



BONIFICACION POR SERVICIOS EN LA RAMA JUDICIAL – Debe incluirse en una doceava parte como factor de liquidación pensional / PENSION DE JUBILACION EN LA RAMA JUDICIAL – Bonificación por servicios. Debe incluirse en una doceava parte como factor de liquidación pensional

La estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto en consideración a que su pago se hace de manera anual y la mesada pensional se calcula con la proporción mensual de “todos los factores salariales devengados en el último año”.

FUENTE FORMAL: DECRETO 546 DE 1971 – ARTICULO 6 / DECRETO 546 DE 1971 – ARTICULO 7 / DECRETO 717 DE 1978 – ARTICULO 12

BONIFICACIÓN POR ACTIVIDAD JUDICIAL- No era factor de liquidación pensional antes del 1 de enero de 2009

El carácter de bonificación por actividad judicial cambió a partir del 1 de enero de 2009, por expresa disposición del Decreto 3900 de octubre de 2008, según el cual constituye factor para determinar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en salud y pensión. Al existir pronunciamiento judicial respecto a la legalidad del carácter “no salarial” de la bonificación por actividad judicial en vigencia del Decreto 3131 de 2005, no es viable su inclusión como factor salarial o prestacional antes del 1 de enero de 2009, fecha a partir de la cual el Gobierno Nacional le confirió tal connotación. Así pues, la bonificación por actividad judicial que devengó la demandante en el año 2007, no constituye factor salarial para determinar el ingreso base de liquidación pensional porque el artículo 1 del Decreto 3131 de 2005, que esta Corporación encontró ajustado a la ley por los cargos analizados, no le otorgó ese carácter. Sólo constituye factor salarial y prestacional a partir del 1 de enero de 2009 por expresa disposición legal.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la legalidad de la expresión “sin carácter salarial” del inciso 1 del artículo 1 del Decreto 3131 de 2005, Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 0867-06, M.P., Jaime Moreno García

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ (E)

Bogotá D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00405-01(1896-13)

Actor: GLORIA CECILIA PATIÑO GUTIERREZ



Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de 12 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez en contra de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.I.C.E.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 1152 de 23 de septiembre de 2009, por medio de la cual el Liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.I.C.E. negó la liquidación de la pensión de vejez, específicamente, porque no se tuvieron en cuenta todos los factores que conforman salario, ni se liquidó con lo devengado en el último año de servicios, desconociendo el artículo 6º del Decreto 546 de 1971¹.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitó condenar a la parte demandada a reliquidar la pensión de vejez desde el 27 de diciembre de 2007 con el salario más alto devengado en el último año de servicios, los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y con la bonificación de servicios en su totalidad; pagar dentro del término que establece el artículo 176 del C.C.A. todos los valores dejados de recibir por la incorrecta liquidación, sin perjuicio de los reajustes anuales que ha realizado el Gobierno Nacional desde el año 2008; ajustar las anteriores sumas en los términos del artículo 178 del C.C.A. y de acuerdo con la Sentencia de 13 de julio de 2006 del Consejo de Estado²; y, a pagar las costas.

¹ “(...) **ARTÍCULO 6º.** Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, 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 continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.

(...)”

² Radicado No. 5116-05, C. P. Dra. Ana Margarita Olaya.



Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes **HECHOS**:

La actora prestó sus servicios como funcionaria de la Rama Judicial, en su condición de Juez y Magistrada, en los Distritos Judiciales de Armenia y Manizales en forma continua desde el 1º de julio de 1988 hasta el 31 de agosto de 2007 y afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social, incluso, desde el 28 de abril de 1978 hasta el 30 de junio de 1988, tiempo en el cual estuvo como Secretaria de Educación de Caldas.

A pesar de que el último cargo que ejerció fue el de Juez Civil del Circuito de Manizales, entre el 31 de agosto de 2006 y el 31 de agosto de 2007, el salario más alto que devengó durante el último año de servicios fue el de Magistrada por haberse desempeñado como tal en el Tribunal Superior de Manizales, desde el 1º de noviembre de 2005 hasta el 16 de octubre de 2006.

El retiro se produjo a partir del 1º de septiembre de 2007 pero el derecho a la pensión sólo operó a partir del 27 de diciembre de este año, por cuanto hasta esa fecha cumplió los 55 años de edad. Se debe tener presente que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, pues cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Mediante Resolución No. 58506 de 28 de noviembre de 2008 el ente demandado, al resolver la petición pensional, no tuvo en cuenta los artículos 2 de la Ley 65 de 1946, 73 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, 6 del Decreto 546 de 1971, 12 del Decreto 717 de 1978, 1 del Decreto 247 de 1997 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir que, omitió el régimen de transición en cuanto al monto de la pensión y a los diferentes factores salariales devengados.

La señora Patiño Gutiérrez en procura de una solución anticipada respecto de la pensión devengada, instauró una Acción de Tutela, como mecanismo transitorio con el fin de que le reliquidara la pensión cumpliendo con la normatividad aplicable, la cual fue fallada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales y ordenó, liquidar la pensión aplicando el régimen especial de la Ley 546 de 1971.



Sin embargo, la Caja Nacional de Previsión Social al proferir la Resolución No. 1152 de 23 de septiembre de 2009, negó la reliquidación del beneficio prestacional y mantuvo en firme la Resolución No. 58506 de 28 de noviembre de 2008. Inconforme con tal determinación, presentó el incidente de desacato, el cual fue fallado a favor.

En efecto, el ente demandado expidió la Resolución No. 004506 de 13 de mayo de 2010 como mecanismo transitorio hasta que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa profiriera el Fallo respectivo.

De acuerdo con la Constancia No. 108³, suscrita por el Jefe del Área Financiera de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, la actora devengó entre el 31 de agosto de 2006 al 31 de agosto de 2007 las siguientes sumas (valores que se deben tener en cuenta para la liquidar la pensión de la demandante):

SUELDO BÁSICO	\$ 4.722.633
BONIFICACIÓN POR GESTIÓN JUDICIAL	\$ 6.740.416
PRIMA ESPECIAL	\$ 1.416.799
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 839.677
PRIMA DE VACACIONES	\$ 151.184
PRIMA DE NAVIDAD	\$ 314.968
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS	\$ 1.652.932
INGRESO PARA APLICAR EL PORCENTAJE	\$ 15.838.640
VALOR DE LA MESADA PENSIONAL	\$ 11.878.980

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

³ La demandante no indicó la fecha en que fue expedida.



Constitución Política, los artículos 2, 29, 48 y 53; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 21 y 127; Ley 65 de 1946, artículo 2; Decretos Nos. 1848 de 1969, artículo 73; 546 de 1971, artículos 6 y 32; 717 de 1978, artículo 12; 1660 de 1978, artículo 132; 247 de 1997, artículo 1.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de CAJANAL se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de Imprudencia de la demanda, inexistencia de la obligación y prescripción (folios 87 a 92).

Mediante Resolución No. 58506 de 28 de noviembre de 2008 el ente demandado ordenó el pago de la pensión de vejez de la señora Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez, teniendo en cuenta los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, estos son, asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y bonificación por servicios prestados.

De acuerdo con esta normatividad, no se entiende por qué se debe reconocer el 100% de la bonificación por servicios prestados, máxime cuando el Consejo de Estado⁴ ha señalado que la estimación de este emolumento debe hacerse en 1/12 parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual cada vez que el empleado cumple un año de servicios. A propósito de este tema en particular, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 ha señalado que la bonificación de servicios se pagará una vez el empleado cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

El ingreso base de liquidación para quienes se les aplica el régimen de transición tiene una regulación concreta en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que si faltan menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionado a la fecha de la entrada en vigencia del sistema, será el promedio de lo devengado

⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 8 de febrero de 2007, Expediente No. 25000-23-25-000-2003-06486-01 (1306-06), C. P. Dr. Alberto Arango Mantilla.



en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.

Así mismo, el artículo 5 de la Ley 797 de 2003 ha señalado que en todo caso el monto de la cotización mantendrá una relación directamente proporcional al monto de la pensión, y el artículo 1 del Acto Legislativo de 2005, indicó que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona efectuó las cotizaciones.

La demandante pretende que el Decreto 546 de 1971, se aplique en su integridad sin utilizar otras normas, sin embargo esta situación no es posible, debido a que los servidores públicos se encuentran sometidos al cálculo de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Caldas mediante Sentencia de 12 de julio de 2012 declaró la nulidad de la Resolución No. 1152 de 23 de septiembre de 2009 y condenó al ente demandado a reliquidar y pagar la pensión de jubilación que devenga la demandante desde el 27 de diciembre de 2007 teniendo en cuenta los factores que integran el salario, entre ellos, la bonificación por gestión judicial, las primas de servicios, especial, navidad, vacaciones, bonificación por servicios en un 100% y la asignación mensual más elevada que hubiere devengado durante el último año de servicios, conforme al artículo 6º del Decreto 546 de 1971, con la correspondiente indexación, Lo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos (folios 124 a 135 Vto.).

De acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Decreto 546 de 1971, los funcionarios que hayan laborado en la Rama Jurisdiccional y/o en el Ministerio Público, por un lapso no menor a 10 años, tienen derecho a disfrutar de una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.

El artículo 12 de la Decreto No. 717 de 1978 ha señalado, por su parte, que además de la asignación mensual, constituyen factores de salario todas las sumas



que habitual y periódicamente recibe el servidor como retribución por sus servicios.

Sobre este tema en particular el Consejo de Estado⁵ se ha pronunciado indicando que los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público deben regirse por los requisitos previstos en el Decreto 546 de 1971.

Una vez revisado el acervo probatorio se encuentra que la señora Patiño Gutiérrez laboró por un tiempo superior a 20 años, 19 de ellos a la Rama Judicial, por ende, es acreedora del régimen establecido en la norma anteriormente relacionada.

Debe tenerse presente que la reliquidación debió realizarse con lo percibido en el último año de servicios y con la totalidad de los factores devengados; puesto que la demandante contaba con más de 35 años edad para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, y además, el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 ha señalado que la asignación mensual comprende todos los factores que habitualmente fueron reconocidos y pagados en el mes como retribución del servicio, y el hecho de que la administración no hubiese descontado los aportes correspondientes sobre algunos factores, no impide su reconocimiento para efectos pensionales.

Por lo tanto, se debe condenar al ente demandado a pagar la pensión de jubilación de la actora desde el 27 de diciembre de 2007, con la inclusión de la asignación básica, las primas de navidad, especial, vacaciones y las bonificaciones por gestión judicial y por servicios.

En cuanto a este último emolumento, se encuentra que la Jurisprudencia no ha sido pacífica, pues se han encontrado decisiones donde han aceptado que se debe reconocer en un 100%⁶ y en otras se ha dicho que como el pago es anual, el mismo debe realizarse fraccionándolo en doceavas partes⁷.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 3 de junio de 2004, Radicación No. 17001-23-31-000-2001-00481-01.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 8 de junio de 2006, Número Interno No. 2294-05, C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicado Interno No. 0640-2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



Por tal motivo, y atendiendo el principio de favorabilidad, se deberá incluir la bonificación por servicios devengada por la demandante en el último año de servicios en un 100%, autorizando a la Caja Nacional de Previsión Social a descontar de la liquidación correspondiente, los valores que por aportes haya lugar.

En razón a que entre la fecha en que la actora elevó la petición de reliquidación de su pensión y el último año de servicios no transcurrieron más 3 años, tal y como lo estipula el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, se debe declarar infunda la excepción de prescripción propuesta.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, mediante apoderada judicial, interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior con base en la siguiente argumentación (folios 139 a 144):

La Caja Nacional de Previsión Social, para efectos del ingreso base de liquidación y teniendo en cuenta que la actora se encontraba en el régimen de transición, dio aplicación al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que si a la persona le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionado a la fecha de la entrada en vigencia del sistema, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.

A partir de la incorporación de los servidores públicos en el Sistema General de Pensiones, el ingreso base de liquidación debe calcularse sobre los factores relacionados en el Decreto 1158 de 1994. Adicionalmente, debe tenerse presente que el artículo 11 del Decreto No. 389 de 2006, señaló que las pensiones de la Rama Judicial se liquidarán sobre los factores que constituyen el ingreso base de cotización dispuesto por el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, la Prima Especial de Servicios de que trata la Ley 332 de 1996 y la bonificación adicional prevista en el Decreto 664 de 1999 o la bonificación de gestión judicial de que trata el Decreto 4040 de 2004.



Con relación a la bonificación por servicios prestados, el Consejo de Estado⁸ ha indicado que la misma se reconoce y paga al empleado una vez cumple el año de servicios, y por ende, el computo de este factor debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%; en esas condiciones se tiene que, el ente demandado ha dado cumplimiento a lo ordenado.

Reconocer una pensión de vejez en las condiciones reconocidas por el *A – quo*, viola el derecho de igualdad del resto de pensionados del País, máxime cuando ni siquiera las cotizaciones realizadas al Sistema General de Pensiones corresponden a los porcentajes para acceder a la pensión, lo cual constituye una lesión y detrimento para el patrimonio de la Nación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo (e) Delegado ante esta Corporación, rindió Concepto mediante escrito en el que solicitó que se modifique la Sentencia apelada, en el sentido de señalar que la bonificación por servicios se debe incluir en una doceava parte y no en un 100% (folios 495 a 501):

Se debe advertir que el ente demandado liquidó la pensión, mediante el acto acusado, en un porcentaje equivalente al 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años, esto es, entre el 13 de agosto de 1994 (sic) y 30 de agosto de 2007 e incluyó como factores la asignación básica, los gastos de representación, prima de servicios especial, los gastos de representación, primas especial de servicios, de nivelación y bonificación por servicios.

A pesar de que la Ley 100 de 1993, hizo más gravoso los requisitos para acceder a la pensión, previó un régimen de transición para dejar a salvo aquellas personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran más de 35 años de edad si es mujer, 40 si es hombre ó 15 años de servicios cotizados. Por consiguiente, de acuerdo con el último inciso de la Ley 33 de 1985⁹, la demandante quedó a salvo dentro del

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de agosto de 2009, Número Interno: 0427-2008, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁹ "(...) No quedan sujetos a este regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (...)".



régimen especial de los empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público estipulado en el Decreto 546 de 1971.

Bajo ese entendido, es importante señalar que la asignación básica más elevada para efectos de determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen salarial de los funcionarios de la Rama Judicial, incluye la asignación básica mensual para el empleo y las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución a sus servicios, a menos que se trate de un factor excluido por la Ley.

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

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Consiste en determinar si la señora Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, le reliquide la pensión de vejez reconocida conforme al régimen especial de pensiones dispuesto en el Decreto No. 546 de 1971, incluyendo la asignación más alta devengada en el último año, todos los factores de salario y el 100% de la bonificación especial por servicios.

Actos acusados

- ° Resolución No. PAP 001152 de 23 de septiembre de 2009, por la cual la Liquidadora de la Caja Nacional de Previsión Social, resolvió negar la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por la señora Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez, como quiera que la liquidación se encuentra de conformidad con los factores taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1194, en el cual no se encuentra las primas de navidad, de vacaciones y de servicios.

De lo probado en el proceso



- ° De acuerdo con la Cédula de Ciudadanía que obra a folio 63, cuaderno 2, se evidencia que la actora nació el 27 de diciembre de 1957.
- ° El 19 de diciembre de 2007, la Jefe del Área Financiera de la Dirección Ejecutiva de Administración de Judicial de Manizales, Caldas, certificó que la demandante laboró al servicio de la Rama Judicial desde el 1º de julio de 1988, hasta el 12 de enero de 1988 y desde el 1º de febrero de 2001 al 31 de agosto de 2007, además indicó que recibió los siguientes emolumentos (folios 14 y 15):

Concepto	Año 2005 (1 de noviembre a 31 de diciembre) Magistrada	Año 2006 (1 de enero a 16 de octubre) Magistrada	Año 2006 (17 de octubre a 31 de diciembre) Juez Circuito	Año 2007 (1 de enero a 31 de agosto)
Sueldo básico	\$ 4.497.774	\$ 4.722.663	\$ 3.288.177	\$ 3.436.145
Bonificación Gestión Judicial	\$ 6.369.311	\$ 6.740.416	\$ 0	\$ 0
Prima Especial	\$ 1.349.332	\$ 1.416.799	\$ 986.453	\$ 1.030.844
Prima de Servicios	\$ 0	\$ 2.430.204	\$ 0	\$ 1.768.183
Prima de Navidad	\$ 4.920.209	\$ 0	\$ 3.779.623	\$ 2.472.864
Vacaciones	\$ 3.463.827	\$ 0	\$ 2.660.855	\$ 450.641
Prima de vacaciones	\$ 2.361.701	\$ 0	\$ 1.814.219	\$ 306.976
Bonificación por servicios prestados	\$ 0	\$ 1.652.932	\$ 0	\$ 1.202.651
Bonificación por actividad judicial	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 5.972.717

- ° Mediante Resolución No. 58506 de 28 de noviembre de 2008, el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.I.C.E, reconoció y ordenó el pago de la pensión a la señora Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez con efectividad a partir del 27 de diciembre de 2007. Para el efecto tuvo en cuenta, el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de los 10 años, conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (folios 16 a 21).
- ° A través de la Resolución No. PAP 004506 de 13 de mayo de 2010, el Liquidador del ente demandado, dio cumplimiento al Fallo de Tutela proferido



por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales, y en consecuencia, reliquidó la pensión de jubilación de vejez de la señora Patiño Gutiérrez atendiendo el artículo 6º del Decreto No. 546 de 1971, elevando la cuantía a \$10.264.719; siempre y cuando la actora aportara al Área de Nómina, la constancia del inicio de la acción ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo (folios 29 a 33).

Análisis de la Sala

Régimen pensional especial de la Rama Judicial

El Decreto No. 546 de 1971, estableció el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, y en su artículo 6 estableció el régimen de pensiones con el siguiente tenor literal:

*“(...)
Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, 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 continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas. Esta norma constituye un régimen especial.
(...)”.*

A su vez, el artículo 7 ibídem establece que la pensión de jubilación se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público cuando el lapso prestado en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público sea inferior a 10 años.

Liquidación Pensional

El artículo 12 del Decreto No. 717 de 1978 establece que, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, con el siguiente tenor literal:



"(...)

Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación;*
 - b) La prima de antigüedad;*
 - c) El auxilio de transporte,*
 - d) La prima de capacitación;*
 - e) La prima ascensional;*
 - f) La prima semestral;*
 - g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio.*
- (...)"*.

En este orden de ideas, para efectos de determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación en el régimen salarial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público se debe tener en cuenta ***“la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año”*** (artículo 6 del Decreto No. 546 de 1971) incluyendo la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley (artículo 12 del Decreto No.717 de 1978).

El régimen especial no determina expresamente la proporción en la que deben incluirse cada una de las sumas que ***“habitual y periódicamente reciba el funcionario”*** sólo establece que el monto pensional será equivalente al 75% de la asignación más alta ***“devengada en el último año”***.

En el presente caso se evidencia que la actora estuvo vinculada en el cargo de Magistrada¹⁰ desde el 1º de noviembre de 2005 al 16 de octubre de 2006 y en el de Juez del Circuito desde el 17 de octubre de 2006 al 31 de agosto de 2007; de manera que en el último año de servicios, esto es, 1º de septiembre de 2006 al 31 de agosto de 2007, alcanzó a ostentar el cargo de Magistrada durante el mes de septiembre y los 16 días de octubre de 2006.

¹⁰ Información tomada de la Certificación que obra a folios 14 y 15.



Ahora bien, en la Resolución No. 58506 del 28 de noviembre de 2008 se tuvieron en cuenta todos los factores que devengó durante los últimos 10 años de servicio, tales como, asignación básica, gastos de representación, las primas de nivelación y especial de servicios, la bonificación por servicios prestados y los gastos de representación. Posteriormente, a través del acto acusado se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora por considerarse que se habían incluido los factores que relaciona el Decreto 1158 de 1994, es decir que, no se liquidó la pensión de la demandante con todos los factores que conforman salario, ni con lo devengado en el último año de servicios.

En el presente caso se evidencia que la actora devengó durante el último año de servicio, comprendido entre el 31 de agosto de 2006 al 31 de agosto de 2007, los siguientes factores: sueldo básico, bonificaciones por servicios prestados, por gestión judicial, por actividad judicial, vacaciones y las primas de servicios, especial, de vacaciones y de navidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a realizar el estudio de dos emolumentos en particular, las bonificaciones por servicios y por actividad judicial.

Bonificación por Servicios.

El Decreto Ley 1042 de 1978, por medio del cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales) creó la bonificación por servicio 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 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 servicio¹¹.

(...)"

El Decreto 247 de 1997, creó la bonificación por servicios para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en los siguientes términos:

"(...) 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.

(...)"

De todo lo anterior se concluye lo siguiente:

- La bonificación por servicios prestados constituye factor salarial para efectos pensionales.
- Se causa cada vez que el servidor cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial.
- El monto de la pensión de jubilación reconocida con el régimen especial de la Rama Judicial equivale al 75% de la asignación más alta devengada en el

¹¹ 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".



último año, más todas las sumas que constituyan factor salarial como lo es la bonificación por servicios.

- El régimen especial permite la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año pero ello no quiere decir que su inclusión sea por el valor total porque el monto de la pensión se calcula en “**mesadas**¹²”.
- 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**”.

En este caso, CAJANAL determinó el valor de la mesada pensional con todo lo devengado por la actora durante el último año, bien sea en forma mensual, semestral o anual y calculó el monto **mensual** de cada uno (1 sexta parte, en los que se causan en forma semestral o una doceava para los que se generan en forma anual) para fijar el monto de la **mesada** pensional¹³.

En esas condiciones, la estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto en consideración a que su pago se hace de manera anual y la **mesada** pensional se calcula con la proporción **mensual** de “**todos los factores salariales devengados en el último año**”.

Bonificación por Actividad Judicial.

En cuanto a este factor, se tendrá que indicar que el Decreto 3131 de 8 de septiembre de 2005, la creó a favor de los Jueces y Fiscales Delegados con el siguiente tenor literal:

*“(...) Artículo 1°. A partir del 30 de junio de 2005, créase una bonificación de actividad judicial, sin carácter salarial, que se pagará semestralmente el 30 de junio y 30 de diciembre de cada año, como un reconocimiento económico al buen desempeño de los funcionarios que ejerzan en propiedad los siguientes empleos:
(...)*

¹² Porción de dinero u otra cosa que se da o paga todos los meses (Real Academia Española).

¹³ Ver sentencias de la Sección Segunda Consejo de Estado, proferidas el 8 de junio de 2006, Exp. No. 2294-05, M.P. Dr. Tarcisio Cáceres y el 8 de febrero de 2007, Exp. No. 1306-06, M.P. Dr. Alberto Arango



En las mismas condiciones, tendrán derecho a percibir esta bonificación de actividad judicial, los Procuradores Judiciales I que desempeñen el cargo en propiedad y que actúen de manera permanente como Agentes del Ministerio Público ante los servidores que ocupan los empleos señalados en este artículo.

ARTICULO 2°. La bonificación de actividad judicial de que trata el presente Decreto no constituye factor salarial ni prestacional y no se tendrá en cuenta para determinar elementos salariales o prestaciones sociales. (...).

El artículo 1° fue modificado por el Decreto 3382 de 23 de septiembre de 2005 en el sentido de indicar que ***“la bonificación de actividad judicial, será reconocida a quienes ocupan los empleos allí señalados, cualquiera que sea su forma de vinculación.”***

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de junio de 2008, expediente 0867-06, M. P. Dr. Jaime Moreno García, negó la nulidad de la expresión ***“sin carácter salarial”*** contenida en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 3131 de 2005, con la siguiente fundamentación:

“(…)

En el presente caso, los argumentos de la demanda se contraen fundamentalmente a la extralimitación del Gobierno pero en cuanto declaró que la bonificación de actividad judicial no constituye factor salarial ni prestacional, cargo que no fue examinado en la sentencia citada¹⁴ por no haber sido formulado en la demanda. Por tal razón, no se presenta la excepción de cosa juzgada y procede examinar el fondo del asunto planteado.

(…)

Es corriente que cuando el legislador varía las condiciones salariales o prestacionales de los empleados, deja a salvo los derechos adquiridos, pero aún cuando no se diga expresamente, debe entenderse que ello es así: (...) Pero lo que no puede jurídicamente aceptarse es que a título general y abstracto los magistrados, los abogados, fiscales y jueces tengan derecho adquirido a la intangibilidad de una legislación.

(…)

Conforme a lo expuesto, considera la Sala que las normas acusadas, al señalar que la bonificación de actividad judicial no tendría carácter salarial ni prestacional, no desconocieron ningún derecho adquirido ni violaron las disposiciones legales y constitucionales citadas en la demanda.

Ahora bien, según el demandante la bonificación por actividad judicial es, a la luz de lo normado por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo

¹⁴ Sentencia de 12 de marzo de 2008, expediente 10241-05, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



del Trabajo, un componente de la remuneración que tiene todas las características esenciales del salario, por lo que no le es permitido a la Administración suprimirle el carácter salarial.

Para la Sala no es de recibo tal razonamiento porque, contrario a lo afirmado por el actor, la bonificación de actividad judicial fue creada precisamente para mejorar el salario, es decir se trata de una suma adicional a la asignación básica, constituida, desde un principio, sin carácter salarial. Por ello resulta desacertado que se alegue una desmejora del mismo, y no puede concebirse que una disposición que tiene como finalidad mejorar las condiciones económicas de un trabajador pueda lesionar y desmejorar el derecho al trabajo.

Así las cosas, no existe una situación jurídica consolidada, por cuanto la bonificación especial no existía con anterioridad a la Ley 4ª de 1992, y además, porque las normas acusadas fueron expedidas dentro de las facultades del Gobierno, de acuerdo con los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarados exequibles por la Corte Constitucional.

Los argumentos expuestos llevan a la Sala a concluir que las normas demandadas permanecen incólumes a los reproches del actor y así lo declarará.

(...)"

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3900 de 7 de octubre de 2008, a través del cual modificó la bonificación por actividad judicial en el siguiente sentido:

“ARTICULO 1°. A partir del 1° de enero de 2009, la bonificación de actividad judicial creada mediante decreto 3131 de 2005, modificada por el decreto 3382 de 2005 y ajustada mediante decretos 403 de 2006, 632 de 2007 y 671 de 2008 para jueces, fiscales y procuradores judiciales 1, constituirá factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTICULO 2°. El presente Decreto deroga a partir del 1° de enero de 2009 el artículo 2° del Decreto 3131 de 2005 y demás disposiciones que le sean contrarias.”

Visto lo anterior se puede concluir que la bonificación de actividad judicial creada por el Decreto 3131 de 2005, a favor de Jueces y Fiscales Delegados es un reconocimiento económico al buen desempeño de los funcionarios que cumplen las metas propuestas y no constituyó factor salarial por expresa disposición legal y, que el Consejo de Estado, en Sentencia de 19 de junio de 2008, consideró ajustada a la legalidad la expresión **“sin carácter salarial”** de la bonificación por actuación judicial de los Jueces y Fiscales en razón a que se trata de una suma



adicional a la asignación básica que pretende mejorar las condiciones económicas del funcionario judicial.

Se debe tener en cuenta que el carácter de la bonificación por actividad judicial cambió a partir del 1 de enero de 2009, por expresa disposición del Decreto 3900 de octubre de 2008, según el cual constituye factor para determinar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en salud y pensión. Al existir pronunciamiento judicial respecto a la legalidad del carácter “**no salarial**” de la bonificación por actividad judicial en vigencia del Decreto 3131 de 2005, no es viable su inclusión como factor salarial o prestacional antes del 1 de enero de 2009, fecha a partir de la cual el Gobierno Nacional le confirió tal connotación.

Así pues, la bonificación por actividad judicial que devengó la demandante en el año 2007, no constituye factor salarial para determinar el ingreso base de liquidación pensional porque el artículo 1 del Decreto 3131 de 2005, que esta Corporación encontró ajustado a la ley por los cargos analizados, no le otorgó ese carácter. Sólo constituye factor salarial y prestacional a partir del 1 de enero de 2009 por expresa disposición legal.

Por lo anterior, la actora tiene derecho a la reliquidación de su pensión incluyendo los factores salariales devengados en el último año de servicios, tal y como lo dispone el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, los cuales la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su pensión, tales como: asignación básica, bonificaciones por servicios prestados, por gestión judicial, las primas de servicios, especial, vacaciones y de navidad.

En ese sentido, la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda será confirmada aclarando que la bonificación por actividad judicial que devengó la demandante en el año 2007, no constituye factor salarial para liquidar la prestación pensional, y la bonificación por servicios debe incluirse en una doceava parte del total percibido por ese concepto en el último año de servicio comprendido entre el 1º de septiembre de 2006 y el 31 de agosto de 2007.



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

CONFÍRMASE la Sentencia de 12 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por la señora Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez con la aclaración de que la bonificación por actividad judicial que devengó la demandante no constituye factor salarial, y la bonificación por servicios debe incluirse en una doceava parte del total percibido por ese concepto en el último año de servicio comprendido entre el 1º de septiembre de 2006 y el 31 de agosto de 2007.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE