

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Procedencia / SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA CONTRA LA CUAL NO SE INTERPUSO RECURSO DE APELACION – Es procedente estudiar el recurso de apelación

“Igualmente, tampoco resulta compatible con el derecho a la igualdad y al acceso a la justicia, que se exija la interposición de un recurso de apelación como condición procesal para acceder al recurso extraordinario de revisión. Dada la naturaleza de las causales del recurso extraordinario, la mayoría referidas a hechos no conocidos al momento en que se dicta la sentencia, no resulta jurídicamente viable sujetar el ejercicio de recursos extraordinarios al uso de los de naturaleza ordinaria. Una exigencia de este tipo forzaría a que siempre fuera necesario apelar la sentencia, con el fin de dejar abierta la puerta para la eventual ocurrencia de alguna de las causales que da lugar al recurso extraordinario de revisión. Tal exigencia procesal, crea un requisito no establecido en el ordenamiento, que no solo aumenta la carga de trabajo de la jurisdicción contenciosa, encarece de manera innecesaria el acceso a la justicia, sino que desconoce la finalidad por la cual fueron establecidos los recursos extraordinarios, que no es otra que la búsqueda de la verdad material.” En conclusión, la Sala debe señalar que el recurso extraordinario de revisión procede contra las decisiones de primera instancia dictadas no solo por los tribunales sino por los jueces administrativos así no se haya interpuesto el recurso procedente, toda vez que el único requisito es que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

RECURSO DE REVISION – Art 20 Ley 197 de 2003 / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – contra sentencia que decreto reconocimiento de suma periódica / PENSION DE JUBILACION - Liquidación / LIQUIDACION PENSION DE JUBILACION – Inclusión como factor salarial el 100% de la bonificación especial o quinquenio / BONIFICACION ESPECIAL O QUINQUENIO – Antecedente jurisprudencial de incluir en la liquidación una sexta parte

La última posición de la Sala Plena de la Sección Segunda y que actualmente se encuentra vigente, fue emitida en la sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 0899-2011. M.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila, en la cual 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 $1/6$, tal y como lo estableció el Decreto 929 de 1976. En conclusión, la sentencia interpreta la norma que cobija el régimen especial de acuerdo al espíritu del Legislador, esto es, que todos los factores deben ser fraccionados por sextas partes, de manera que la bonificación no tenía por qué ser una excepción y en ese orden su liquidación también debía ser dividida por sextas partes. Debe aclararse que la tesis que modificó el porcentaje de las sextas partes al 100%, estuvo vigente solamente durante 18 meses.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Prosperidad causal invocada / RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION – Bonificación en una sexta parte / SENTENCIA DE REMPLAZO – Derecho adquirido

La conclusión a la que se arriba en las líneas precedentes de ninguna manera cuestiona la tesis jurisprudencial que le reconoció el 100% de su valor al señor Marco Antonio Peña López, ni reabre el debate surgido en la instancia que ordenó el reconocimiento de la pensión bajo los parámetros del régimen de transición dispuesto en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976 y la inclusión de los factores salariales conforme a los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978, pero si evidencia que la inclusión de ese factor en el porcentaje señalado y monto

certificado es contrario a la ley, sumado a que mantener esas condiciones financieras genera desigualdad, desproporcionalidad e inequidad frente a los funcionarios y ex empleados de la Contraloría General de la República a los cuales se les liquidó la pensión con ese factor en sextas partes. Los anteriores razonamientos son suficientes para que la Sala reconozca la prosperidad de la causal invocada, razón por la cual revocará parcialmente y solo respecto del factor anotado, el fallo de 2 de diciembre de 2010 proferido por la Sección Segunda, Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, ordenará la liquidación del mismo por sextas partes pero respecto del último valor recibido por la bonificación no acumulada, teniendo en cuenta y respetando los derechos adquiridos del demandado, por lo que los efectos de esta sentencia serán *ex nunc* o hacia el futuro, como se indicará en la sentencia de reemplazo.

SENTENCIA DE REMPLAZO – Pensión de jubilación / PENSION DE JUBILACION – Reliquidación / BONIFICACION ESPECIAL O QUINQUENIO – bonificación en el porcentaje de 1/6 / COSA JUZGADA – No inmutabilidad

En el caso *sub judice*, de ninguna manera se afectaría el derecho pensional que le fue reconocido a Marco Antonio Peña López, ni su régimen de transición así como tampoco el reconocimiento del régimen especial de la Contraloría General y menos los factores salariales que hacen parte de su pensión. La modificación solamente se dirige hacia la liquidación de la bonificación especial o “quinquenio”, que debe ser por sextas partes como todos los factores salariales y sobre el último valor recibido no acumulado, 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, la Sala debe puntualizar que el derecho pensional puede resultar afectado, dado que la liquidación del tantas veces citado factor pensional está aún bajo el control judicial del recurso extraordinario de revisión que aquí se surte, por lo que la sentencia cuestionada no tiene la inmutabilidad absoluta de la cosa juzgada y por consiguiente, es susceptible de ser modificada, eso sí bajo unos parámetros diversos a los que estudio el juez natural y sin convertirse en una tercera instancia. No obstante, para la Sala y amparando los derechos adquiridos y fundamentalmente porque el reconocimiento provino de la decisión de un juez que aplicó la tesis judicial imperante para el momento del reconocimiento de la pensión cuyo monto ya entró a su patrimonio, se ordenará la reliquidación con el porcentaje ya señalado a partir de la ejecutoria de la presente providencia, sin que el señor Marco Antonio Peña López este obligado a devolver los dineros que por tal efecto le fueron pagados. 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,

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

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

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00404-00(0863-13)

Actor: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN EICE EN LIQUIDACIÓN

Demandado: MARCO ANTONIO PEÑA LÓPEZ

Trámite: DECRETO 01 DE 1984

Acción: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

La Sala decide el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por la Caja Nacional de Previsión EICE en liquidación, contra la sentencia de 2 de diciembre de 2010, proferida por la Sección Segunda, Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, providencia que cobró ejecutoria el 27 de enero de 2011¹.

I. ANTECEDENTES

1.1. Sentencia objeto de revisión

El fallo citado resolvió entre otros aspectos, lo siguiente:

1. Se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por la Caja Nacional de Previsión Social.
2. Se ANULA parcialmente la Resolución No. 55809 del 3 de diciembre de 2007, por medio del cual se reconoció una pensión mensual vitalicia por vejez al demandante MARCO ANTONIO PEÑA LÓPEZ identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.241.469 de Bogotá, en cuanto no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre de servicios.
3. Se ANULA la Resolución No. 07291 del 16 de febrero de 2009, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante MARCO ANTONIO PEÑA LÓPEZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.241.469 de Bogotá.
4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, a efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación de MARCO ANTONIO PEÑA LÓPEZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.241.469 de Bogotá, equivalente al 75% del promedio de salarios devengados durante el último semestre de servicios, esto es, del 1º de octubre de 2007 al 30 de marzo de 2008, incluyendo además como factores salariales: asignación básica, prima técnica, bonificación especial, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad..., en la forma señalada en la parte motiva de esta sentencia, sumas que se reconocerán y cancelarán a partir del 1º de abril de 2008, aplicando los reajustes legales.

¹ folio 109 del cuaderno principal.

.....

La sala de decisión planteó como problema jurídico definir si le asistía a Marco Antonio Peña López el derecho a la reliquidación pensional, con fundamento en el Decreto 929 de 1976 y el Decreto 1045 de 1978, por haber laborado en la Contraloría General de la República desde el 17 de octubre de 1977 hasta el 31 de marzo de 2008, esto es, por 30 años, 5 meses y 29 días.

De acuerdo al material probatorio señaló, que el señor Peña López se encontraba en régimen de transición y por ende, la norma aplicable era el Decreto 929 de 1976, regulador del régimen pensional especial de los empleados y funcionarios de la Contraloría General de la República y no el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y el artículo 3º de la Ley 33 del mismo año.

También precisó que el Decreto Ley 720 de 1978² en su artículo 40, señala que constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución a sus servicios, y como la norma reguladora no los indicó, eran aplicables las disposiciones del Decreto Ley 3135 de 1968 y por remisión el Decreto 1045 de 1968, por tanto, el señor Marco Antonio Peña López era acreedor de una pensión equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre validando los siguientes factores: sueldo, prima técnica, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad en forma proporcional y la bonificación especial computada en su totalidad, efectiva a partir del 1º de abril de 2008, fecha del retiro definitivo del servicio y sin aplicar prescripción. Citó para sustentar su tesis, el radicado interno 1656-06, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado –respecto de los factores del Decreto Ley 1045 de 1978- y la sentencia de 11 de marzo de 2010, M.P. Luís Rafael Vergara Quintero – sobre la inclusión no proporcionada de la bonificación especial-.

Finalmente, ordenó el descuento de los aportes no realizados y certificados si ello no se hubiere realizado.

1.2. Fundamento del recurso de revisión

La apoderada de la entidad demandante solicitó³ que se revoque el fallo dictado el 2 de diciembre de 2010 por la Sección Segunda – Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero únicamente sobre el factor pensional que

² Régimen salarial de los servidores de la Contraloría General de la República.

³ En escrito presentado el 28 de enero de 2013.

incluyó la totalidad de lo devengado por concepto de bonificación especial o quinquenio, y, en consecuencia, se ordene al señor Marco Antonio Peña López el reintegro de las sumas canceladas por concepto de la reliquidación pensional que se concretaron en las Resoluciones Nos. 19723 de 7 de diciembre de 2011 y 39533 de 22 de marzo de 2012.

La causal invocada fue la prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003. Para sustentarla indicó que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se fundó en el cambio jurisprudencial adoptado temporalmente por la Sala Plena de la Sección Segunda de la Corporación, en sentencia de 11 de marzo de 2010, radicado No. 0091-09, M.P. Luís Rafael Vergara Quintero, que consideró que la bonificación especial o quinquenio no podía ser fraccionada al no ser viable su reconocimiento si no se cumplían los 5 años de servicios que establece el artículo 23 del Decreto 929 de 1976. No obstante, esa posición fue modificada por la misma Sala de Sección mediante providencia de 14 de septiembre de 2011, radicado No. 0899-11, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en donde se estableció que la bonificación especial para la liquidación de pensiones de la Contraloría General de la República debía computarse en forma proporcional como el resto de los factores, esto es, por sextas partes.

1.3 Contestación del recurso extraordinario

El señor Marco Antonio Peña López por medio de apoderada⁴, se opone a la prosperidad del recurso al considerar que la sentencia no fue apelada por la entidad demandada y no hizo tránsito a cosa juzgada material, conforme a lo previsto en el artículo 185 del C.C.A.

En segundo lugar, señaló que la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al dictar la sentencia, optó por la aplicación del precedente judicial vigente que ordenaba el cómputo de la bonificación especial para efectos pensionales por el 100% del valor recibido.

Por último, indicó que las mesadas recibidas en cumplimiento de la sentencia fueron pagadas y recibidas de buena fe, e insistió en que CAJANAL no interpuso el recurso de apelación que era procedente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

⁴ En escrito presentado el 12 de septiembre de 2014 (C. 1º fls. 52 a 58)

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.

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 ejecutoria de la sentencia es del 27 de enero de 2011, es decir, en vigencia del Decreto 01 de 1984.

2.2 Problema jurídico

En el presente asunto, la Sala debe determinar si en la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2010 por la Sección Segunda, Subsección “D”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se configura la causal de revisión prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, es decir, si la cuantía del derecho reconocido por bonificación especial o “quinquenio” en un 100% a Marco Antonio Peña, excede lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran aplicables.

Como problema asociado se estudiará de acuerdo a la solicitud del recurrente, si procede el recurso extraordinario contra decisiones de primera instancia sobre las cuales no se interpuso el recurso de apelación.

2.2.1 Improcedencia del recurso extraordinario

La apoderada del señor Marco Antonio Peña López en la contestación de la demanda, manifestó que el fallo solicitado en revisión fue proferido por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia y contra él no se interpuso el recurso de apelación, omisión que hace improcedente el recurso extraordinario, toda vez que

solo cabe contra sentencias de segunda instancia proferidas contra los tribunales, conforme al artículo 185 del C.C.A.

De acuerdo a ese planteamiento y como se indicó en el problema asociado, la Sala debe resolver, si es procedente conocer del recurso extraordinario de revisión cuando no se han propuesto los recursos procedentes de acuerdo con la ley.

El artículo 185 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, dispuso que “El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia” (el aparte subrayado fue declarado inexecutable por la sentencia C- 520 de 4 de agosto de 2009).

Argumentó la Corte que no existía “...un principio de razón suficiente, que justifique que una norma como la acusada, excluya a determinadas sentencias de ser revisadas mediante este recurso extraordinario, a pesar de haberse configurado una de las causales analizadas, y en esa medida resulta contraria al derecho a acceder a la justicia, al derecho a la igualdad y al debido proceso”.

En ese sentido consideró la Corte en la citada sentencia C- 520 que las providencias objeto de revisión serían las siguientes:

“(i) las dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; (ii) las dictadas en única, primera o segunda instancia por los Tribunales Administrativos y (iii) las dictadas en primera o segunda instancia por los Jueces Administrativos, cuya naturaleza permita la interposición de tal recurso”.

Particularmente sobre la obligatoriedad de interponer recursos contra las decisiones de primera instancia advirtió la referida sentencia:

“Igualmente, tampoco resulta compatible con el derecho a la igualdad y al acceso a la justicia, que se exija la interposición de un recurso de apelación como condición procesal para acceder al recurso extraordinario de revisión. Dada la naturaleza de las causales del recurso extraordinario, la mayoría referidas a hechos no conocidos al momento en que se dicta la sentencia, no resulta jurídicamente viable sujetar el ejercicio de recursos extraordinarios al uso de los de naturaleza ordinaria. Una exigencia de este tipo forzaría a que siempre fuera

necesario apelar la sentencia, con el fin de dejar abierta la puerta para la eventual ocurrencia de alguna de las causales que da lugar al recurso extraordinario de revisión. Tal exigencia procesal, crea un requisito no establecido en el ordenamiento, que no solo aumenta la carga de trabajo de la jurisdicción contenciosa, encarece de manera innecesaria el acceso a la justicia, sino que desconoce la finalidad por la cual fueron establecidos los recursos extraordinarios, que no es otra que la búsqueda de la verdad material.”

En conclusión, la Sala debe señalar que el recurso extraordinario de revisión procede contra las decisiones de primera instancia dictadas no solo por los tribunales sino por los jueces administrativos así no se haya interpuesto el recurso procedente, toda vez que el único requisito es que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

En el caso bajo análisis, el fallo cobró ejecutoria el 27 de enero de 2011, como consta en el oficio No. 291 de 15 de febrero de 2011, expedido por la Oficial Mayor del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo cual es viable conocer de fondo la demanda.

2.3 Causal de revisión invocada

La entidad demandante fundó la acción de revisión en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 *“Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”*. Esta norma estableció:

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

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables⁵.

La exposición de motivos de esta disposición⁶ advirtió que la revisión de providencias judiciales, transacciones, conciliaciones judiciales o extrajudiciales que decreten o reconozcan la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza pretende "...afrontar los graves casos de corrupción en esta materia y evitar los graves perjuicios que pueda sufrir la Nación."

La Corte Constitucional en la sentencia C-835 de 2003⁷, señaló que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 consagra una "una acción especial o sui génesis de revisión" diferenciada de la simple verificación de legalidad de las sentencias, que debe tramitarse "a través de una demanda, esto es, observando las formalidades y requisitos previstos en los prenotados estatutos para el recurso extraordinario de revisión".

Por su parte, el inciso 1º del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 restringió las autoridades o sujetos legitimados para interponer los recursos extraordinarios de revisión contra sentencias, conciliaciones y transacciones que hayan decretado o acordado reconocimientos que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza al Gobierno Nacional, Contralor General de la República y Procurador General de la Nación, dejando por fuera a las partes hicieron parte del proceso inicial.

A pesar de que la norma indicó los sujetos activos de la acción de revisión, el numeral 6º del artículo 6 del Decreto 5021 de 2009, señaló como una de las funciones de la UGPP "Adelantar o asumir, cuando haya lugar, las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 o normas que la adicionen o modifiquen", así lo entendió la Sección Segunda en diversas decisiones⁸, al aceptar a la UGPP como actor del recurso extraordinario de revisión.

2.4. Resolución del caso concreto

⁵ Subraya del recurso.

⁶ Visible en la en la Gaceta del Congreso 350 del 23 de agosto de 2003.

⁷ Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁸ Bogotá DC, veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00500-00(1587-14), Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, Demandado: MARIO CASTILLO CRUZ; M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Este auto rectificó la posición anterior y a partir de él, se reconoció también a la UGPP como entidad actora.

La UGPP solicitó la revocatoria parcial de la sentencia proferida por el Tribunal de Cundinamarca, Subsección D, el 2 de diciembre de 2010, dentro del radicado No. 250002325000200900528 01, actor Marco Antonio Peña López, por considerar que no debió ordenarse en su liquidación pensional la bonificación especial o quinquenio en un 100%, sino que debe liquidarse conforme a la tesis jurisprudencial vigente y actual de la Sección Segunda que hace referencia a su liquidación por sextas partes. Para tal fin invocó el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, es decir, que para la prosperidad de la causal se debe demostrar que la cuantía que le fue reconocida al ex funcionario Peña López, excede lo que debía recibir de acuerdo a la ley.

Para resolver el problema jurídico, esta Subsección citará y transcribirá lo pertinente a las tesis jurisprudenciales que la Sección Segunda de esta Corporación ha desarrollado sobre la inclusión del quinquenio o bonificación en el régimen especial de la Contraloría General de la República; en segundo lugar, las decisiones de la Corporación sobre asuntos similares y por la vía del recurso que aquí se analiza; en tercer lugar, una presentación comparativa entre la liquidación de la pensión del señor Marco Antonio Peña López, en donde se incluya como factor pensional la bonificación especial con el 100% y otra, en donde se liquide el quinquenio por sextas partes, con el objeto de demostrar las condiciones financieras y el impacto fiscal que causa la diferencia en el régimen de las pensiones; para finalizar, con la decisión del recurso interpuesto.

3.2.1. Antecedentes jurisprudenciales de la Sección Segunda sobre la bonificación especial o quinquenio de la Contraloría General de la República

Antes de exponer los criterios jurisprudenciales sobre el porcentaje de liquidación de la bonificación especial o quinquenio en materia pensional, la Sala debe recordar que los funcionarios de la Contraloría General de la República gozan de un sistema especial del cual son beneficiarios quienes que se encuentran en régimen de transición que conforme a los lineamientos del Decreto 929 de 1976, son aquellos que han cumplido 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.

El Decreto 929 de 1976 no dispuso reglas expresas sobre los factores salariales sino que remitió al Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan, “en cuanto no se opongan al texto y finalidad del presente decreto”. La jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación en línea consolidada,

definió que los factores para liquidar las pensiones en aplicación del régimen de la Contraloría General de la República son los previstos en el art. 45 del Decreto 1045 de 1978 y en el art. 40 del Decreto 720 de 1978, bajo el entendido que los factores allí enunciados no son taxativos⁹.

El quinquenio fue previsto en el artículo 23 del Decreto 929 de 1976 de la siguiente manera:

“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”.

Ahora bien, desde la sentencia del 17 de Octubre de 1992, expediente No. 12403, M.P. Dolly Pedraza de Arenas¹⁰, se precisó el carácter de factor salarial de 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 tenían derecho a que la citada bonificación integrara su base de liquidación pensional, en caso de haberse devengado en el último semestre de servicios.

Puntualmente sobre la materia que concierne al tema del recurso, esto es, el porcentaje de liquidación de la bonificación especial como factor pensional, la Sección Segunda ha tenido las siguientes posiciones, a saber:

La primera tesis que estuvo vigente¹¹ hasta el cambio jurisprudencial del año 2010, sostenía que para efectos de determinar la base de liquidación pensional con inclusión de la bonificación especial, quinquenio, tenía que calcularse de manera proporcional, esto es, mes a mes durante el semestre que comprende el período para definir el monto de la prestación pensional.

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 teoría de que dicha bonificación especial sólo podía incluirse como factor salarial

⁹Se propuso esta tesis en la sentencia del 12 de junio de 1997, expediente N° 14013, actor: Ismael Enrique Murcia Ballén, Magistrada Ponente: Clara Forero de Castro y a partir de allí fue pacífica.

¹⁰ “A juicio de la Sala la anterior disposición le está dando en forma retrospectiva un tratamiento de factor salarial a la bonificación especial o quinquenio. No de otra manera puede interpretarse el significado de dicha disposición que regula para el futuro, o mejor modifica una situación legal que dio por preexistente; así se considera, por cuanto la naturaleza especial que poseen las normas jurídicas implica que sus ordenamientos están destinados a producir efectos jurídicos.

En consecuencia, como la censora se vinculó laboralmente a la Contraloría General de la República con anterioridad al primero de enero de 1992, la prohibición del artículo 14 del Decreto 48 de 1993 de considerar como factor salarial para cualquier efecto legal lo que se reciba como quinquenio no le es aplicable...”

¹¹ Expediente No. 14486, M.P. Dolly Pedraza Arenas.

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. Así expuso textualmente:

“La forma como fue concebida la bonificación especial en la norma (art. 23 Dto. 929/76) que consagró como su fundamento el hecho de cumplir un periodo de cinco años al servicio de la Institución y si a disposición contenida en el artículo 7º *ibídem*, transcrito en párrafos antecedentes, señaló que la pensión ordinaria de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, debe entenderse que se promedia lo que es susceptible de tal operación, pero lo que no es pasible de ser fraccionado se incluye integralmente.

...

Por ello, si el derecho a percibir la bonificación especial se consolidó en el último semestre laborado, debe computarse en su totalidad, lo contrario pugnaría con el derecho de empleado que ha cumplido cinco años de servicios y ve frustrada la opción que le dio la ley de incluirla en el cómputo pensional, pese a que, se repite, su exigencia sólo surge el día que se cumple con el lapso de permanencia señalado en la norma.

...

De esta manera, la Sala replantea la tesis contenida en fallos en los que se había decidido promediar los factores salariales computables en la pensión de los empleados de régimen especial de la Contraloría General de la República.”

La última posición de la Sala Plena de la Sección Segunda y que actualmente se encuentra vigente, fue emitida en la sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 0899-2011. M.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila, en la cual 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, tal y como lo estableció el Decreto 929 de 1976. Textualmente señaló:

“Sin embargo dicho planteamiento, -la sentencia referida en los párrafos anteriores- ha sido objeto de diversas interpretaciones, prueba de ello, son los diferentes puntos de vista que se evidencian en las decisiones proferidas por los Tribunales Administrativos del país, pues hay quienes sostienen que la bonificación se debe incluir de manera proporcional, y otros quienes aseguran, que debe ser tenida en cuenta en su totalidad; por lo anterior, es que se hace inevitable, por parte de la Sala, indicar los parámetros necesarios a tener en cuenta al momento de liquidar este factor.

...

Si bien es cierto se debe tomar en cuenta la última bonificación especial en su totalidad para reliquidar la pensión, ello no es óbice para que ésta se fraccione en sextas partes, tal y como lo estableció el mismo Decreto 929 de 1976.

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 aún 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*.

...

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”

En conclusión, la sentencia interpreta la norma que cobija el régimen especial¹² de acuerdo al espíritu del Legislador, esto es, que todos los factores deben ser fraccionados por sextas partes, de manera que la bonificación no tenía por qué ser una excepción y en ese orden su liquidación también debía ser dividida por sextas partes.

Debe aclararse que la tesis que modificó el porcentaje de las sextas partes al 100%, estuvo vigente solamente durante 18 meses.

3.2.2. Posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado en el recurso extraordinario de revisión en torno al literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y particularmente sobre la variación jurisprudencial de la Sección Segunda respecto de la inclusión del porcentaje como factor salarial en la base pensional de los empleados de la Contraloría General de la República.

Las diferentes Salas Transitorias¹³ han resuelto los recursos extraordinarios de revisión presentados por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPPP”, en donde se ha cuestionado la liquidación pensional de ex funcionarios de la Contraloría General de la República en las cuales se incluyó como factor en un 100% la bonificación especial o “quinquenio”, atendiendo la posición jurisprudencial de 11 de marzo de 2010. Rad. 0091-09 M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, que imperaba en ese momento, recursos que se han negado con la siguiente argumentación:

¹² Decreto 929 de 1976.

¹³ Integradas por medio del Acuerdo No. 321 de 2014.

- Radicado 11001-03-15-000-2013-0057-00, sentencia de 7 de abril de 2015, M.P. Alberto Yepes Barreiro:

“En este contexto, es importante advertir que no basta que el juez haya empleado interpretaciones diversas o el cambio de estas para que se justifique la procedencia de la causal a la que recurrió la entidad recurrente, pues se debe demostrarse que una u otra es contraria a la ley, asunto que no se demostró en el vocativo de la referencia.

La sola modificación de criterio por parte del juez natural en un punto de derecho, no puede hacer viable la procedencia de la causal que fue empleada en este caso, pues por esa vía, tendría que admitirse que la acción de revisión es procedente frente a todas aquellos fallos en que el Tribunal u órgano de cierre cambie o modifique los parámetros que venía aplicando para resolver un determinado problema jurídico, hecho que desnaturalizaría esta acción, pues ha de entenderse como un remedio excepcional y no para volver sobre un punto decidido, porque este es contrario a la nueva postura del juez o Tribunal.

...

En ese orden, la causal alegada requiere que se demuestre el desconocimiento de la ley, presupuesto que se echa de menos en el caso en estudio, pues la entidad recurrente se limitó a reseñar el cambio que se produjo en el criterio del juez para resolver casos similares, pero no sustentó las razones por la que la interpretación que hizo la Sección Segunda en un determinado período fuera contraria a los preceptos que eran objeto de exégesis.”

- Radicado No. 11001031500020140036200 de 5 de abril de 2016, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz:

“A juicio de la Sala, el presente caso no puede encuadrarse en la causal invocada por la entidad demandante, porque la reliquidación ordenada en la sentencia objeto de revisión, se adecuó totalmente a lo dispuesto en el Decreto 929 de 1976 y 720 de 1978., régimen especial para los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, en concordancia con lo establecido por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en cuanto a la forma de liquidar los factores salariales que debían tenerse en cuenta, se ciñó a las directrices impartidas en la jurisprudencia del Consejo de Estado que era aplicada en el momento en que se ordenó la reliquidación de la pensión, es decir, tomando el quinquenio de manera integral y no proporcionalmente.

...

Ahora bien, aunque la misma Sección Segunda unificó su jurisprudencia recogiendo la tesis anterior para señalar que la inclusión del quinquenio en la base de la liquidación de la pensión debía hacerse de manera proporcional, ello no hace procedente la revisión de la pensión en el presente caso, comoquiera que la causal alegada exige para su configuración, que el reconocimiento del derecho exceda lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicable y en el subjuicio, como antes se señaló, la entidad aplicó el precepto legal y la tesis jurisprudencial vigente al momento de reconocer el derecho.

De igual forma, debe considerarse que en caso de acceder a lo solicitado, se desconocería el principio de seguridad jurídica, porque equivaldría a aplicar la jurisprudencia de manera retroactiva y obligaría a que en cada oportunidad que se produzca un cambio jurisprudencial se modifiquen los derechos adquiridos conforme a las normas legales vigentes al momento de su reconocimiento, interpretación que rigió incluso cuando el caso se conoció en primera instancia.”

En ambas decisiones se concluyó que para la prosperidad de la causal no era suficiente el cambio jurisprudencial, sino que debe demostrarse si el monto reconocido excede lo debido de acuerdo a la ley, pacto o convención colectiva.

3.2.3 Liquidaciones pensionales del señor Marco Antonio Peña López. La primera, con la inclusión del 100% de la bonificación especial de acuerdo a la sentencia objeto del presente recurso y la segunda, con la sexta parte del quinquenio de acuerdo a la tesis jurisprudencial vigente.

Las liquidaciones pensionales que se van a exponer tienen como objetivo mostrar el impacto financiero de la pensión en uno y otro caso, teniendo como hecho probado que el señor Peña López, era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que nació el 15 de marzo de 1952, y prestó sus servicios en la Contraloría General de la República desde el 17 de octubre de 1977 hasta el 30 de marzo de 2008, por lo que era acreedor al reconocimiento de la pensión en los términos del régimen especial previsto en la Ley 929 de 1976, artículo 7º.

1. Liquidación de la pensión incluida la bonificación con el 100%, que corresponde al acto administrativo contenido en la Resolución No. UGM 039533 de 22 de marzo de 2012 emitido por la Caja de Previsión CAJANAL E.I.C.E en liquidación¹⁴, de acuerdo a la sentencia de 2 de diciembre de 2010, objeto de revisión:

| AÑO | FACTOR | VALOR ACUMULADO | VALOR IBL | VALOR IBL ACTUALIZADO |
|------------|-----------------------|------------------------|------------------|------------------------------|
| 2007 | Asignación básica mes | 6,421,920.00 | 6,421,920.00 | 6,421,920.00 |
| 2007 | Prima técnica | 2,568,768.00 | 2,568,768.00 | 2,568,768.00 |
| 2008 | Bonificación especial | 20.847,347 | 20.847,347. | 20.847,347. |
| 2008 | Asignación básica mes | 7,495,509.00 | 7,495,509.00 | 7,495,509.00 |
| 2008 | Prima de navidad | 4,893.582.40 | 4,893.582.40 | 4,893.582.40 |
| 2008 | Prima de servicios | 3,926,387.00 | 3,926,387.00 | 3,926,387.00 |
| 2008 | Prima de vacaciones | 2,694,261.00 | 2,694,261.00 | 2,694,261.00 |
| 2008 | Prima técnica | 2,998,203.00 | 2,998,203.00 | 2,998,203.00 |

Total: \$ 51.845.977.40

¹⁴ Fl. 302-304 del cuaderno principal.

Pensión: \$8, 640,996.23 *75% = \$6, 480,747.17

2. Por su parte, si la liquidación se hiciera con la sexta parte del valor del quinquenio la liquidación sería así:

| AÑO | FACTOR | VALOR ACUMULADO | VALOR IBL | VALOR IBL ACTUALIZADO |
|------------|-----------------------|------------------------|------------------|------------------------------|
| 2007 | Asignación básica mes | 6,421,920.00 | 6,421,920.00 | 6,421.920.00 |
| 2007 | Prima técnica | 2,568,768.00 | 2,568,768.00 | 2,568,768.00 |
| 2008 | Bonificación especial | 3,474,557.83 | 3,474,557.83 | 3,474,557.83 |
| 2008 | Asignación básica mes | 7,495,509.00 | 7,495,509.00 | 7,495,509.00 |
| 2008 | Prima de navidad | 4,893.582.40 | 4,893.582.40 | 4,893.582.40 |
| 2008 | Prima de servicios | 3,926,387.00 | 3,926,387.00 | 3,926,387.00 |
| 2008 | Prima de vacaciones | 2,694,261.00 | 2,694,261.00 | 2,694,261.00 |
| 2008 | Prima técnica | 2,998,203.00 | 2,998,203.00 | 2,998,203.00 |

Total: \$34.473.188,20

Pensión: \$5.745.531.37* 75% = \$ 4.309.148.53

La liquidación de contraste demuestra una diferencia mensual de \$ 2.171.598.64, que al año asciende a \$ 26.059.183.70., y desde el momento en que le fue reconocida la pensión, esto es, año 2008 y hasta el presente año, 2016, el monto suma \$ 208.473.470, oo. (No se tienen en cuenta los incrementos de ley, sino que es una sencilla operación matemática con los reconocimientos estables).

Bajo esa perspectiva la pregunta a resolver es ¿si esa cuantía mensual que excede lo reconocido frente a la posición jurisprudencial vigente, es contraria a la ley y por lo tanto da lugar a la prosperidad de la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003?

La respuesta es positiva y la operación matemática así lo demuestra. En efecto, mantener el reconocimiento de la pensión con el factor de la bonificación especial o quinquenio en un porcentaje del 100% contraría la tesis unificada de la Sección Segunda que se encuentra vigente desde el 11 de septiembre de 2011 y que conforma un todo normativo con el Decreto 929 de 1976 en lo que respecta a su interpretación de la norma para efectos de liquidar la bonificación especial o

“quinquenio¹⁵, de manera que la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, estaría probada.

La conclusión a la que se arriba en las líneas precedentes de ninguna manera cuestiona la tesis jurisprudencial que le reconoció el 100% de su valor al señor Marco Antonio Peña López, ni reabre el debate surtido en la instancia que ordenó el reconocimiento de la pensión bajo los parámetros del régimen de transición dispuesto en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976 y la inclusión de los factores salariales conforme a los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978, pero si evidencia que la inclusión de ese factor en el porcentaje señalado y monto certificado es contrario a la ley, sumado a que mantener esas condiciones financieras genera desigualdad, desproporcionalidad e inequidad frente a los funcionarios y ex empleados de la Contraloría General de la República a los cuales se les liquidó la pensión con ese factor en sextas partes.

Los anteriores razonamientos son suficientes para que la Sala reconozca la prosperidad de la causal invocada, razón por la cual revocará parcialmente y solo respecto del factor anotado, el fallo de 2 de diciembre de 2010 proferido por la Sección Segunda, Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, ordenará la liquidación del mismo por sextas partes pero respecto del último valor recibido por la bonificación no acumulada, teniendo en cuenta y respetando los derechos adquiridos del demandado, por lo que los efectos de esta sentencia serán *ex nunc* o hacia el futuro, como se indicará en la sentencia de reemplazo.

4. SENTENCIA DE REEMPLAZO

4.1 Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Marco Antonio Peña López, a través de apoderado judicial solicitó la nulidad de la Resolución No. 55809 de 3 de diciembre de 2007, emitida por la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E, por la cual le fue reconocida la pensión vitalicia por vejez, como ex funcionario de la Contraloría General de la Nación, sin tener en cuenta el promedio de los factores de salario devengados en los últimos 6

¹⁵ ” Como lo sostuvo el salvamento de voto del Dr. Hugo Bastidas Bárcenas en el Expediente 11001031500020140036200, M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. “A mi juicio, la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda, al definir la forma en que debe interpretarse el Decreto 929 de 1976 (en lo que tiene que ver con la inclusión del quinquenio), viene a formar parte del propio decreto. Esto es, dicha sentencia y el decreto se integran en un mismo cuerpo normativo, en cuanto queda así definida la forma de incluir el quinquenio al liquidar la pensión”.

meses y la Resolución No. 07291 de febrero 16 de 2009, que niega el reconocimiento pago y reliquidación.

A título de restablecimiento entre otros aspectos, solicitó se ordenara a la entidad demandada la reliquidación y pago de la pensión calculada con el 75% de todos los factores de salario devengados en los últimos 6 meses de servicio, como asignación básica y el 100% de lo certificado y pagado por concepto de prima técnica, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados y bonificación especial e indemnización por vacaciones recibidas en dinero.

Fundó sus pretensiones en el hecho de haber laborado por más de 20 años al servicio de la Contraloría General de la República, configurando su estatus pensional el 15 de marzo de 2007 y retirándose definitivamente del servicio el 1º de abril de 2008.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” en la sentencia objeto de este recurso, le reconoció a Marco Antonio Peña López, una pensión de jubilación con el régimen de transición y el especial de la Contraloría General de la República, de acuerdo a los factores salariales percibidos durante el último semestre y ordenó su liquidación incluyéndolos fraccionados por sextas partes, menos la bonificación especial o “quinquenio” que fue incluida con el 100%.

En cumplimiento de esa decisión, el Liquidador profirió las Resoluciones No. 19723 de 7 de diciembre de 2011 y 39533 de 22 de marzo de 2012, reliquidando la pensión.

4.2. Consideraciones de la Sala

Como quedó consignado en el acápite anterior, debido a la prosperidad de la causal invocada en el recurso extraordinario de revisión, se infirmará parcialmente la sentencia de 2 de diciembre de 2010, proferida por la Sección Segunda, Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en lo que hace referencia a la bonificación especial o “quinquenio” y solo para ordenar que se incluya como factor salarial en la liquidación pensional del señor Marco Antonio Peña López, en la misma proporción de todos los demás factores salariales, es decir, por sextas partes y no por el 100% como allí se dispuso.

En virtud de lo dicho, el problema jurídico en este caso consiste en definir, si la bonificación especial o “quinquenio” debe incluirse en forma proporcional a los demás factores salariales en el reconocimiento de una pensión de jubilación para un ex funcionario de la Contraloría General de la República, es decir, por sextas partes.

El fundamento de esta decisión no es otro que el criterio expuesto en la sentencia de unificación de la Sección Segunda de 14 de septiembre de 2011, M.P. Víctor Hernando Alvarado que se transcribió en un aserto anterior y que se encuentra vigente, que básicamente consiste en que la bonificación debe considerarse como un factor más y por ende, sin importar si se pagan acumulados los quinquenios, solo debe tenerse en cuenta el que corresponde al devengado en el último semestre y dividirlo en sextas partes como los otros factores que nutren la pensión.

Tal interpretación es adecuada al fin de la norma y no tiene por qué diferir en su liquidación respecto de los demás factores salariales, dado que implicaría como se ha sostenido a lo largo de esta decisión, que la pensión reconocida sea artificialmente elevada con un valor absoluto en detrimento de los demás usuarios del Régimen Pensional, generando desigualdad y desproporción en las demás pensiones de los ex empleados y ex funcionarios de la Contraloría General de la República a quienes se les liquidó la bonificación por sexta parte.

El reconocimiento de los factores salariales para efectos de la pensión por sextas partes fue concebido de esa manera en el artículo 7º en concordancia con el 23º del Decreto 929 de 1976¹⁶, de la siguiente manera:

“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.”

Esta lectura y no otra es la que debe primar frente a la bonificación especial en el reconocimiento pensional de los beneficiarios del régimen especial de la Contraloría General de la República que, como ya se dijo, conforma un todo normativo con la regla precedentemente citada.

¹⁶ Por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares.

Bajo ese entendimiento, mediante este fallo se infirmará la sentencia objeto de control y se ordenará que se modifiquen las resoluciones que dieron cumplimiento a la sentencia del tribunal, para liquidar la bonificación especial o “quinquenio” por sextas partes y solo respecto del último valor recibido por la bonificación no acumulada, y, no por el 100% como allí se hizo.

De otro lado, como se señaló párrafos atrás, los efectos de esta sentencia serán *ex nunc* o hacia el futuro, con el objeto de proteger los derechos adquiridos del señor Marco Antonio Peña López, que fueron reconocidos bajo la orden de un juez y conforme a una tesis jurisprudencial que se encontraba vigente.

4.3 De los derechos adquiridos

El concepto de derechos adquiridos ha tenido una gran evolución doctrinal y jurisprudencial, pero siempre ha buscado la protección del ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone ante todo tipo de autoridad.

La Corte Constitucional de manera reiterada los ha definido así¹⁷:

“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente. En este sentido, el artículo 58 de la Carta es preciso al afirmar que ‘se garantizarán la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’; al igual que, en materia laboral, el artículo 53 resulta expreso cuando señala que ‘la ley, los contratos, los acuerdos y los convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.’”

En materia pensional estos derechos están protegidos a partir del artículo 48 Superior incluida la reforma introducida por el acto legislativo No. 1 de 2005, que según la Corte Constitucional, no puede afectar la existencia misma del derecho a la pensión¹⁸.

En el caso *sub judice*, de ninguna manera se afectaría el derecho pensional que le fue reconocido a Marco Antonio Peña López, ni su régimen de transición así como tampoco el reconocimiento del régimen especial de la Contraloría General y menos los factores salariales que hacen parte de su pensión. La modificación solamente se dirige hacia la liquidación de la bonificación especial o “quinquenio”,

¹⁷ C-314 de 200, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; aclaración de voto del magistrado Alfredo Beltrán Sierra; salvamento parcial de voto de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández; salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería.

¹⁸ C-258-13 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que debe ser por sextas partes como todos los factores salariales y sobre el último valor recibido no acumulado, 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, la Sala debe puntualizar que el derecho pensional puede resultar afectado, dado que la liquidación del tantas veces citado factor pensional está aún bajo el control judicial del recurso extraordinario de revisión que aquí se surte, por lo que la sentencia cuestionada no tiene la inmutabilidad absoluta de la cosa juzgada y por consiguiente, es susceptible de ser modificada, eso sí bajo unos parámetros diversos a los que estudio el juez natural y sin convertirse en una tercera instancia. No obstante, para la Sala y amparando los derechos adquiridos y fundamentalmente porque el reconocimiento provino de la decisión de un juez que aplicó la tesis judicial imperante para el momento del reconocimiento de la pensión cuyo monto ya entró a su patrimonio, se ordenará la reliquidación con el porcentaje ya señalado a partir de la ejecutoria de la presente providencia, sin que el señor Marco Antonio Peña López este obligado a devolver los dineros que por tal efecto le fueron pagados.

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: INFÍRMESE PARCIALMENTE la sentencia de 2 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "D". En su lugar se dispone:

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la sentencia de 2 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "D", en lo referente a la orden de liquidar la bonificación especial o quinquenio en un 100%, para que se incluya en forma proporcional o por sexta parte como los demás factores salariales y conforme a lo expuesto en esta providencia. La entidad demandada o quien haga sus veces, deberá hacer los ajustes pertinentes en las resoluciones de reconocimiento de la pensión del señor Marco Antonio Peña López y los efectos son *ex nunc*, como fue señalado en la parte motiva,

TERCERO: NIÉGUENSE las demás pretensiones.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera Ponente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Relatoria JORM