

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legítimamente aplicables / SUELDO Y SALARIO – Diferencia / BONIFICACION POR SERVICIOS – Factor salarial / LIQUIDACION PENSIONAL – Inclusión de la bonificación por servicios por doceavas partes

Sobre la forma como debe calcularse el ingreso base de liquidación, en la sentencia de 8 de junio de 2006, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Tarsicio Cáceres Toro, reiteró la posición jurisprudencial sostenida desde el fallo del 28 de octubre de 1993 M. P. Dolly Pedraza de Arenas, en el expediente No. 5244, en el sentido de establecer que las prestaciones anuales se deben liquidar por doceavas partes, tesis que se ha mantenido vigente como puede observarse en otras decisiones. (...) Para la Sala, las directrices que ofrecen tanto el decreto de creación de la bonificación por servicios prestados, como el artículo 6º Decreto 546 de 1971 y artículo 6º Decreto 1160 de 1947, sumada a la tesis jurisprudencial consolidada de la Sección Segunda de esta Corporación que indica, que su liquidación en la mesada pensional debe hacerse por doceavas partes y no por el 100% del valor recibido, por tratarse de una prestación que se causa por año cumplido, son suficientes para demostrar que el pago ordenado por la decisión cuestionada y realizado por la Caja Nacional de Previsión al señor Edgar Javier Varela Villota, excede lo debido de acuerdo a la ley.

RECURSO DE REVISION – Art 20 Ley 797 de 2003 / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Contra sentencia que incluyo el 100% de la bonificación por servicios como factor salarial / PENSION DE JUBILACION – Liquidación / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Prosperidad causal invocada / RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION – Bonificación por servicios es una doceava parte / SETENCIA DE REMPLAZO – derecho adquirido / SENTENCIA DE REMPLAZO – Pensión de jubilación

Debido a la prosperidad de la causal invocada en el recurso extraordinario de revisión, se revocará parcialmente la sentencia de 1º de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en lo que hace referencia a la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados en la liquidación pensional del señor Edgar Javier Varela Villota. En virtud de lo dicho, el problema jurídico consiste en definir, ¿si la bonificación por servicios prestados debe liquidarse y pagarse en porcentaje del 100% o por doceavas partes, en la pensión de jubilación del señor Edgar Javier Varela Villota, en su calidad de ex funcionario de la Rama Judicial? La respuesta es positiva para la liquidación proporcional, y negativa para el porcentaje total de la bonificación por servicios percibida durante el último año por el ex funcionario, de acuerdo a los fundamentos ya expuestos párrafos atrás, y a los siguientes: 1. Al ser beneficiario el señor Edgar Javier Varela Villota del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener más de 40 años de edad a 1º de abril de 1994, y del especial de la Rama judicial por ser ex funcionario de la misma por más de 10 años, se le aplicó para el reconocimiento y liquidación pensional, el Decreto 546 de 1971. 2. Esa norma indica que la pensión ordinaria se calculará con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicio. 3. La bonificación por servicios prestados conforme a la interpretación normativa realizada por esta Corporación, se liquida en forma proporcional para el cálculo pensional, toda vez que, es una prestación que se causa mes a mes pasado un año de labor. 4. En consecuencia, el cómputo de la pensión de Edgar Javier Varela Villota, debe hacerse incluyendo una doceava parte del mencionado factor salarial y no el 100% del valor percibido en el tiempo certificado.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 20 LITERAL B) / DECRETO 1160 DE 1947 / DECRETO LEY 1042 DE 1978

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00904-00(2773-12)

Actor: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE EN LIQUIDACIÓN

Demandado: EDGAR JAVIER VARELA VILLOTA

Medio de control: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Tramite: DECRETO LEY 01 DE 1984

Asunto: ART. 20 DE LA LEY 797 DE 2003

La Sala decide el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por la Caja Nacional de Previsión Social en liquidación, CAJANAL, contra la sentencia de 1º de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, providencia que cobró ejecutoria el 14 de octubre de 2010¹.

I. ANTECEDENTES

1.1. Sentencia objeto de revisión

El fallo referenciado resolvió entre otros aspectos, lo siguiente:

PRIMERO.- Revócase la parte final del artículo cuarto de la parte resolutive del fallo apelado que dispone: *“Tal reliquidación debe hacerse efectiva a partir del veintitrés (23) de octubre de dos mil tres (2003) conforme a la prescripción trienal”*.

SEGUNDO.- Confírmase el fallo apelado en lo demás.

¹ Según constancia expedida por la Secretaría del Juzgado Segundo de Pasto.

(...)

La sala de decisión planteó como problema jurídico, determinar si debía incluirse el 100% de la bonificación por servicios en la base de la liquidación pensional del señor Edgar Javier Varela Villota, por haberla recibido durante el último año de servicios.

Luego de hacer un recuento de los actos administrativos expedidos con ocasión de las órdenes judiciales producto de una acción de tutela, que después se convirtieron en el objeto del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que a su vez originó el recurso que ahora se estudia, verificó, que la bonificación por servicios le fue liquidada al actor en doceavas partes y no en el 100%; razón por la cual, analizó la naturaleza de ese factor salarial, para concluir apoyado en una sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas² que fue confirmada por el Consejo de Estado,³ que ante la uniformidad jurisprudencial frente a la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores de la Rama Judicial cobijados por el Decreto 546 de 1971, debía incluirse el 100% de la bonificación por servicios prestados en la liquidación pensional.

1.2. Fundamento del recurso de revisión

La apoderada de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL EICE en liquidación⁴, solicita que se revoque el fallo dictado el 1 de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Nariño que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Pasto el 13 de noviembre de 2009 y, en consecuencia, se declare que debe computarse en la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del señor Edgar Javier Varela Villota, el valor correspondiente a la bonificación por servicios pero por doceavas partes y no por el 100% como allí se decidió.

La causal invocada es la prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

² Sentencia de 21 de abril de 2005, radicado No. 2003-1638

³ Sentencia de 7 de junio de 2007, Sección Segunda, Subsección B, radicado: 9348-2005, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

⁴ En escrito presentado el 16 de octubre de 2012, visible en los folios 735-746 del cuaderno del recurso extraordinario.

Como sustento de la causal indicó, que el tribunal de manera desacertada falló en contravía de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado,⁵ que ha señalado, que la bonificación por servicios prestados debe incorporarse a la base de la liquidación de manera proporcional, esto es, en una doceava parte de su valor total, en consideración a que su pago se hace anual cuando el empleado cumple un año de servicios, por lo que se vulneró el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y 6º del Decreto 546 de 1971.

1.3 Contestación del recurso extraordinario

El señor Edgar Javier Varela Villota por medio de apoderado, se opuso a la prosperidad del recurso al considerar que los fallos proferidos en primera y segunda instancia, están enmarcados dentro de los parámetros jurídicos que comprende el Estado Social del derecho y son obligatorias conforme a los artículos 174 y 175 del C.P.C.

Presentó como excepciones las siguientes: a) buena fe; b) obligatoriedad de la sentencia; c) cosa juzgada; d) falta de estructuración de la causal invocada; e) falta de relación de causalidad; f) falta de aplicación del derecho a la igualdad; g) inexistencia del derecho a la revisión; h) falta de obligación en la devolución planteada en la demanda y la innominada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

El Recurso Extraordinario de Revisión fue introducido en nuestro ordenamiento Contencioso Administrativo en los términos conocidos, por el Decreto No. 01 de 1984, modificado por la Ley 446 de 1998 y actualmente por la Ley 1437 de 2011.

En tratándose de los fallos proferidos por los Tribunales Administrativos de acuerdo al lineamiento de la sentencia de inexecutable C-520 de 4 de agosto de 2009, la competencia para conocer los recursos extraordinarios está radicada en la sección que conozca del asunto.

⁵ Citó las siguientes sentencias: radicado interno: 7559-05, M.P. Tarsicio Cáceres Toro; 1306-06, M.P. Alberto Arango Mantilla; 0640-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve; 1508-08, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

En este caso atendiendo el criterio de especialización laboral, se le atribuye la competencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado y a la Subsección que le corresponda de acuerdo al reparto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1° del Acuerdo N° 55 de 2003.

El recurso se analizará bajo los presupuestos del Código Contencioso Administrativo, toda vez que la sentencia recurrida quedó ejecutoriada el 14 de octubre de 2010⁶, esto es, en vigencia del Decreto 01 de 1984.

2.2. Problema jurídico

En el caso bajo estudio, la Sala debe determinar si en la sentencia proferida el 1° de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Nariño, se configura la causal de revisión prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, por haber incluido en la liquidación pensional del señor Edgar Javier Varela Villota, la bonificación por servicios en porcentaje del 100%, vulnerando con ello los artículos 36 de la Ley 100 de 1993 y 6° del Decreto 546 de 1971.

Antes de resolver la controversia, la sala debe señalar que las excepciones propuestas por el demandado, son argumentos defensivos y no excepciones propiamente dichas, por lo que se definirán con el fondo del asunto.

2.3. Resolución del Caso concreto

La apoderada de la entidad, motivó el recurso de revisión en literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que dispone: *“cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legítimamente aplicables”*

El fundamento como ya se indicó, se centra en que la entidad profirió un acto administrativo de cumplimiento de sentencia, en donde incluyó la bonificación por servicios como factor salarial en un porcentaje del 100%, lo que transgrede en su sentir, los artículos 36 de la Ley 100 de 1993 y 6° del Decreto 546 de 1971, además de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, que ha resuelto que tal

⁶ Según consta en el folio 459 del cuaderno del recurso.

factor debe incluirse por doceavas partes.

Las órdenes judiciales que llevaron a la demanda del recurso de revisión sobre el tema del porcentaje en materia de bonificación por servicios, fueron las siguientes:

1. El Juzgado 2º Administrativo de Circuito de Pasto, señaló que debía incluirse el porcentaje del 100%, dado que así se había sido dispuesto en algunas sentencias, para lo cual citó una decisión del Tribunal de Cundinamarca de 3 de julio de 2008⁷, en donde se dispuso la inclusión de ese factor debía hacerse en forma entera.

2. Por su parte, la sentencia objeto del recurso, adujo similar argumento para confirmar la decisión del juez. Se afirmó para sostener que la bonificación por servicios debía incluirse por el valor total percibido, en una sentencia del Consejo de Estado que analizaba la bonificación por compensación al considerarla de igual naturaleza con la discutida, y en donde se resolvió, que debía incluirse en el 100%.⁸ También se apoyó, en un fallo del Tribunal Administrativo de Caldas⁹ que fue confirmado por el Consejo de Estado, en el que ordenó el *a quo* la inclusión de la totalidad de la bonificación por servicios, y también, en otra decisión de la Subsección A de la misma Corporación,¹⁰ en la que se sostuvo que “...deberá tener como factores salariales además de la asignación básica mensual, y los incrementos por antigüedad y bonificación por servicios, **las doceavas partes** de la prima de navidad, de servicios y de vacaciones, y el subsidio de alimentación devengadas durante el último año de prestación de servicios...” (negrilla original). Para definir si prospera o no la causal de revisión invocada, la Sala revisará las normas que prevén la bonificación por servicios y la tesis jurisprudencial sobre el tema.

De la bonificación por servicios

Para contextualizar el factor de la bonificación por servicios, la Sala considera necesario precisar algunos conceptos que se originan en la relación laboral, como son el sueldo, salario, factor salarial y prestaciones sociales.

⁷ M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁸ Sentencia de 30 de septiembre de 1999, expediente No. 1165. M.P. Ana Margarita Olaya.

⁹ Sentencia de 21 de abril de 2005, radicado No. 2003-1638 y sentencia de 7 de junio de 2007, radicado 9348-05; M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

¹⁰ Sentencia de 23 de marzo de 2006, radicado 3984-05; M.P. Alberto Arango Mantilla.

Se llamó sueldo en la Ley 83 de 1931¹¹, al pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debía hacerse por períodos iguales vencidos y sin que sobrepasara el mes calendario. Esa noción es restringida y coincide con la hoy denominada asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública¹².

Por su parte, el salario es una noción más amplia que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios. Su regulación le corresponde al legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, con fundamento en los principios constitucionales como: igualdad, garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y primacía de la realidad sobre la formalidad¹³.

El Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 42¹⁴, indica que forman parte del salario además de la asignación básica mensual¹⁵, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, las primas, las bonificaciones, los viáticos y otros elementos de los cuales algunos constituyen factor salarial y otros no¹⁶.

Diferenciar si constituye o no factor salarial corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional

¹¹ Artículo 24. *Los sueldos y salarios deberán ser pagados por periodos iguales y vencidos, en moneda legal...*

¹² Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado No. 705-1995.

¹³ *Derecho Administrativo Laboral*, Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Grupo Editorial Ibáñez, segunda reimpresión. 2013, pág.234.

¹⁴ *De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.*

¹⁵ Artículo 13 del Decreto 1042 de 1978. Está determinado por sus funciones y responsabilidades, conocimientos y experiencia, requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecido en la nomenclatura y el nivel.

¹⁶ *De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.*

que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario¹⁷.

Las prestaciones sociales a diferencia del salario, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originadas a lo largo de la relación laboral que no retribuyen directamente el servicio prestado. Estas pueden estar representadas en dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador, como por ejemplo, la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, muerte, así como también otras necesidades complementarias, como las recreativas.

Se han establecido unas prestaciones a cargo del empleador y otras del Sistema de Seguridad Social. De manera enunciativa pueden citarse a cargo del empleador las siguientes: bonificación por recreación, vacaciones y prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, calzado y vestido de labor, bonificación de dirección para gobernadores y alcaldes y bonificación de dirección para altos funcionarios del Estado. A cargo del Sistema de Seguridad Social pueden señalarse: auxilio de maternidad, auxilio de enfermedad, indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, auxilio funerario, asistencia médica, pensión de invalidez, subsidio familiar indemnización sustitutiva de pensión, pensión de jubilación, de sobrevivientes, entre otras.

De manera general, el artículo 45 del Decreto Ley 1042 de 1978, creó la bonificación por servicio, y el artículo 46 ib., dispuso como se liquidaría su cuantía, en los siguientes términos:

(...) Artículo 45. A partir de la expedición de este decreto créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1º de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Se entenderá que hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha

¹⁷ C-710-96. M.P. Jorge Arango Mejía.

de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles. La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.

Artículo 46. De la cuantía de la bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados a que tienen derecho los empleados que trabajan en las entidades a que se refiere el artículo 1º de este decreto, será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a cien mil setecientos cincuenta pesos (\$100.750).

Para los demás empleados la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor conjunto de los tres (3) factores de salario señalados en el inciso anterior.

Tal derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicio¹⁸.

(...)

Particularmente para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, el Decreto 247 de 1997, creó la bonificación por servicios, de la siguiente manera:

(...) Artículo 1. Créase la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Tribunales, Juzgados, Fiscalía General de la Nación, Direcciones Ejecutivas de la Administración Judicial, Consejos Seccionales de la Judicatura y empleados de las altas Corporaciones) y la Justicia Penal Militar, en los mismo términos establecidos en los artículos 45 y siguientes del Decreto-ley 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen, la cual será exigible a partir del 1º de enero de 1997.

La Bonificación por Servicios Prestados constituirá factor salarial para efectos de determinar la prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, auxilio de cesantía y pensiones.

(...).

Por otra parte, desde la expedición del Decreto 1160 de 1947 en su artículo 6º párrafo 1º, se delineó la manera de liquidar las bonificaciones cuando estas no tenían la periodicidad mensual al señalar que: "...en el caso que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual".

¹⁸ Modificado por el Decreto 10 de 1989 en el sentido de suprimir el último inciso para desarrollarlo en un artículo denominado "Del cómputo del tiempo para la bonificación por servicios prestados".

De lo dicho, se concluye lo siguiente:

- a) La bonificación por servicios prestados constituye factor salarial para efectos pensionales.
- b) Se causa cuando el servidor cumple un año continuo de labor en la misma entidad oficial.
- c) Ese factor salarial hace parte del monto de la pensión de jubilación a reconocer a los beneficiarios del régimen especial de la Rama Judicial.
- d) El régimen especial permite la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, sin que ello signifique que su inclusión sea por el valor total porque el monto de la pensión se calcula en “**mesadas**¹⁹”.
- e) Una vez se determinan los factores salariales devengados en el último año se calcula el valor **mensual** de cada uno, para así calcular el valor de la mesada pensional.

La jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación²⁰ acorde con la naturaleza de su creación, ha señalado que la bonificación de servicios es un factor salarial para nutrir la base de liquidación pensional.

En concreto, sobre la forma como debe calcularse el ingreso base de liquidación, en la sentencia de 8 de junio de 2006, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Tarsicio Cáceres Toro, reiteró la posición jurisprudencial sostenida desde el fallo del 28 de octubre de 1993 M. P. Dolly Pedraza de Arenas, en el expediente No. 5244, en el sentido de establecer que las prestaciones anuales se deben liquidar por doceavas partes, tesis que se ha mantenido vigente como puede observarse en otras decisiones²¹.

En esa oportunidad se dijo que:

Conforme a la jurisprudencia y normatividad ya citadas, el funcionario o empleado de la Rama Judicial o del Ministerio Público que cumpla los

¹⁹ Porción de dinero u otra cosa que se da o paga todos los meses (Real Academia Española).

²⁰ En tal sentido pueden consultarse entre otros, los radicados internos: 1027-12, actor: Jorge Adalberto Gutiérrez Villada. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; 2848-12, actora: Amparo López de Osorio. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (e); 2720-13, actor: Hugo Enrique Rodríguez Baracaldo. M.P. Luís Rafael Vergara Quintero; 1420-11, actora: Ruth Amaya de Prieto. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Con las excepciones que contemplan los decretos anuales.

²¹ Pueden consultarse entre otras, radicados 1306-06, M.P. Alberto Arango Mantilla; 2569-13 y 2572-13, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; 0640-08 y 1725-13, M.P. Gerardo Arenas Monsalve; 1436-12, M.P. Alfonso Vargas Rincón; 1896-13, M.P. Bertha Lucía Ramírez; 4571-13, M.P. Luís Rafael Vergara.

requisitos del Art. 6º del Dcto. Ley 546/71 debe ser objeto del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta **el salario más alto devengado en el último año**, dentro del cual no sólo cabe el cómputo del salario básico sino los demás factores que haya percibido y tengan tal trascendencia, salvo los excluidos por mandato legal expreso.

Se precisa que se deben tener en cuenta los factores mensuales y también las no mensuales devengadas en el mes escogido que sean relevantes, sin que sea dable, por ejemplo, escoger el salario básico de un mes y otros factores de otro mes diferente. Además, cabe anotar que **como quiera que ciertos conceptos se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de éstos.** (Resaltado fuera de texto).

Para la Sala, las directrices que ofrecen tanto el decreto de creación de la bonificación por servicios prestados, como el artículo 6º Decreto 546 de 1971 y artículo 6º Decreto 1160 de 1947, sumada a la tesis jurisprudencial consolidada de la Sección Segunda de esta Corporación que indica, que su liquidación en la mesada pensional debe hacerse por doceavas partes y no por el 100% del valor recibido, por tratarse de una prestación que se causa por año cumplido, son suficientes para demostrar que el pago ordenado por la decisión cuestionada y realizado por la Caja Nacional de Previsión al señor Edgar Javier Varela Villota, excede lo debido de acuerdo a la ley, razón por la cual el recurso extraordinario debe prosperar.

Del reintegro de las sumas pagadas

La Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL EICE en liquidación, solicita que se ordene al demandado el reintegro de las sumas pagadas por concepto de la liquidación de su pensión de jubilación de acuerdo a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la sentencia de 1º de octubre de 2010, que confirmó el fallo dictado el 13 de noviembre de 2009, por el Juzgado Segundo Administrativo de Pasto.

La Sala debe señalar, previo a resolver la petición, que de ninguna manera el derecho pensional que le fue reconocido a Edgar Javier Varela Villota, ni su régimen de transición, como tampoco el régimen especial de la Rama Judicial y menos los factores salariales que hacen parte de su pensión, resultarán afectados con esta decisión. La modificación solamente se dirige hacia el porcentaje de la bonificación por servicios prestados, que debe liquidada por doceavas partes y no

con el 100% como le fue reconocido, pues como ya se ha explicado, así liquidado este factor, vulnera el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

De otro lado, para resolver el cuestionamiento del demandado sobre la improcedencia del recurso de revisión al existir una sentencia ejecutoriada, la Sala debe recordar, que el recurso extraordinario conlleva una limitación a la seguridad jurídica,²² y permite cuestionar una decisión amparada por la cosa juzgada material, siempre que resulte contraria al derecho y conforme a unas causales muy precisas, porque no se trata de reabrir un debate probatorio ni de cuestionar el criterio del juez ni la estructura interna del fallo, sino garantizar la justicia de la sentencia.²³

Ahora bien, sobre la petición de reintegro de los dineros que se pagaron en exceso al haber incluido la bonificación por servicios prestados en un porcentaje del 100%, la Sala la negará, toda vez que los pagos fueron efectuados y recibidos de buena fe, sumado, a que los efectos de la sentencia son hacia el futuro o *ex nunc*, los cuales entraran a regir transcurridos seis meses contados a partir de la notificación de la resolución que se expida por la entidad demandante en cumplimiento de esta decisión²⁴.

En orden a lo expuesto, la Sala declarará fundado el recurso interpuesto por la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL EICE en liquidación, al encontrar probada la causal invocada, es decir, al estar demostrado que la cuantía de la pensión de jubilación reconocida al señor Varela Villota excede lo debido de acuerdo a la ley al incluir en el IBL un porcentaje mayor en cuanto al factor salarial de la bonificación por servicios prestados. Bajo ese entendido, la Sala revocará parcialmente y solo respecto del factor anotado, el fallo de 1 de octubre de 2010 proferido el Tribunal Administrativo de Nariño y en su lugar, ordenará su reliquidación por doceavas partes, como se indicará en la sentencia de reemplazo.

4. SENTENCIA DE REEMPLAZO

²² Sentencia del 12 de julio de 2005, expediente REV-00143, reiterada en sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente REV-00226.

²³ Cf. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de enero de 1997, M.P. doctor Humberto Murcia Ballén y Hernando Morales Molina, Curso de derecho procesal civil. Parte General, Bogotá, Editorial ABC, 1991, págs. 685 y 686.

²⁴ De acuerdo a lo dispuesto en la sentencia de unificación SU 427-16, M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

4.1 Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Edgar Javier Varela Villota, a través de apoderado judicial, solicitó la nulidad parcial de las Resoluciones 7378 de 2003 y 6992 de 2005, que no tuvieron en cuenta para el cálculo pensional, el 100% de lo certificado por concepto de bonificación por servicios, devengado durante el último año. Asimismo, pidió el reconocimiento del silencio administrativo negativo en los términos del artículo 40 del C.C.A., respecto de la petición radicada en CAJANAL el 23 de octubre de 2006, en la cual solicitó tener en cuenta para el cálculo de la asignación mensual más elevada, una proporción del 100% de lo certificado por bonificación del servicios en el último año laborado por el actor y la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo.

A título de restablecimiento del derecho entre otros aspectos, pidió que se ordenara a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión teniendo en cuenta la bonificación por servicios prestados en un porcentaje del 100%, para con ello efectuar correctamente el nuevo cálculo con los respectivos ajustes.

Fundó sus pretensiones en el hecho de haber laborado por más de 20 años como funcionario de la Rama Judicial, y haber percibido durante el último año la bonificación por servicios en un monto mayor al liquidado. Relató, que le fue reconocida la pensión en forma transitoria mediante una acción de tutela, pero que ese factor fue fraccionado en una doceava parte, sin que fuera corregido el error por la entidad previsional, a pesar de que elevó una petición en tal sentido.

El Tribunal Administrativo de Nariño confirmó la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo de Pasto, que ordenó la liquidación y pago de la pensión de jubilación con el 100% del valor de la bonificación por servicios certificado en el último año de labor.

En cumplimiento de esa decisión, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E, profirió los actos correspondientes reliquidando la pensión.

4.2. Consideraciones de la Sala

Como quedó consignado en acápite anterior, debido a la prosperidad de la causal

invocada en el recurso extraordinario de revisión, se revocará parcialmente la sentencia de 1º de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en lo que hace referencia a la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados en la liquidación pensional del señor Edgar Javier Varela Villota.

En virtud de lo dicho, el problema jurídico consiste en definir, ¿si la bonificación por servicios prestados debe liquidarse y pagarse en porcentaje del 100% o por doceavas partes, en la pensión de jubilación del señor Edgar Javier Varela Villota, en su calidad de ex funcionario de la Rama Judicial?

La respuesta es positiva para la liquidación proporcional, y negativa para el porcentaje total de la bonificación por servicios percibida durante el último año por el ex funcionario, de acuerdo a los fundamentos ya expuestos párrafos atrás, y a los siguientes:

1. Al ser beneficiario el señor Edgar Javier Varela Villota del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener más de 40 años de edad a 1º de abril de 1994²⁵, y del especial de la Rama judicial por ser ex funcionario de la misma por más de 10 años, se le aplicó para el reconocimiento y liquidación pensional, el Decreto 546 de 1971.
2. Esa norma indica que la pensión ordinaria se calculará con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicio.
3. La bonificación por servicios prestados conforme a la interpretación normativa realizada por esta Corporación, se liquida en forma proporcional para el cálculo pensional, toda vez que, es una prestación que se causa mes a mes pasado un año de labor.
4. En consecuencia, el cómputo de la pensión de Edgar Javier Varela Villota, debe hacerse incluyendo una doceava parte del mencionado factor salarial y no el 100% del valor percibido en el tiempo certificado.

En virtud de lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia de 1º de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en tanto confirmó la decisión del Juzgado Segundo Administrativo de Pasto de ordenar, reconocer y

²⁵ Nació el 20 de febrero de 1944.

pagar la pensión del señor Edgar Javier Varela Villota, sobre un 75% del salario más alto devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios prestados, para en su lugar ordenar su inclusión por doceavas partes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. DECLÁRASE fundado el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL EICE en liquidación, contra el fallo de 1 de octubre de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, en lo atinente a la inclusión de la bonificación por servicios prestados en un porcentaje del 100%, de acuerdo a la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

SEGUNDO: En consecuencia **CONFÍRMASE** parcialmente la sentencia de 1º de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

En su lugar dispone:

ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL EICE en liquidación, o a quien haga sus veces, que profiera una nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor Edgar Javier Varela Villota, incluyendo la bonificación por servicios prestados en una doceava parte del total percibido por ese concepto en el último año de servicio, sin embargo, los efectos de la disminución en el monto de la prestación no regirán de manera inmediata, sino que entraran a regir luego de transcurridos seis meses contados a partir de la notificación de la resolución que se expedida por la entidad demandante en cumplimiento de esta providencia.

TERCERO: NIÉGUENSE las demás pretensiones.

CUARTO. Devolver a la interesada, sin necesidad de desglose, el título de depósito A5512613 del Banco Agrario, visible a folio 784 del cuaderno principal.

QUINTO. Devolver al Juzgado Segundo Administrativo de Pasto el expediente 52001-33-31-002-2007-00029-00, que fue enviado en calidad de préstamo a esta Corporación.

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

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera Ponente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Relatoria JORM