



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”
CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: No. 73001-23-33-000-2013-00055-01

Expediente: No. 3680-2013

Actor: DIANA MARLENY CLAVIJO GARCIA

AUTORIDADES NACIONALES

ASUNTO: INCLUSION SEXTA PARTE DEL QUINQUENIO EN LA BASE SALARIAL DE LA

**PENSION DE JUBILACION DEL REGIMEN ESPECIAL DE LA CONTRALORIA
GENERAL DE LA REPUBLICA.**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia escrita, dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra

¹ **“ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.** El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...).”



la sentencia de 22 de julio de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por la señora Diana Marleny Clavijo García contra el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Diana Marleny Clavijo García, a través de apoderado judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- (i) Resolución No. 016442 de 20 de mayo de 2011, por medio de la cual el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, le reconoció la pensión de jubilación prevista en el Decreto 929 de 1976 por laborar al servicio de la Contraloría General de la República.
- (ii) Resolución No. 13943 de 20 de abril de 2012, por la cual resolvió el recurso de reposición ordenando reliquidar el monto de la pensión reconocida
- (iii) Resolución No. 02431 de 13 de julio de 2012, por la cual resolvió el recurso de apelación confirmando la Resolución 13943 de 20 de abril de 2012.



Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene al Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, que proceda a reliquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida, con la inclusión de todos los factores devengados en el último semestre de servicios, de acuerdo con la certificación salarial expedida por el empleador, como lo dispone el Decreto 929 de 1976.

Finalmente solicitó que las sumas resultantes de las diversas condenas sean reajustadas de conformidad con el artículo 178 del C.C.A, que se paguen los intereses corrientes y moratorios y la condena en costas a la entidad demandada.

Las pretensiones de la demanda se sustentan en los siguientes **hechos**:

Se manifestó que a la señora Diana Marleny Clavijo García le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 016442 de 20 de mayo de 2011, con fundamento en el Decreto 929 de 1976 por haber prestado sus servicios a la Contraloría General de la República.

Se precisó que contra dicho acto se interpuso el recurso de reposición porque no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último semestre, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 13943 de 20 de abril de 2012 que procedió a reliquidar el monto de la pensión reconocida.



Se indicó que contra dicho acto se interpuso recurso de apelación por cuanto no se ven reflejados los valores ni los factores salariales que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión.

Mediante de la Resolución No. 02431 de 13 de julio de 2012 la entidad demandada decidió confirmar la Resolución No. 13943.

Se argumentó que la señora Diana Marleny Clavijo García tiene derecho a que el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, le ajuste su pensión mensual de jubilación, a partir del 01 de septiembre de 2010, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos seis meses de servicios, de conformidad con el régimen pensional especial previsto para los empleados de la Contraloría General de la República.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 5, 6, 13, 29, 48 y 53.

Decreto 929 de 1976, artículos 7, 17.

Decreto 720 de 1978, artículo 40.

Al explicar el concepto de violación se afirma que el acto demandado vulneró los derechos a la igualdad, a la seguridad social y al trabajo de la actora al haber efectuado la liquidación de la pensión de jubilación sin tener en cuenta



el valor real de los factores salariales que devengó durante el último semestre de servicios.

Señaló que de acuerdo con la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), debieron incluirse como base de liquidación todos los factores salariales devengados.

Se argumenta que a la actora le es aplicable el régimen especial para los servidores de la Contraloría General de la República consagrado en el Decreto Ley 929 de 1976, el cual en su artículo 17, prescribe que las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 serán aplicables en cuanto no se opongan al texto y finalidad del decreto; en el mismo sentido, se afirma que para determinar la base de liquidación pensional debe acudirse a los factores salariales previstos en los artículos 45 del Decreto 1045 de 1978 y 40 del Decreto 720 de 1978, sin perjuicio de todos aquellos que de manera habitual y periódica reciba el empleado como contraprestación por sus servicios.

Refiere la demanda que en virtud de la estipulación final del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar en concordancia 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 del régimen especial de la Contraloría, lo que significa que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectuó los



descuentos pertinentes.

Finalmente anotó que a partir del acto legislativo 1 de 2005 deben efectuarse aportes sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto del Seguro Social, hoy Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES aunque fue notificado en los términos del artículo 199 del CPACA (f.57), no compareció a contestar la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El 22 de julio de 2013, de conformidad con el artículo 187² del Código de

² “ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.



Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo del Tolima, profirió sentencia dentro del proceso de la referencia, accediendo a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos (fs. 72 a 92):

Sostuvo que la señora Diana Marleny Clavijo García al ser beneficiaria del régimen de transición y funcionaria de la Contraloría General de la República tenía derecho a gozar de una pensión de jubilación cuyo monto equivaldría al 75% del promedio de los salarios devengados en el último semestre laborado de conformidad con lo previsto en el Decreto 929 de 1976.

Indicó que el ISS en la Resolución 13943 de 20 de abril de 2012 no relacionó los factores salariales ni el valor de los mismos que fueron tenidos en cuenta para realizar la liquidación, haciendo imposible establecer si en ese sentido se dio cumplimiento a la norma o si por el contrario existe algún factor salarial que debiendo ser incluido no fue tenido en cuenta en la liquidación.

Expresó que de acuerdo con la certificación de factores salariales expedida por la Contraloría General de la República al folio 15, la actora devengó factores que se encuentran enlistados en el Decreto Ley 1045 de 1978 y que debieron ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.



Respecto a la bonificación especial consagrada en el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, con fundamento en la jurisprudencia de la Corporación, expresó que debe ser tomada en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, indicando que por tratarse del quinquenio, su valor se debe dividir por 60 para determinar la “sesentava” parte que ha de incluirse en la base de liquidación.

En relación con la indemnización por vacaciones, sostuvo que esta no constituye salario ni prestación, sino que corresponde a un descanso remunerado para el trabajador, razón por la que consideró que no es posible computarla para fines pensionales.

Concluyó que la actora tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con base en el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, incluyendo: sueldo, doceava parte de la bonificación por servicios, bonificación especial (quinquenio) en su sesentava parte, doceava de la prima de vacaciones, doceava de la prima de servicios, doceava de la prima de navidad. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad accionada realice el descuento de los aportes debidamente indexados, correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Sostuvo que no había lugar a declarar la prescripción, ordenó el reajuste de las mesadas pensionales y condenó en costas a la parte demandada.



EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló parcialmente la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos (fls.57 a 110):

Sostuvo que el factor salarial correspondiente a la bonificación especial debe ser incluido de manera fraccionada en una sexta parte, que corresponde a un monto mayor que una “sesentava” parte ordenado por el Tribunal. Fundó sus argumentos en la sentencia de 14 de septiembre de 2011, proferida dentro del proceso No. 25000-23-25-000-2010-00031-01 (0899-11), Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad COLPENSIONES E.I.C.E., compareció mediante apoderado judicial, para solicitar que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se absuelva a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Expresó que a partir de la Ley 100 de 1993 y en vigencia del Decreto 691 de 1994, todos los servidores públicos fueron incorporados al Sistema General



de Seguridad Social.

Sostuvo que la indemnización de vacaciones y la bonificación por recreación no son factores de salario que puedan ser tenidos en cuenta en el IBL de la pensión de la actora.

Planteó que reliquidar una pensión sobre aquellos factores sobre los cuales ni el trabajador, ni su empleador cotizaron al SGSS, atenta contra el principio constitucional de estabilidad financiera, razón por la cual es necesario que se ordene que se realicen los descuentos de ley sobre aquellos factores sobre los cuales se ordenó la reliquidación y no se hayan efectuado aportes (fs. 154 a 160).

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

I. Problema jurídico por resolver

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala absolver el siguiente interrogante: ¿Le asiste derecho a la actora a que se reliquide la pensión de jubilación que le fue reconocida en su condición de ex servidora de la Contraloría General de la República, con la inclusión de una sexta parte de la bonificación especial



(quinquenio) recibida en el último semestre de servicios?

II. Marco jurídico y jurisprudencial.

.- Del régimen pensional aplicable a los servidores de la Contraloría General de la República.

En lo referente al régimen pensional especial de la Contraloría aplicable por transición³, constituye una modalidad especial del régimen de transición general del sector público⁴. En consecuencia, para los sujetos de dicho régimen en virtud del régimen de transición pensional, los requisitos de edad y tiempo de servicios para adquirir el derecho pensional son los previstos en la norma especial del Decreto 929 de 1976⁵ (55 años de edad para los

³ Aunque en el contexto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición pensional está llamado a desaparecer, como corresponde a su carácter transitorio, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 dispuso al efecto dos reglas. De conformidad con la regla general, dicho régimen “no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010”. La excepción se aplica a quienes tengan 750 semanas de cotización a la vigencia del Acto Legislativo, o su equivalente en tiempo de servicios, caso en el cual la vigencia del régimen de transición para esas personas se extiende hasta el año 2014. Tanto para la regla general como para la excepción, se debe respetar la causación de la pensión antes de las fechas indicadas.

⁴ Lo anterior, por cuanto no es estrictamente un régimen pensional especial ni exceptuado, dado que la Ley 100 no lo contempló dentro de las excepciones generales del artículo 279, ni constituye un régimen especial que esté llamado a permanecer indefinidamente en el tiempo, pues la Contraloría General, desde la vigencia del Decreto 691 de 1991 que incorporó los servidores públicos al sistema general de pensiones, fue incluida dentro de las entidades incorporadas al sistema.

⁵ “(...)Art. 7°. 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”.



hombres y 50 para las mujeres y 20 años de servicios estatales, “de los cuales diez hayan sido por lo menos en la Contraloría”). Si la persona tiene menos de diez años de servicios a la entidad, no es sujeto de este régimen, pero sí puede serlo del régimen de transición pensional del sector público general (Ley 33 de 1985) si completó veinte años de servicios estatales, o puede ser sujeto del régimen de transición de la pensión de jubilación por aportes (Ley 71 de 1988) si completó el equivalente a veinte años de servicios sumando tiempo público y privado, con cotizaciones al Seguro Social.

Con respecto al *monto* de la pensión del régimen de transición especial de la Contraloría, entendido conforme a la tradición jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, las normas del Decreto 929 de 1976 no dispusieron reglas expresas. Simplemente una de sus normas (el art. 9°) excluyó los viáticos de la liquidación de las pensiones; y otra norma (art. 17) dispuso la remisión al Decreto 3135 de 1968 y normas que lo modifican y adicionan, “en cuanto no se opongan al texto y finalidad del presente decreto”. Con base en esos supuestos, la jurisprudencia de la Sección, ha considerado que la base para liquidar las pensiones en aplicación del régimen de la Contraloría se integra con los factores salariales enlistados en el art. 45 del Decreto 1045 de 1978 y en el art. 40 del Decreto 720 de 1978, bajo el entendido de que los factores allí enunciados no son taxativos.



Sobre el particular, debe decirse que en diversos pronunciamientos, la Sala se ha ocupado del tema y ha expresado que el Decreto 929 de 1976 no definió el concepto de salario, ni determinó los factores que tenían carácter salarial; sin embargo, prescribió que en cuanto no se opusieran a su texto y finalidad se aplicarían a los servidores de la Contraloría General de la República, las disposiciones del Decreto Ley 3135 de 1968 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

Así lo corrobora el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que a la letra dice:

“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.”

Con fundamento en lo anterior, para resolver estos asuntos, se acude a lo establecido tanto en el Decreto 3135 de 1968, como a las normas que lo complementan, concretamente al Decreto 1045 de 1978, 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 orden nacional.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 dispone que para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

“(…)

- *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*
- *El valor del trabajo suplementario.”.*

Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto 720 de 1978 en su artículo 40 estableció los factores de salario para los servidores de la Contraloría General de la República en los siguientes términos:

“**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.”. (Subraya la Sala).*

Estima la Sala, que la anterior relación de factores no puede ser entendida de manera taxativa y excluyente de los factores consagrados en el referido artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por dos razones: la primera, por cuanto fue el propio Decreto 929 de 1976 el que en su artículo 17 remitió a los factores del Decreto 1045 de 1978; remisión que adhirió al régimen especial de la Contraloría, en cuanto a factores salariales se refiere, el régimen general de los empleados públicos. Y la segunda, porque la filosofía del artículo 40 del Decreto 720 de 1978 consistió en enunciar algunos factores salariales y no en limitarlos a los allí referidos, toda vez que de su texto se desprende la existencia de otros posibles al decir que “Además [...] constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”.



En síntesis, debe precisarse que para efectos de determinar la base de liquidación pensional de los empleados de la Contraloría General de la República debe acudirse a los factores salariales previstos en los artículos 45 del Decreto 1045 de 1978 y 40 del Decreto 720 del mismo año, sin perjuicio de todos aquéllos que de manera habitual y periódica reciba el empleado como contraprestación por sus servicios.

De lo anterior, se infiere que para efectos de establecer el monto pensional de un servidor de la Contraloría General de la República se deberán tener en cuenta, de forma proporcional, la totalidad de los factores salariales devengados, esto es, en una sexta parte de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, dado que se repite se trata de una especie de régimen pensional más favorable que el general.

.- De la bonificación especial denominada quinquenio.

Sobre el particular debe decirse que, uno de los factores salariales aplicables a las pensiones del régimen de transición de la Contraloría es el denominado quinquenio, establecido normativamente en los siguientes términos (D. 929 de 1976):

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



bonificación”.

Debe aclararse que el quinquenio es factor salarial para los funcionarios vinculados antes del 1° de enero de 1992. Respecto a quienes se vinculen a partir de esa fecha, por expresa disposición legal (D. 48 de 1993, art. 14), “el quinquenio no constituirá factor salarial para ningún efecto legal”

En relación con la inclusión de la citada bonificación especial, en la base salarial de la pensión de jubilación de los servidores de la Contraloría General de la República, la Sala ha expresado lo siguiente:

a). En primer lugar, debe decirse que, esta Sala en relación con la forma como se debe incluir la bonificación especial quinquenio en la base de liquidación pensional, de los empleados de la Contraloría General de la República, ha sostenido diversas posiciones. En efecto, mediante sentencia de 17 de octubre de 1996 se definió el carácter de factor salarial que tiene la bonificación especial, quinquenio, señalando que, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 48 de 1993, los empleados vinculados a la Contraloría General de la República, con anterioridad al 1 de enero de 1992 tienen derecho a que la citada bonificación integre su base de liquidación pensional, en caso de haberse devengado en el último semestre de servicios.

Así mismo, la Sala sostuvo que para efectos de determinar la base de liquidación pensional con inclusión de la bonificación especial, quinquenio, ésta tenía que calcularse de manera proporcional. Proporción que se debía



tener en cuenta mes a mes durante el semestre que comprende el período para calcular el monto de la prestación pensional. Sin embargo, con posterioridad, y sobre este mismo punto, la Sala (mediante sentencia de 11 de marzo de 2010. Rad. 0091-09 M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero) planteó la tesis de que dicha bonificación especial sólo podía incluirse como factor salarial, para integrar la base de liquidación pensional, de los empleados beneficiarios del régimen pensional especial de la Contraloría General de la República, si fuera causada de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, esto es, al cumplir cinco años de servicio, en cuyo caso debía tenerse en cuenta su totalidad, y no fraccionada como se venía haciendo anteriormente.

No obstante lo anterior, la Sala Plena de esta Sección (sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 0899-2011. M.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila) volvió a considerar la tesis sobre la incidencia de la bonificación especial quinquenio en la base salarial de la pensión de jubilación de los servidores de la Contraloría General de la República precisando que, al no existir duda sobre su carácter de factor, nada impedía que pudiera ser fraccionada para efectos de liquidar la pensión de jubilación de un servidor de la Contraloría General de la República, lo que implicaba que para su liquidación e inclusión en el monto pensional debía tomarse únicamente el último quinquenio devengado por el servidor y dividirlo entre 6, para de esta forma obtener la sexta parte $1/6$, en igual forma que los restantes factores a tener en cuenta para liquidar la prestación pensional, tal y como lo estableció el Decreto 929 de 1976.



Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes de la citada providencia:

“ (...) 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 anteriormente, 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.

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. (...).”



b). No obstante lo anterior, el Despacho que sustancia la presente causa, mediante salvamento de voto, manifestó su disenter en relación con la forma en que la providencia antes transcrita determinó la forma de incluir la bonificación especial quinquenio en la base salarial de la pensión de jubilación, al considerar que si el quinquenio constituye una bonificación especial, que se causa por cada cinco años cumplidos al servicio de la Contraloría General de la República, resulta razonable considerar que en los casos en que la misma se origine en el período a tomar en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de transición (es decir, durante el último semestre de vinculación laboral), su monto no puede tomarse completo como factor de liquidación de la pensión, sino que deberá dividirse inicialmente entre cinco, para obtener su incidencia en el ingreso de cada año, y luego nuevamente dividirse para calcular su incidencia en los ingresos del semestre a tomar en consideración.

c). En el citado salvamento de voto, igualmente, el suscrito Magistrado considera que constituye un importante avance el hecho de que *“[La sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 0899-2011, estime que] la inclusión del quinquenio en la base salarial de la pensión de jubilación debe tener algún grado de proporcionalidad. Para la sentencia, se debe tomar el quinquenio y dividirlo por seis, de modo que esa sexta parte es la que se toma como factor salarial.”*

No obstante las discrepancias señaladas por el suscrito Magistrado, las cuales se dejan consagradas y expresadas, se estima que teniendo en



cuenta el principio de igualdad del que debe estar acompañado toda decisión judicial, se acoge el criterio mayoritario de la Sala y se procede a aplicarlo, al caso concreto, en la forma indicada en la sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 0899-2011.

Lo anterior, precisando que la bonificación especial denominada quinquenio únicamente se podrá tener en cuenta, para efectos de calcular el ingreso base de liquidación de la prestación pensional de un servidor de la Contraloría General de República, siempre que se cause dentro de los seis meses anteriores a su retiro y, en todo caso, en monto igual a un sólo salario sobre el cual deberá calcularse la sexta parte.

En otras palabras, la bonificación especial denominada quinquenio únicamente podrá tenerse en cuenta, para efectos de liquidar el monto de una prestación pensional como la que hoy ocupa la atención de la Sala, siempre que: i) dicha prestación se cause en el último semestre, efectivamente laborado por el empleado, caso en el que: ii) se tendrá en cuenta el equivalente a un sólo salario sobre el cual deberá calcularse la sexta parte, que incidirá en el ingreso base de liquidación, en la forma expresada con anterioridad.

Tal aclaración, como ya lo había expresado la Sala⁶ en ocasiones anteriores, *“resulta importante, en la medida en que permite equilibrar la*

⁶ Al respecto puede verse la sentencia de 19 de junio de 2008. Rad. 1228-2007. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



suma del derecho pensional a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social con las sumas percibidas a título de salario por el empleado, durante el período que la ley estableció para calcular el monto de su pensión.”

III. Del caso concreto

Descendiendo al caso en examen, está probado que la demandante consolidó su derecho pensional al amparo del Decreto 929 de 1976, toda vez que, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, dado que su fecha de nacimiento es el 02 de mayo de 1956.

Se tiene que la demandante acreditó 7.803 días de servicio en el sector público, que equivalen a 1.114 semanas cotizadas, correspondiente a 21 años, 08 meses y 03 días, de los cuales laboró en la Contraloría General de la República del 28 de marzo de 1990 al 30 de junio de 2009, esto es, 6933 días (fs. 3 a 7).

Con base en lo anterior, el Instituto del Seguro Social, le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución No. 016442 de 20 de mayo de 2011, con efectos fiscales a partir del 01 de septiembre de 2010 (fls.3 a 7).

Al establecer el ingreso base de liquidación de la referida prestación pensional, el ISS consideró que de acuerdo con el Decreto 929 de 1976



debían tenerse en cuenta todos los factores salariales que constituyan una remuneración habitual y periódica, como son los establecidos en el Decreto 720 de 1978, 1158 de 1990 y 1045 de 1978, sin embargo, no enlistó en dicho acto de reconocimiento pensional los factores que integraron la base de liquidación inicial, la cual ascendió a la suma de \$1'991.000 a partir del 01 de septiembre de 2010, reajustada a \$2'054.115 a partir del 01 de enero de 2011.

La actora interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto por el ISS mediante la Resolución 13943 de 20 de abril de 2012 en la que decidió modificar la Resolución No. 016442 de 20 de mayo de 2011, en el sentido de tener en cuenta para efectos de la reliquidación pensional, la certificación de sueldos y factores salariales expedida por la Contraloría General de la República, estableciendo el monto de la pensión en la suma de \$3'097.718 a partir del 01 de septiembre de 2010, reajustada en \$3'195.916 a partir del 01 de enero de 2011 y \$3'315.124 a partir del 1 de enero de 2012. (fs. 9 y 10).

Aunque mediante la Resolución 13943 de 20 de abril de 2012 el ISS procedió a reliquidar el monto de la pensión reconocida a la actora, ésta interpuso recurso de apelación porque en dicho acto no se ven reflejados los valores y factores salariales tenidos en cuenta en la base de liquidación; el recurso fue resuelto desfavorablemente por el ISS, mediante la Resolución No. 02431 de 13 de julio de 2012, al considerar que no existían motivos de inconformidad pendientes por resolver porque se habían acogido todas las pretensiones de la actora. (fs. 12 a 13)



Al respecto, la Sala observa del Certificado de Sueldos y Factores Salariales No. 02530 de 22 de octubre de 2012, expedido por la Directora de Talento Humano de la Contraloría General de la República que obra al folio 15 del expediente, que la demandante devengó en el último semestre de servicios, comprendido entre el 27 de febrero al 28 de agosto de 2010, los factores de sueldo, **bonificación por servicios, bonificación especial denominada quinquenio y las primas de vacaciones, servicios, navidad e indemnización de vacaciones.**

Bajo este supuesto, la Sala estima acertada la decisión de primera instancia, en cuanto ordenó revisar la liquidación de la pensión de jubilación de la actora e incluir los factores salariales correspondientes a: sueldo, bonificación por servicios, bonificación especial, prima de vacaciones, prima de servicios y de navidad percibidos por la demandante durante el último semestre de servicios, teniendo en cuenta el régimen pensional aplicable en su condición de ex servidora de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, es necesario precisar que en lo referido al cómputo de los factores salariales, el artículo 7 del Decreto 929 de 1976 preceptúa claramente que el monto de la pensión de un empleado de la Contraloría General de la República equivale *“al 75% del promedio de los salarios devengados **durante el último semestre**”* lo que hace razonable hablar, frente a la forma de incluir los distintos factores salariales en el ingreso base



de liquidación, de sextas partes 1/6, tratándose de un régimen especial más favorable que el general.

Así lo sostuvo la Sala en la sentencia de 11 de marzo de 2010. Rad. 0091-2009. M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero:

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

*Deben sí pagarse estos rubros en forma proporcional, pues dado que su pago está previsto por anualidades causadas, para determinar la **mesada** pensional se calculan las doceavas partes de todos aquellos factores devengados y se adicionan a la asignación; luego, si para el caso de la contraloría se liquida por el promedio de lo devengado en los 6 últimos meses, quiere decir que ya no puede hablarse de doceavas, sino de sextas partes, que corresponden a montos superiores, pues se trata de un régimen más favorable que el general. (...).”*

Así mismo, y acogiendo la decisión mayoritaria de la Sala (expuesta en la sentencia de 14 de septiembre de 2011) se tiene que para el caso concreto la bonificación especial, quinquenio, sólo puede incluirse como factor salarial para integrar la base de liquidación pensional de la demandante si fue causada de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, esto es, al cumplir cinco años de servicio, en cuyo caso deberá tenerse en cuenta de la



misma forma que los restantes factores devengados en el último semestre en que prestó sus servicios a la Contraloría General de la República, a saber, en su sexta parte 1/6, tal y como lo establece el Decreto 929 de 1976.

Bajo estos supuestos, y estando probado en el caso concreto que la demandante percibió la bonificación especial quinquenio, dentro del último semestre en que prestó sus servicios a la Contraloría General de la República (f. 15), la misma deberá ser dividida entre seis, para obtener la sexta parte 1/6 que se deberá incluir en la base salarial de la pensión de jubilación que viene percibiendo.

Ahora bien, en relación lo afirmado por la entidad demandada en su escrito de alegatos sobre la no inclusión de las vacaciones, debe decirse que ellas constituyen un descanso remunerado a que tiene derecho todo trabajador, para que pueda recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña y atienda su labor con mayor eficiencia luego de su descanso. Además, tiene por finalidad proteger su salud física y mental y darle un espacio al empleado para que realice otro tipo de actividades que permitan su desarrollo integral como persona, tanto en su familia como en la sociedad. Las vacaciones son un beneficio que el Legislador ha previsto con el propósito de dar cumplimiento al principio fundamental del “*descanso necesario*” previsto en la Carta Política en su artículo 53.

Tal beneficio no tiene la potencialidad de incidir en la base de liquidación



pensional, porque no es un auxilio del empleador y no se recibe como retribución de un servicio prestado. En ese orden de ideas, cuando al empleado que disfruta del tiempo que la ley otorga para el descanso y se le remunera por ese lapso, tal valor no puede ser tenido en cuenta para determinar la base de liquidación pensional; razón suficiente para sostener que la indemnización por vacaciones reclamadas por la actora en la demanda no deben incluirse en la base de liquidación de su pensión de jubilación.

Finalmente, en cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final del 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.

Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, 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.

Finalmente advierte la Sala, que tal y como lo consideró el Tribunal, en el caso concreto no hay lugar a declarar la prescripción sobre las mesadas pensionales de la demandante. Lo anterior, toda vez que la señora Diana Marleny Clavijo García solicitó, el 18 de agosto de 2011⁷, en sede administrativa la reliquidación de la prestación pensional que le había sido reconocida por el ISS, a partir del 01 de septiembre de 2010, esto es dentro de los tres años previstos en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala procederá a confirmar la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión reconocida a la actora, con la inclusión de los factores salariales a que se refiere la certificación de salarios y factores allegadas al folio 15 del expediente y se modificará en el sentido de ordenar a COLPENSIONES, que los factores devengados por la señora Diana Marleny Clavijo García, durante el último semestre en que prestó sus servicios a la Contraloría General de la República, entre ellos el sueldo, la bonificación por servicios, la bonificación especial denominada quinquenio (

⁷ Folio 8.



para lo cual se tendrá en cuenta el equivalente a un sólo salario sobre el cual deberá calcularse la sexta parte, que incidirá en el ingreso base de liquidación), y las primas de vacaciones, servicios y navidad, deben ser incluidos en la base salarial de la pensión de jubilación que viene percibiendo en **una sexta parte 1/6**, tal como se dijo en la parte motiva de esta providencia y no en una “sesentava” parte (bonificación especial) y doceavas (frente a los demás factores) como lo consideró la sentencia de primera instancia.

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. CONFÍRMASE la sentencia de 22 de julio de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, accedió a las pretensiones de la demanda promovida por Diana Marleny Clavijo García contra el Instituto del Seguro Social hoy Administradora de Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, con la siguiente modificación:

SEGUNDO. MODIFICASE la sentencia recurrida, en el sentido de ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, incluir en la



base de liquidación de la pensión que viene percibiendo la señora Diana Marleny Clavijo García, los factores salariales devengados durante el último semestre en que prestó sus servicios a la Contraloría General de la República, en una sexta parte (1/6) como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

La entidad condenada deberá tener en cuenta, para efectos del cálculo anterior, que la bonificación especial (quinquenio) debe ser incluida en forma proporcional, esto es, el equivalente a un sólo salario del cual deberá tomarse la sexta parte que incidirá en el ingreso base de liquidación.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CARMELO PERDOMO CUÉTER