamente previstas en el artículo 252 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De otro lado, y para que el juez pueda examinar la controversia materia del recurso, es necesario que la causal invocada por el recurrente se encuentre debidamente acreditada dentro de las contempladas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁵. En este sentido, la Sala Plena de esta Corporación sostuvo:

¹⁵ Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

«El recurso extraordinario de revisión procede por especiales circunstancias consagradas taxativamente en la ley, con miras a prescindir de una sentencia ejecutoriada, para, en el caso de prosperidad reabrir el proceso y dictar la sentencia que en derecho habrá de sustituir la revocada. Precisamente, por cuanto este recurso extraordinario atenta contra el principio de inmutabilidad y firmeza de los fallos judiciales, las causales que lo fundamentan se hallan taxativamente relacionadas en la norma y su examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo»¹⁶.

En otras palabras, el recurso extraordinario de revisión es un medio de impugnación de carácter excepcional al principio de inmutabilidad de las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada material.

Ahora bien, ha de recordarse que el recurso de revisión formulado por la recurrente está contemplado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que éste es considerado como una acción especial¹⁷, con particularidades propias¹⁸, dentro de las que se encuentran:

¹⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de octubre de 1.993, exp. Rev. 040.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. 27 de marzo de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00561-00(2129-12). Actor: Caja Nacional de Previsión social, Ministerio del Trabajo. Demandado: Rafael Antonio Martínez Cortés « [...] En este orden, precisa la Sala que aunque se le haya asignado para su trámite el procedimiento del recurso extraordinario de revisión, esto no quiere decir que sea equiparable a éste, esto en tanto, es claro que las particularidades de la “acción especial de revisión” previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, le otorgan una entidad propia, que se refleja principalmente en legitimación por activa que se concede al Gobierno Nacional y a los mecanismos de control –Contraloría y Procuraduría- para promover la revisión, quienes eran terceros en el proceso ordinario cuya revisión se permite, pero que se facultan para accionar con el objeto de proteger el patrimonio público, con el fin de obtener la viabilidad financiera del sistema pensional [...]»(s

¹⁸ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá, D. C. diez (10) de agosto dos mil diecisiete (2017). Radicado: 250002325000200205275 01. Número Interno: 1273-2006. Actor: Fondo de Previsión

- i) Su finalidad. Se estatuyó para controvertir las sentencias o conciliaciones que reconocen la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza pagadas con cargo al tesoro público.
- ii) La limitación en la legitimación en la causa por activa. Para ejercerla se requiere de un solicitante calificado¹⁹, que a su vez es un tercero que no intervino dentro del proceso ordinario o la conciliación.

B. De la legitimación por activa para formular el recurso de revisión.

El artículo 20 de la Ley 797 de 2003²⁰ facultó al Gobierno para que 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, soliciten ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia la revisión de aquellas providencias judiciales donde se reconozcan prestaciones periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública.

De igual modo, ha de recordarse que el Gobierno Nacional con fundamento en el ordinal 6º del artículo 6º del Decreto 5021 de 28 de

Social del Congreso de la República. Demandado: Carlos Rangel Moreno. Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Decreto 01 de 2 de enero de 1984, CCA.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 1 de julio de 2016. Radicado: 11001 03 25 000 2014 00238 00 (0704 2014). Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP-. Demandado: José Efraín Mora Sánchez-. Admite acción de revisión.

²⁰ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales

diciembre de 2009²¹ delegó como función de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social la de adelantar o asumir, cuando haya lugar, las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

En virtud a lo anterior, el recurso de revisión pensional que promueve la UGPP es procedente desde la perspectiva de la legitimación en la causa por pasiva.

C. De la configuración de la causal de revisión consagrada en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

La causal formulada por el recurrente es la señalada en el literal b) de la Ley 797 de 2003, que prevé: “Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.”²²

Esta causal jurisprudencialmente²³ ha sido considerada como una herramienta legal útil que persigue fortalecer el principio de la moralidad administrativa²⁴ y permite corregir los reconocimientos pensionales que se han efectuado en exceso y que afectan los principios filosóficos que

²¹ Por el cual se establece la estructura y organización de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP– y las funciones de sus dependencias.

²² Este artículo fue analizado por la Corte Constitucional con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad que formuló el ciudadano Jorge Miguel Pauker Gálvez contra los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003 y que declaró inexecutable la expresión “en cualquier tiempo”, contenida en el primero y tercero incisos del artículo 20 de la ley 797 de 2003. En lo demás este artículo fue declarado executable, respecto de los cargos formulados y bajo los supuestos reseñados en el numeral 5 de las consideraciones y fundamentos de esta sentencia.

²³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sala Especial De Decisión N° 4. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02022-00

²⁴ Artículo 209 de la Constitución Política, Artículo 3 del CPACA y artículo 3 de la Ley 489 de 1998.

orientan el Sistema General de Pensiones²⁵, en especial, el principio de solidaridad²⁶ y equilibrio financiero.

Para el caso en concreto, y dando alcance a la causal formulada, la Subsección procede a analizar si la cuantía definida en la sentencia de 7 de marzo de 2013 excede o no lo debido, de acuerdo con la ley aplicable. Para tal efecto, debe determinarse si el factor salarial de las vacaciones y la compensación de vacaciones en dinero ordenadas por el Juzgado 14 Administrativo de Bogotá²⁷ y confirmadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁸ para reliquidar y reajustar el valor de la pensión de jubilación del señor Araque Pinzón, transgrede los artículos 45º del Decreto 1045 de 1978, 1º y 3º de la Ley 33 de 1985, 1º de la Ley 62 de 1985, 41º del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, y desatiende la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, que ha resuelto que la compensación de vacaciones en dinero no es computables para fines pensionales.

D. Estudio de la censura, en sede extraordinaria de revisión.

Revisión de los factores incluidos en la base de liquidación pensional.

Si bien el recurrente alega que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incluyó las vacaciones como uno de los factores que debían tenerse en cuenta para la reliquidación de la mesada pensional del señor Araque Pinzon, lo cierto es que de la lectura detallada de los

²⁵ Universalidad, integralidad, unidad, internacionalidad, igualdad, subsidiaridad, inmediatez, comprensividad y progresión racional.

²⁶ Ratio o razón de ser de la seguridad social.

²⁷ Sentencia 21 de mayo de 2013 Folios 99 a 106.

²⁸ Sentencia 7 de marzo de 2013 Folios 107 a 123.

fallos de primera y segunda instancia se desprende que el factor que se ordenó tener en cuenta para tal fin fue la prima de vacaciones mas no las vacaciones como lo señala la UGPP, por lo tanto la prestación que será objeto de estudio en el presente recurso será la prima de vacaciones.

De la prima de vacaciones.

Sobre el asunto es pertinente decir que la prima de vacaciones constituye parte del salario y se encuadra dentro de aquellas prestaciones sociales que son beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, con el fin de atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de las actividades laborales.

Así lo manifestó la Corte Constitucional cuando en sentencia de 2 de diciembre de 2009²⁹ señaló:

«La prima de vacaciones, es una suma de dinero que se reconoce al trabajador como ingreso extralegal, monto que hace parte del concepto de salario, como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al prever que “las primas habituales sin excepción (incluida naturalmente la de vacaciones) son típicos elementos integrantes del salario. En consecuencia, estas sumas estarían cobijadas por la indemnización moratoria o los intereses supletorios cuando el empleador, sin que pudiera alegar la existencia de buena fe, omitiere pagar las sumas debidas a la finalización del contrato de trabajo.»

²⁹ Sentencia C 892 de 2009 Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva

De acuerdo con lo anterior, en el caso concreto se encuentra probado que el señor Araque Pinzón laboró por más de 32 años en la Contraloría General de la República³⁰, que por haber nacido el 4 de junio de 1949³¹, era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1933, y que al 1 de abril de 1994 fecha en que entró a regir la norma en comento ya contaba con más de 45 años de edad y más de 20 años de servicio.

Por lo anterior, el señor Araque Pinzón gozaba de un régimen especial de pensiones consagrado en el Decreto 929 de 1976, el cual en el artículo 7 señala:

«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.»

Asimismo, el citado decreto en su artículo 17³² señaló que serán aplicables a los empleados de la Contraloría General de la República las disposiciones contempladas en el Decreto 3135 de 1968³³ y las demás normas que lo modifiquen o adicionen.

³⁰ Constancia de tiempos de servicios expedida por la directora de talento humano

³¹ Cuad. Nº 2 Fols 81 – 82 Cedula de ciudadanía y registro civil de nacimiento del señor Araque Pinzon.

³² «Artículo 17. En cuanto no se oponga el texto y finalidad del presente Decreto las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y normas que lo modifican y adicionan, serán aplicables a los empleados de la Contraloría General de la República.»

³³ 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.

Es por ello que se acude al Decreto 1045 de 1978 como norma complementaria el cual fija las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional.

En efecto el artículo 45 *ejusdem* dispone cuales son los factores que constituyen salario y que se tendrán en cuenta para liquidar el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías y de las pensiones, tal y como sigue:

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

Ahora bien, en certificación³⁴ expedida por la Directora de Gestión del Talento Humano de Contraloría General de la Republica, el demandante en el último semestre de servicios (1.º de diciembre de 2005 al 30 de

³⁴ Cuaderno 2 folio 8

mayo de 2006) se observa que devengó los siguientes conceptos: sueldo, prima técnica, bonificación por servicios, bonificación especial, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y compensación de vacaciones en dinero.

En suma, la prima de vacaciones fue uno de los conceptos devengados durante el último semestre de servicios y en virtud del artículo 7 del Decreto 929 de 1976, el señor Gustavo Araque Pinzón tiene derecho a que se le tenga en cuenta este factor salarial para la reliquidación de la mesada pensional como efectivamente lo ordenó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 7 de marzo de 2013.

De la compensación de vacaciones en dinero.

Sobre este segundo rubro, señaló el recurrente que el Juzgado 14 Administrativo de Bogotá mediante fallo de 21 de mayo de 2010 ordenó tener como uno de los factores salariales para la reliquidación de la pensión del señor Araque Pinzón la compensación de vacaciones en dinero, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de providencia de 7 de marzo de 2013.

Por lo anterior, considera la UGPP que el tener ese concepto como factor salarial contraría el precedente jurisprudencial desarrollado por el Consejo de Estado sobre el tema.

Al respecto es preciso indicar, que no es posible incluir la indemnización de vacaciones, toda vez que esta no es salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarla 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.³⁵

Así las cosas, al no constituir la bonificación de vacaciones en dinero factor salarial no le era dable al Tribunal Administrativo de Cundinamarca tener en cuenta este concepto para liquidar la pensión de jubilación del señor Gustavo Araque Pinzón.

Lo anterior, impone la modificación de la sentencia objeto del recurso, respecto a la exclusión de dicho rubro en la liquidación de la pensión de jubilación del demandado.

En conclusión: Se declarará fundado el recurso extraordinario interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, al encontrar probada la causal invocada, es decir, al estar demostrado que la cuantía de la pensión de jubilación del señor Gustavo Araque Pinzón excede lo debido de acuerdo a la ley al incluir en el IBL un porcentaje mayor en cuanto, a la compensación de vacaciones en dinero.

Por lo anterior, se invalidará parcialmente la providencia de 7 de marzo de 2013 con fundamento en la causal b-) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Gustavo Araque Pinzón contra la Caja Nacional de Previsión Social.

SENTENCIA PARCIAL DE REEMPLAZO.

³⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2011 Expediente 250002325000201000031 01 (0899-2011) M.P Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Hechos

1. El señor Gustavo Araque Pinzón, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la Resolución 36156 de 27 de julio de 2006 proferida por la subgerencia de prestaciones económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la cual le reconoció la pensión de vejez, a partir del primero de diciembre de 2006.
2. Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicitó, se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar una asignación equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 6 meses, más los factores que no se tuvieron en cuenta en la resolución impugnada tales como la bonificación especial (quinquenio), vacaciones, prima de servicios y de navidad con efectividad a partir del 1 de junio de 2006.
3. Como sustento fáctico de sus pretensiones, afirmó que estuvo vinculado por más de 32 años en la Contraloría General de la República y adquirió su estatus de pensionado el 4 de junio de 2004.
4. Señaló que mediante Resolución núm. 36156 de 27 de junio de 2006 la Caja Nacional de Previsión Social – E.I.C.E³⁶ le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$ 2.249.307.95 efectiva a partir

³⁶ En adelante Cajanal

del 1.º de diciembre de 2006, sin embargo la entidad demandada desconoció que se encontraba en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto la prestación debió liquidarse conforme lo previsto en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976³⁷, aplicable a los funcionarios de la Contraloría General de la Republica.

5. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la sentencia del Juzgado 14 Administrativo de Bogota, que ordenó reliquidar y reajustar el valor de la pensión de jubilación del señor Gustavo Araque Pinzón para que sea equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre de servicios prestados a la Contraloría General de la Republica (1.º de diciembre de 2005 al 30 de mayo de 2006), con la inclusión del sueldo básico, prima técnica, bonificación por servicios y especial (quinquenio), primas de servicio, navidad, vacaciones y compensación de vacaciones en dinero.

En cumplimiento de esa decisión, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL (hoy UGPP) profirió los actos correspondientes a la reliquidación de la pensión de jubilación ordenada.

CONSIDERACIONES

³⁷ 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. [...] «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.» [...].

El problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver, se resume en la siguiente pregunta:

¿Constituye la compensación de vacaciones en dinero, un factor salarial de liquidación de la pensión de jubilación?

Como ya se advirtió en párrafos anteriores, la compensación de vacaciones en dinero no constituye ni salario, ni prestación, por lo tanto no puede ser tomada en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación, pues este corresponde a una compensación monetaria por un descanso remunerado.

Al respecto es pertinente indicar que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido unificada en señalar que en relación con la compensación en dinero de las vacaciones³⁸, no es posible incluirla como base salarial para liquidar la pensión de jubilación del demandante, toda vez que esta no es salario ni prestación, sino que corresponde a un descanso remunerado para el trabajador, y por esa razón el motivo de inconformidad que sobre tal aspecto hizo el demandante a la sentencia de primera instancia, si está llamado a prosperar³⁹.

La anterior tesis recientemente fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado quien precisó:

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación dictada el 4 de agosto de 2010 dentro del proceso No. 25000 23 25 000 2006 07509 01,

³⁹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00989-01(2339-12)

«que no es posible incluir (...) la compensación de vacaciones en dinero para efectos del cálculo de la prestación pensional de dicho sujeto procesal, toda vez que ésta última, no constituye salario ni prestación, sino que corresponde a una compensación monetaria que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, por lo cual, no se puede computar para fines pensionales»⁴⁰

Ahora, respecto a los efectos de la sentencia, es de precisar que estos son hacia futuro o *ex nunc*, los cuales empezarán a regir transcurridos seis meses contados a partir de la notificación de la resolución que expida la entidad recurrente, así lo estipuló la Corte Constitucional en sentencia SU 427 de 11 de agosto de 2016 Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

En conclusión: la compensación de vacaciones en dinero no constituye ni salario, ni prestación, por lo tanto no es posible computarlas para fines pensionales.

De la legalidad de los pagos efectuados y los efectos de la sentencia.

En relación con los pagos que ya realizó la entidad, con ocasión de la providencia de 7 de marzo de 2013 proferida por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es pertinente indicar que no se genera el derecho a su devolución, en virtud al principio de buena fe y confianza legítima bajo el cual se efectuaron,

⁴⁰ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00411-01(2323-14). Actor: Luís Felipe Páez Rodríguez.

pues es claro que la UGPP lo hizo en garantía del cumplimiento de la sentencia que aquí se infirma, amparada por los efectos que confiere la cosa juzgada formal⁴¹ y en esa medida los percibió el señor Araque Pinzón.

Con respecto al principio de buena fe, esta Subsección⁴² en providencia relativa a recurso extraordinario de revisión, señaló:

«en lo que se refiere a la petición de ordenar el reintegro de los dineros que se pagaron en exceso al señor Carlos Rangel Moreno en virtud de la reliquidación ordenada en la sentencia revisada, la Sala la negará, toda vez que los pagos fueron efectuados y recibidos de buena fe por lo que es aplicable lo establecido en el ordinal 2.º del artículo 136 del CCA según el cual « [...] los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe [...]». Esto toda vez que fue una decisión judicial la que ordenó la reliquidación pensional en esos términos dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por él instaurado.»

Lo anterior permite reiterar que las sumas de dinero ya pagadas en cumplimiento de la sentencia que se infirma parcialmente, no pueden afectar la prestación periódica reconocida, entre otras razones por que no está demostrado probatoriamente que la conducta del demandante haya sido contraria al principio de buena fe o que haya dado origen a

⁴¹ Doctrinaria y jurisprudencialmente la cosa juzgada formal, existe “cuando han vencido los términos para instaurar recursos o la resolución de los mismos, es decir, cuando la providencia se encuentra ejecutoriada. Igualmente, se ha dicho que a pesar de lo anterior, sólo cuando no es posible elevar el recurso extraordinario de revisión, que cuestionaría la inmutabilidad de la sentencia, surge la cosa juzgada material”, pues no existen posibilidades jurídicas de cuestionar la decisión” Tomado de López Blanco, H.F. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano y Sentencia T-218/12

⁴² Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá, D. C. diez (10) de agosto dos mil diecisiete (2017). SE 65. Radicado: 250002325000200205275 01. Número Interno: 1273-2006. Actor: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

una acción u omisión fraudulenta o con abuso del derecho que beneficiara al demandante. Para el caso en concreto, el incremento pensional obedeció a una inadecuada interpretación que realizó el tribunal al momento de fallar y que propició el exceso del monto en el derecho pensional reconocido.

En este orden de ideas, es claro que el reconocimiento pensional debe mantenerse, pero la liquidación de dicho reconocimiento debe modificarse en el sentido de excluir la compensación en dinero por vacaciones como factor base de liquidación, pues éste no tiene sustento legal, ni jurisprudencial.

Decisión: Se infirmará parcialmente la sentencia de 7 de marzo de 2013 proferida por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para en su lugar, ordenar revocar parcialmente la sentencia de 21 de mayo de 2010 proferida por el Juzgado 14 Administrativo de Bogotá, Sección Segunda, en cuanto incluyó la compensación por vacaciones como factor pensional.

Costas

En este asunto no hay lugar a condenar en costas por cuanto el recurso extraordinario de revisión se declarará fundado. Este hecho releva a esta Sala a realizar la fijación pues la normativa que rige sobre el particular imponen su improcedencia cuando ha prosperado, según se advierte del numeral 1°, del artículo 365 del CPG⁴³, aplicable por remisión normativa expresa del referido artículo 188 del CPACA.

⁴³ ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Declarar fundado parcialmente el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, contra el fallo de 7 de marzo de 2013, proferido por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Segundo. En consecuencia, infirmar parcialmente la sentencia del 7 de marzo de 2013, proferida por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así

«**Primero.** Revocar parcialmente el fallo de 21 de mayo de 2010 proferido por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Bogotá, en cuanto incluyó la compensación por vacaciones para efectos del cálculo de la prestación pensional.

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

Segundo: Ordenar a la UGPP que profiera la nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor Gustavo Araque Pinzón, sin tener en cuenta la compensación de vacaciones en dinero.

Tercero: Declarar que no hay lugar a disponer la devolución de las sumas pagadas al señor Gustavo Araque Pinzón, conforme se expresó en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Confirmar en lo demás, la sentencia apelada.»

Tercero: Devolver a la entidad interesada, sin necesidad de desglose, el título de depósito 175444700 del Banco Agrario, visible a folio 142 del cuaderno principal.

Cuarto: Devolver al Juzgado Catorce Administrativo de Bogotá el expediente 11001-33-31-014-2006-00156-01, que fue enviado en calidad de préstamo a esta Corporación.

Quinto: No condenar en costas.

Sexto: Cumplido lo anterior, archivar el expediente del recurso extraordinario de revisión y previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

