

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., 14 de septiembre de 2011.

Radicación: No. 25000232500020100003101 (0899-2011)

Actora: Sara Paulina Pretel Mendoza

Demandado: Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, debo manifestar que no comparto el criterio interpretativo que conserva la Sección Segunda, en la sentencia del 14 de septiembre de 2011, con respecto a la manera como debe ser liquidado el quinquenio como factor salarial para efectos del reconocimiento de las pensiones de jubilación a las cuales, en virtud del régimen de transición pensional, se aplican las reglas especiales del régimen de la Contraloría General de la República, contenidas en el Decreto 929 de 1976.

Para explicar con claridad mi visión sobre esta temática, procedo a exponer los criterios que estimo deben ilustrar la aplicación del régimen pensional de la Contraloría en el marco del sistema de seguridad social integral creado a partir de la Ley 100 de 1993.

1. En principio, la preocupación legal sobre la existencia de regímenes pensionales dispersos, particularmente en el sector público, fue una de las causas del esfuerzo unificador de regímenes que trajo la Ley 100, como se evidencia en su artículo 6°, conforme al cual el sistema integral de seguridad social se instituyó con la finalidad de unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social. En desarrollo de este criterio se dispuso que el sistema general de pensiones tendría un campo de aplicación general; que se respetarían los derechos adquiridos para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados (art. 11); y que sólo estarían exceptuados de la aplicación del sistema los sujetos indicados expresamente (art. 279).

2. Con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2005 se avanza en el propósito de unificación del sistema pensional, al disponer la mencionada reforma constitucional que “no habrá regímenes especiales ni exceptuados”, salvo lo dispuesto sobre la fuerza pública, los Expresidentes de la República y el Magisterio oficial. Señaló

el Acto Legislativo que sin perjuicio de tales regímenes, y dentro del respeto a los derechos adquiridos, la vigencia de los regímenes pensionales exceptuados, especiales o cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes generales del sistema, “expirará el 31 de julio del año 2010”. Lo anterior implica que si antes de esa fecha se causó el derecho pensional conforme al respectivo régimen especial o exceptuado, dicha pensión conserva ese régimen.

3. Estos esfuerzos unificadores, desde luego, deben producirse sin traumatismos con respecto a las expectativas pensionales de los ciudadanos. Fue por ello que la Ley 100 estableció un *régimen de transición pensional*, dirigido a garantizar a determinados sujetos la posibilidad de obtener su pensión con las reglas básicas de pensión del régimen anterior al cual estuvieron afiliados, en los siguientes términos:

“Artículo 36. Régimen de transición (...)

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [beneficiarios del régimen de transición] que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)”.

4. Las interpretaciones jurisprudenciales del régimen de transición pensional han señalado los siguientes criterios sobre el mismo:

- En primer lugar, se ha señalado que la vigencia del régimen de transición para un afiliado al sistema no depende de encontrarse vinculado laboralmente y cotizando a la seguridad social en la fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones¹ (que por regla general lo fue el 1° de abril de 1994, para el sector privado y el sector público nacional; y el 30 de junio de 1995 para el sector público territorial, salvo que la respectiva autoridad territorial anticipara la citada fecha: Ley 100/93, art. 151).

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 10 de abril de 1997, M.P. Javier Díaz Bueno. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 28 de junio de 2000, M.P. Germán Valdés Sánchez.

- En segundo término, aunque en principio se pierde el régimen de transición cuando el afiliado se traslade del régimen de prima media al de ahorro individual y regrese nuevamente al de prima media, la jurisprudencia constitucional precisó que este derecho no se pierde por razón de esa circunstancia, siempre que el afiliado tuviera quince o más años de servicios o cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones, caso en el cual el regreso al régimen de prima media le permite conservar el régimen de transición. La condición para conservar la transición en tales casos consiste, como lo señaló textualmente la sentencia de constitucionalidad condicionada², en que el saldo de la cuenta pensional que se traslada “no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que (sic) hubiera permanecido en el régimen de prima media”
- En tercer lugar, debe recordarse que el Gobierno Nacional había introducido unas reglas para hacer perder el régimen de transición a los afiliados que se trasladaron al régimen de ahorro individual y regresaron al de prima media, con un supuesto propósito de reglamentar el contenido de la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional, mediante el Decreto 3800 de 2003. La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de abril de 2011³ declaró la nulidad parcial de esa reglamentación y consideró que no era competencia del ejecutivo reglamentar las sentencias de la Corte Constitucional, de modo que desapareció la exigencia de dicho decreto de comparar los rendimientos que se hubieran obtenido en uno u otro régimen como requisito para recuperar el régimen de transición pensional.
- Finalmente, un cuarto criterio jurisprudencial de la aplicación del régimen de transición consiste en que dicho régimen se remite al régimen anterior en cuanto a *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez”*. La jurisprudencia del Consejo de Estado, en forma constante desde la expedición de la norma, ha señalado que la expresión relativa al “monto de la pensión” debe entenderse como *el porcentaje y la base para la liquidación, incluyendo los factores de liquidación que se contemplaban en ese mismo régimen anterior*⁴. Sólo de manera excepcional, y cuando dicha solución permita una mejor cuantía de pensión para el afiliado, se aplicaría el ingreso base de liquidación previsto en

² Corte Constitucional, sentencia C-789 de 2002.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 6 de abril de 2011, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de septiembre de 2000, M.P. Nicolás Pájaro, reiterada por la misma Corporación entre otras por las siguientes sentencias: de 21 de junio de 2007. M.P. Ana Margarita Olaya Forero (Exp. 0950 -06) y de 25 de marzo de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve (Exp. 0886-2009)

el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, esto es, el promedio de lo devengado en el tiempo que faltaba para obtener la pensión, contado al momento de entrar en vigencia el sistema, de modo que si faltaban más de diez años, se aplicaría el promedio de los últimos diez años de los salarios sobre los cuales se cotizó en dicho lapso, por aplicación de la regla general del artículo 21 de la Ley 100.

5. El régimen de transición pensional está también 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.
6. En el contexto de estas normas y de estos criterios jurisprudenciales es dentro del cual debe entender el régimen pensional especial aplicable a la Contraloría General de la República. El mencionado régimen fue dispuesto en el Decreto 929 de 1976 en los siguientes términos:

“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”.

El régimen pensional dispuesto en las citadas normas tiene las siguientes características generales, en vigencia del sistema de seguridad social establecido a partir de la Ley 100 de 1993:

- En primer término, 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 público al sistema general de pensiones, fue incluida dentro de las entidades incorporadas al sistema⁵.

⁵ Decreto 691 de 1994, artículo 1°.- “ *Incorporación de servidores públicos.* Incorporarse al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos: ... b) Los servidores públicos dela Contraloría General de la República”.

- En este orden de ideas, la vigencia del régimen pensional de la Contraloría sólo tiene como fundamento el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, constituye un régimen que sólo se puede aplicar a las personas que legalmente sean sujetas del mencionado régimen de transición.
- El régimen pensional especial de la Contraloría aplicable por transición, constituye una modalidad especial del régimen de transición general del sector público. 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 1976 (55 años de edad para los 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. 9º) excluyó los viáticos de la liquidación de las pensiones; y otra norma (art. 17) dispuso se remitió 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 las enumeradas en el art. 45 del Decreto 1045 de 1978 y en el art. 40 del Decreto 720 de 1978, en el entendido de que los factores allí enunciados no son taxativos⁶.
- En este contexto, 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

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de junio 19 de 2008, M.P. Gerardo Arenas Monsalve (Exp. 1228-07)

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”
 - Como puede observarse, de las normas transcritas, el quinquenio constituye una bonificación especial que se causa por cada cinco años cumplidos al servicio de la institución. Es razonable, en consecuencia, considerar que si el quinquenio se causa 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 su monto debe 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. Tal es la postura que sostuvo la Sala en la citada sentencia de 2008, con ponencia del suscrito, y que luego fue variada para acoger el criterio de que dicha bonificación debía tomarse en su totalidad⁷.
 - De mi parte continúo discrepando de la citada interpretación de la Sala sobre el punto, en esencia porque ella origina una distorsión del promedio salarial que se toma como base para liquidar la pensión, que resulta contraria a la finalidad de cualquier régimen pensional (sea el de transición o el general), dado que la cuantía de la pensión debe tener correspondencia con los salarios devengados que le sirven de base a su liquidación. Incluir un beneficio como el quinquenio en forma completa equivale a estimar que la cifra que se paga se causó por un mes de trabajo y no por el equivalente a cinco años de servicios.
7. Con las consideraciones generales que aquí se han efectuado, debo señalar cuáles son mis discrepancias en esta materia con respecto a la posición adoptada por la Sección en la sentencia del 14 de septiembre de 2011 de la cual me aparto.
- En primer término, considero que constituye un importante avance el que hace la sentencia al estimar 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.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de marzo 11 de 2010 (Exp. 0604 -07).

- En mi criterio, no obstante, esta forma de liquidación, si bien es un avance, todavía adolece del defecto que se señaló atrás, pues omite considerar que como su nombre lo indica, el quinquenio se origina en un período de cinco años, razón por la cual, debió considerarse el equivalente a un año, es decir, debió calcularse la quinta parte de su cuantía, para luego sí proceder a dividirlo por seis, y obtener así el factor a incluir en el promedio del último semestre.
 - De otro lado, considero importante la precisión que hace la Sala con respecto a que, independientemente de si se han pagado los quinquenios causados, el que se toma como base para los efectos de la pensión no puede ser sino uno solo, es decir, el último que se causó, apreciación que, desde luego, comparto plenamente.
8. Finalmente, estimo que las consideraciones generales sobre el sistema general de pensiones y sobre los alcances del régimen de transición pensional que se han efectuado en este salvamento de voto deben ser tomadas en cuenta al decidir asuntos de un régimen de transición especial como en este caso el de la Contraloría. Sin duda, las generalizaciones sobre la vigencia plena de estos regímenes pueden hacer perder de vista que ellos están próximos a desaparecer definitivamente, conforme a las reglas constitucionales y legales que se han expuesto en este escrito y cada vez regirá con más amplitud el régimen general dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus reformas legales.

GERARDO ARENAS MONSALVE