

SALARIO – Concepto / SUELDO – Concepto /SALARIO - Factores

Se llamó sueldo en la Ley 83 de 1931, 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 pública. 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 formalidad. El Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 42, indica que forman parte del salario además de la asignación básica mensual, 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 no. 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 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 salario.

FUENTE FORMAL: LEY 83 DE 1931

PRESTACIONES SOCIALES – Finalidad / SALARIO - Finalidad / PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL EMPLEADOR / PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

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.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 20 LITERAL B

BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN – No es factor salarial / PENSIÓN DE JUBILACIÓN / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN –

Pago pensional excede lo consagrado en la ley

La bonificación especial de recreación es una prestación social creada por el Decreto 451 de 1984, como un pago complementario a todo empleado público que se reconoce cuando se le decretan sus vacaciones en cuantía equivalente a 2 días de la asignación básica mensual que se pagará antes del disfrute del descanso remunerado. Se erigió entonces como un factor de recreación no salarial para ningún efecto legal y con esa naturaleza se ha mantenido en cada uno de los decretos que año a año expide el Gobierno Nacional con base en la Ley 4ª de 1992, en los cuales fijan las escalas de remuneración de los empleados públicos. Para la Sala, la claridad normativa que ofrece el decreto de su creación así como los decretos gubernamentales expedidos anualmente, sumado a la tesis jurisprudencial consolidada de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el carácter no salarial de la bonificación especial por recreación, son suficientes para demostrar que el pago ordenado por la decisión cuestionada, y realizado por la UGPP, al señor John Marlon Ferrer Olivares, excede lo debido de acuerdo a la ley, razón por la cual el recurso extraordinario debe prosperar. **NOTA DE RELATORIA:** Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, Rad. 0112-09, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P., Víctor Hernando Alvarado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUB SECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá D. C., veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01384-00(3497-13)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP

Demandado: JHON MARLON FERRER OLIVARES

Medio de Control: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.
Trámite: 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 Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, contra la sentencia de 18 de agosto de 2011, proferida

por la Sección Segunda, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, providencia que cobró ejecutoria el 22 de septiembre de 2011¹.

I. ANTECEDENTES

1.1. Sentencia objeto de revisión

El fallo referenciado resolvió entre otros aspectos, lo siguiente:

1º: CONFÍRMASE la sentencia de veintiséis (26) de julio de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor John Marlon Ferrer Olivares contra la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, conforme a la parte motiva.

...

La Sala de Decisión plantea como problema jurídico, determinar si el señor John Marlon Ferrer Olivares tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio en la Aeronáutica Civil, de conformidad con la Ley 7ª de 1961, el Decreto 1372 de 1966 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; o si por el contrario, debe liquidarse de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Luego de analizar las normas que amparan el régimen especial de jubilación y aquellas que gobiernan el régimen general, para el caso concreto definió que si bien el actor no estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque a 1º de abril de 1994 tenía 28 años de edad y 9 de servicios, si le resultaba aplicable el de transición previsto en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, toda vez que para el 18 de julio de 2003 contaba con 958 semanas cotizadas y se encontraba incorporado a la planta de personal del sector técnico aeronáutico, en calidad de controlador de tránsito aéreo.

En ese orden de ideas, concluyó que le resultaba aplicable el régimen especial contemplado en la Ley 7ª de 1961 y el Decreto 1372 de 1996, por lo cual se le

¹ Folio 207 del cuaderno del recurso extraordinario de revisión.

debía reliquidar la pensión con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de prestación de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales devengados entre el 12 de abril de 2006 y el 12 de abril de 2007, de manera integral en virtud del principio de inescindibilidad que impide la aplicación fraccionada de disposiciones diversas a un caso concreto.

1.2. Fundamento del recurso de revisión

La apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP², solicita que se revoque el fallo dictado el 18 de agosto de 2011 por la Sección Segunda, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que confirmó el fallo proferido por el Juzgado 12º Administrativo de Descongestión de Bogotá el 26 de julio de 2010 y, en consecuencia, se declare que debe excluirse de la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del señor John Marlon Ferrer Olivares, el valor correspondiente a la bonificación por recreación, por cuanto no constituye factor salarial. Pide también que se le condene a reintegrar los valores cancelados por “la prima de riesgo”.

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

Como sustento de la causal indicó que el tribunal de manera desacertada ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante incluyendo el valor de la bonificación especial por recreación cuando esta no es un factor salarial porque no es una contribución directa del trabajo desempeñado por el servidor público, sino que se ocasiona en razón de las vacaciones y además, la normatividad expresamente ha indicado que no es un factor salarial.

1.3 Contestación del recurso extraordinario

El señor John Marlon Ferrer Olivares por medio de apoderada, se opuso a la prosperidad del recurso al considerar que la bonificación especial de recreación fue tomada como factor salarial para efectos de la liquidación toda vez que con

² En escrito presentado el 11 de septiembre de 2013, visible a folios 247-256 del cuaderno del recurso extraordinario.

base en ese factor se hicieron los descuentos para los aportes de salud y pensión y además, se encuentran certificados en los haberes de 2006 y 2007.

Como petición especial solicitó, que en caso de que se revoquen los fallos dado que el ingreso mensual se disminuiría notablemente los valores que resulten a su cargo se hagan a través de descuento por nómina de manera mensual.

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.

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, no obstante, como dos de los integrantes de la Subsección B, doctores Cesar Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter se encuentran impedidos como consta en acta, la Sala se conformará con los magistrados de la Subsección A, doctores William Hernández Gómez y Gabriel Valbuena Hernández.

El recurso se analizará bajo los presupuestos del Código Contencioso Administrativo, toda vez que la sentencia recurrida quedó ejecutoriada el 22 de septiembre de 2011, 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 18 de agosto de 2011 por la Sección Segunda, Subsección B 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, por haber incluido en la reliquidación pensional del señor John Marlon Ferrer Olivares, la bonificación especial por recreación, como factor salarial.

2.3. Resolución del Caso concreto

La apoderada del señor John Marlon Ferrer Olivares, 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 recreación como factor salarial cuando ese reconocimiento no tiene esa naturaleza, lo que genera que la cuantía del derecho reconocido exceda lo debido de acuerdo a la ley.

Veamos las órdenes judiciales que llevaron a la expedición del acto de cumplimiento:

1. El Juzgado 12º Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá con base en la certificación expedida por el jefe de grupo de situaciones administrativas de la Dirección de Talento Humano de la Aeronáutica Civil, detalló lo devengado por el actor entre el 13 de abril de 2006 a 12 de abril de 2007, de la siguiente manera:

Sueldo básico

Sueldo básico retroactivo

Vacaciones en tiempo

Prima de vacaciones

Bonificación servicios prestados

Bonificación semestral

Prima de navidad

Bonificación especial por recreación

Prima de dirección

Prima de dirección retroactivo

Sobresueldo

Sobresueldo retroactivo

Aclaró el juez, que los factores relacionados debían ser la base de la liquidación pensional y no los indicados en la Resolución 00001 de 14 de enero de 2000, que solo incluyó: asignación básica, dominicales y feriados, horas extras diurnas ordinarias, bonificación servicios prestados, sobresueldo, recargo nocturno dominical, compensatorio dominical, horas extras nocturnas ordinarias y dominicales y horas extras diurnas dominicales, en consonancia ordenó que se tuvieran en cuenta: la prima de vacaciones, bonificación semestral, prima de navidad, bonificación especial por recreación y la prima de dirección.

2. Por su parte, la sentencia objeto de recurso, señaló que de acuerdo con la copia de los reportes de nómina de 11 de mayo de 2007, los factores salariales devengados entre abril de 2006 y abril de 2007 fueron: sueldo básico, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, bonificación especial por recreación, prima de dirección y sobresueldo, por consiguiente, al ser beneficiario del artículo 6º del Decreto 1372 de 1996, debía reconocérsele a John Marlon Ferrer Olivares, la pensión con el 75% del salario devengado durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores ya señalados; análisis que lo que llevó a confirmar la sentencia de primera instancia en forma integral.

Para dar cumplimiento al fallo referido, la Caja Nacional de Previsión CAJANAL EICE, profirió la Resolución UGM 056610 de 28 de septiembre de 2012³, reliquidando la pensión de vejez de John Marlon Ferrer Olivares, con la inclusión de todos los factores salariales señalados en la sentencia, de los cuales hace parte la bonificación por recreación, por valor de \$227.102, oo, para un total de IBL de \$20.439.130 pesos moneda corriente, de cuya suma se liquida el 75% para un total efectivo de \$4.143.426.

Con la certeza de que la bonificación por recreación hizo parte del ingreso base de la reliquidación del actor, se revisará su naturaleza para definir si es o no un factor salarial.

De la bonificación especial por recreación

A efecto de referirnos a la bonificación por recreación, la Sala considera necesario precisar algunos conceptos que se originan en la relación laboral, como son el sueldo, salario, factor salarial y prestaciones sociales.

³ Folios 219 vuelto a 223 del cuaderno del recurso.

Se llamó sueldo en la Ley 83 de 1931⁴, 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 pública⁵.

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 formalidad⁶.

El Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 42⁷, indica que forman parte del salario además de la asignación básica mensual⁸, 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 no⁹.

⁴ Artículo 24. *Los sueldos y salarios deberán ser pagados por periodos iguales y vencidos, en moneda legal...*

⁵ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado No. 705-1995.

⁶ *Derecho Administrativo Laboral*, Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Grupo Editorial Ibáñez, segunda reimpresión. 2013, pág.234.

⁷ *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.*

⁸ 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.

⁹ *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.*

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 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 salario¹⁰.

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.

Para aterrizar el asunto bajo estudio, debe recordarse que la bonificación especial de recreación es una prestación social creada por el Decreto 451 de 1984¹¹, como

¹⁰ C-710-96. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹¹ARTÍCULO 3. Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación, tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

Mientras se crean en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación.

un pago complementario a todo empleado público que se reconoce cuando se le decretan sus vacaciones en cuantía equivalente a 2 días de la asignación básica mensual que se pagará antes del disfrute del descanso remunerado.

Se erigió entonces como un factor de recreación no salarial para ningún efecto legal y con esa naturaleza se ha mantenido en cada uno de los decretos que año a año expide el Gobierno Nacional con base en la Ley 4ª de 1992, en los cuales fijan las escalas de remuneración de los empleados públicos¹².

La jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación¹³ de manera unificada y pacífica acorde con la naturaleza de su creación, ha señalado que la bonificación especial por recreación, no constituye un factor salarial para nutrir la base de liquidación pensional y ha negado las pretensiones que buscan su inclusión como parte de ella.

En la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sala Plena Contenciosa de la Sección Segunda del Consejo Estado, Rad 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado, sobre la bonificación por recreación, se dijo lo siguiente:

“la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.”

Para la Sala, la claridad normativa que ofrece el decreto de su creación así como los decretos gubernamentales expedidos anualmente, sumado a la tesis jurisprudencial consolidada de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el carácter no salarial de la bonificación especial por recreación, son suficientes para

¹² Pueden consultarse entre otras normas: Decreto 451 de 1984, Ley 995 de 2005, Decreto 404 de 2006 y en los decretos anuales de salario.

¹³ 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.

demostrar que el pago ordenado por la decisión cuestionada, y realizado por la UGPP, al señor John Marlon Ferrer Olivares, excede lo debido de acuerdo a la ley, razón por la cual el recurso extraordinario debe prosperar.

Del reintegro de las sumas pagadas

La UGPP solicita que se ordene el reintegro de las sumas pagadas al demandado por concepto de reliquidación de su pensión con la inclusión de “la prima de riesgo”, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 18 de agosto de 2011.

Para la Sala tal petición no es de recibo, dado que no guarda coherencia ni congruencia con el objeto del recurso extraordinario de revisión, que se centra en la bonificación especial de recreación. Además, la prima de riesgo no hizo parte de los factores relacionados para la reliquidación de la pensión del señor John Marlon Ferrer Olivares en el fallo que se revisa, como tampoco fue enlistado en la Resolución UGM 056610 de 28 de septiembre de 2012, que dio cumplimiento a la decisión, razón por la cual será negada la pretensión.

En orden a lo expuesto, la Sala declarará fundado el recurso interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, al encontrar probada la causal invocada, es decir, al estar demostrado que la cuantía de la pensión de jubilación reconocida al señor Ferrer Olivares excede lo debido de acuerdo a la ley, al incluir en el IBL, un factor no salarial como es la bonificación especial de recreación. Bajo ese entendido, la Sala revocará parcialmente y solo respecto del factor anotado, el fallo de 18 de agosto de 2011 proferido por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar ordenará su exclusión, 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 John Marlon Ferrer Olivares, a través de apoderado judicial solicitó el reconocimiento del silencio administrativo negativo en los términos del artículo 40 del C.C.A., respecto de la petición radicada en CAJANAL el 11 de septiembre de 2008, en la cual solicitó la reliquidación de la pensión de régimen especial; la nulidad del acto

ficto producto del silencio administrativo negativo; la nulidad en lo pertinente de la Resolución No. 0001 de enero 14 de 2008, que le reconoció la pensión en los términos de la Ley 100 de 1993.

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 todos los factores de salario devengados y certificados en los últimos 10 años de servicio, incluyendo lo ya reconocido y otros factores como la bonificación por recreación, 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 al servicio de la Aeronáutica Civil, como controlador de tránsito aéreo experto grado 31, configurando su estatus pensional el 22 de julio de 2005 y retirándose definitivamente del servicio el 1º de mayo de 2007.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B en la sentencia objeto de este recurso, le reconoció a John Marlon Ferrer Olivares, una pensión de jubilación con el régimen de transición previsto en el Decreto 1372 de 1966 que reglamentó la Ley 7ª de 1961, sobre pensiones de radioperadores, técnicos de radio, electricidad y oficiales de meteorología, que permite el reconocimiento de la pensión vitalicia con el 75% de lo devengado en el último año de servicios.

En esa línea, confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó la reliquidación de la pensión de acuerdo a ese régimen especial, teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicio comprendido entre el 13 de abril de 2006 y el 12 de abril de 2007, incluyendo entre ellos la discutida bonificación especial de recreación, con efectos fiscales a partir del 13 de abril de 2007.

En cumplimiento de esa decisión, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E, profirió la Resolución UGM 056610 de 28 de septiembre 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 revocará parcialmente la sentencia de 18 de agosto de 2011, proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en lo que hace referencia a la inclusión como factor salarial en la liquidación pensional del señor John Marlon Ferrer Olivares, de la bonificación especial de recreación, para excluirla de la misma, toda vez que ese reconocimiento no es un factor salarial que sirva para enriquecer la base de liquidación.

En virtud de lo dicho, el problema jurídico consiste en definir, ¿si la bonificación especial de recreación debe incluirse como factor salarial en la pensión de jubilación del señor John Marlon Ferrer Olivares, en su calidad de ex funcionario de la Aeronáutica Civil?

La respuesta es negativa y los fundamentos además de los expuestos párrafos atrás, son los siguientes:

1. La bonificación por recreación es un pago complementario a las vacaciones que hace parte de la noción de prestación social.
2. Las vacaciones responden al reconocimiento de un descanso remunerado y el mismo concepto se predica de la bonificación por recreación.
3. Desde su regulación inicial se previó como un factor sin carácter salarial y mantiene esa naturaleza, la cual se reitera en los decretos anuales de salario.
4. Al no estar previsto este reconocimiento como un factor salarial, su inclusión en una liquidación pensional vulnera la ley, como en el caso de John Marlon Ferrer Olivares.
5. La jurisprudencia de la Corporación ha sido unánime y pacífica al definir que la bonificación por recreación no es factor salarial.

En virtud de lo anterior, al no ser considerada la bonificación por recreación como un factor salarial deberá excluirse de la base de liquidación del señor John Marlon Ferrer Olivares y por ende, se revocará parcialmente la sentencia de 18 de agosto de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, que ordenó tenerla en cuenta para liquidar su pensión de jubilación.

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 Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, contra el fallo de 18 de agosto de 2011, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en lo atinente a la inclusión como factor salarial de la bonificación especial de recreación, de acuerdo a la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

SEGUNDO: En consecuencia **REVÓQUESE** parcialmente la sentencia de 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B.

En su lugar dispone:

ORDÉNASE a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, o a quien haga sus veces, que profiera una nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor John Marlon Ferrer Olivares, excluyendo la bonificación especial de recreación, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NIÉGUENSE las demás pretensiones.

CUARTO. Devolver a la interesada, sin necesidad de desglose, el pago del título de depósito A5513072 del Banco Agrario, visible a folio 266 del cuaderno principal.

QUINTO. Devolver al Juzgado 12º Administrativo de Descongestión el expediente 11001 33 31 712 2009 00166 01, 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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ