



Sentencia 00187 de 2017 Consejo de Estado

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., viernes 27 de enero de 2017

Radicación Nro.: 410012333000201200187 01

Nro. Interno: 3458-2014

Demandante: Víctor Augusto Rodríguez Gamboa

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN DE VETERANOS Y BIENESTAR SECTORIAL.

Asunto: Reliquidación pensión - Bonificación por actividad judicial.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 07 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demanda.

Pretensiones.

El señor Víctor Augusto Rodríguez Gamboa, en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con la finalidad de obtener la nulidad parcial de la Resolución No. 1973 de 01 de julio del 2009, expedida por el Director de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa Nacional que le reconoció y ordenó el pago de una pensión.

A título de restablecimiento el derecho, el demandante solicitó: i) que la parte demandada reliquide la pensión de jubilación del demandante, a partir de la fecha de causación del derecho, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por él y le pague las diferencias existentes entre lo pagado y lo que resulte de la sentencia que acoja sus pretensiones; ii) que la condena sea cumplida en los términos de los artículos 192 y ss. del C.P.A.C.A., indexando las sumas debidas desde la fecha del reconocimiento de la pensión hasta la de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso y iii) que se condene en costas al demandado.

Hechos de la demanda.

La Sala resume los hechos expuestos de la siguiente manera:

Señala, que el actor obtuvo el derecho a la pensión de jubilación con 20 años de servicio sin que interesara su edad.

Por ello, mediante Resolución No. 1973 de 01 de julio del 2009 se le reconoció pensión de jubilación por los servicios prestados como Juez de Instrucción Penal Militar al servicio del Ejército Nacional por espacio de 20 años, 6 meses y 2 días, liquidándose con base en los siguientes factores: sueldo básico anual, 1/12 bonificación por servicios prestados, 1/12 prima de servicio anual, 1/12 prima vacacional y 1/12 prima de navidad para un total de \$3.634.253.00, que corresponde al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, obviándose la bonificación por actividad judicial efectivamente percibida dentro del periodo de liquidación.

Normas vulneradas y concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante citó como disposiciones violadas las siguientes:

Los artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política; 1º del Decreto 3135 de 2005; 1º y 2º del Decreto 3900 de 2008; 13 y 20 del Decreto 723 de 2009; y 3º y 5º del Decreto 1251 de 2009.

Sostuvo que la resolución atacada es contraria al ordenamiento jurídico porque no incluyó como factor salarial la bonificación por actividad judicial creada por el Decreto 3131 de 2005 y modificada por el Decreto 3900 de 2008; así mismo, que le fue reconocida la pensión mensual de jubilación como Juez de Instrucción Penal Militar al servicio del Ejército Nacional, a partir del 30 de enero de 2009, es decir, cuando ya estaban vigentes tales actos.

Contestación de la demanda¹.

El demandado contestó la demanda oportunamente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que el acto administrativo acusado, no se encuentra viciado con alguna causal de nulidad.

Señaló que existe carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación, por el hecho que el actor recibió su último pago por concepto de bonificación por actividad judicial en el mes de diciembre del 2008 y para esa fecha, ésta carecía de carácter salarial.

Por otra parte, sobre el principio de favorabilidad, manifestó que no se puede aplicar, puesto que esta figura se presenta para interpretar dos normas aplicables al mismo caso, siendo una de ellas más favorable al trabajador. Pero al concurrir una sola para regular la misma situación, será esta la única aplicable para el caso.

Así mismo, indicó que la irretroactividad de la ley laboral en Colombia determina que una ley nueva rige los hechos que se produzcan a partir de la entrada en su vigencia, motivo por el cual no podrá accederse a lo pretendido en la demanda puesto que se estarían aplicando leyes posteriores a hechos consumados.

La sentencia de primera instancia²

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia proferida el 7 de mayo del 2014: i) declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada; ii) negó las pretensiones de la demanda; y, iii) condenó en costas a la parte demandante.

Sostuvo que la bonificación por actividad judicial recibida por el actor durante el último año de servicio, (diciembre de 2008) no constituye un factor salarial ni prestacional de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º del Decreto 3131 de 2005. Así mismo, estableció que no podría aplicarse en virtud del Decreto 3900 de 2008 ya que regula situaciones futuras y no consagra la retroactividad en la bonificación anteriormente mencionada.

Indicó que el actor fue retirado del servicio el 30 de enero de 2009, otorgándosele una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del último salario devengado junto con otras partidas computables³, que por ministerio de la ley debieron integrar el ingreso base de liquidación.

Del recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación frente a la decisión del *a quo*, en él solicitó se aplique el principio de favorabilidad y por tanto, ordenar la reliquidación de la pensión incluyendo como factor salarial la bonificación por actividad judicial, de acuerdo a lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, donde se establece que deberá optarse por la situación más favorable al trabajador.

Manifestó que se pidió la aplicación del Decreto 3900 de 2008, teniendo en cuenta que al actor le fue reconocida la pensión a partir del 30 de enero de 2009, cuando ya se encontraba en vigencia dicho decreto, motivo por el cual debió ser acreedor de la suma proporcional al tiempo laborado.

Indicó que fueron vulnerados los derechos del actor, en virtud de que desde la vigencia del Decreto 1251 del 2009 hasta el reconocimiento de su pensión, alcanzó a devengar su salario del mes de enero que comprende a la vigencia de este decreto.

Alegatos en segunda instancia⁴.

La parte demandada y el Ministerio Público no se pronunciaron en esta etapa procesal.

El actor manifestó que se debe aplicar el Decreto 3900 del 2008 al habersele reconocido la pensión a partir del 30 de enero del 2009, y de esta forma se le debió liquidar contemplando lo que sobre la bonificación por actividad judicial trajo la nueva normativa, esto es, con carácter salarial y prestacional.

Reiteró que la sentencia dictada por el *a quo* vulneró los derechos del demandante al no emitir pronunciamiento alguno con respecto a su calidad como miembro de la Fuerza Pública la cual se encuentra probada en el expediente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

Problema Jurídico.

De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, le corresponde a la Sala determinar si debe reliquidarse la pensión de jubilación del demandante, de acuerdo a lo consagrado en el Decreto 1251 de 2009⁵; así mismo, si la bonificación por actividad judicial debe ser incluida como factor salarial dentro del ingreso base de liquidación.

Fundamento normativo.

El Decreto 1251 de 2009, en su artículo 3º estableció la remuneración que deben percibir los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, así:

“ARTÍCULO 3. Para la vigencia de 2009, la remuneración que por todo concepto perciba el Juez Municipal, el Fiscal Delegado ante Juez Municipal

y Promiscuo, el Juez de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de Formación, o de Departamento de Policía, el Fiscal ante Juez de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de Formación, o de Departamento de Policía y el Juez de Instrucción Penal Militar será igual al treinta y cuatro punto siete por ciento (34.7%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes.

A partir de 2010, y con carácter permanente, dicha remuneración será equivalente al treinta y cuatro punto nueve por ciento (34.9%) del valor correspondiente al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de las Altas Cortes". (Subrayado fuera de texto).

También resulta útil estudiar lo consagrado en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 el cual establece que para que se cancele el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del último salario devengado será necesario que el empleado acredite 20 años de servicio continuo, tal como lo señaló:

"ARTÍCULO 98. *PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO*. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.

PARAGRAFO. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar".

Así mismo, el Decreto 3131 de 2005⁶ creó una bonificación de actividad judicial *sin carácter salarial* que se pagará semestralmente el 30 de junio y 30 de diciembre de cada año, que no constituye factor prestacional ni salarial sobre los funcionarios públicos que ejerzan en propiedad como Juez de Instrucción Penal Militar para el presente caso, así:

Artículo 1°. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3382 de 2005. 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:

- Juez Municipal.
- Juez de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de Formación, o de Departamento de Policía.
- Juez de Instrucción Penal Militar.
-
- Fiscal Delegado ante Juez Municipal y Promiscuo.
- Fiscal ante Juez de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de Formación, o de Departamento de Policía.
- Juez del Circuito.
- Juez de División, o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo, o de Policía Metropolitana.

- Fiscal Delegado ante Juez del Circuito.

- Fiscal ante Juez de División, o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo, o de Policía Metropolitana.

- Juez Penal del Circuito Especializado.

- Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado.

- Juez de Dirección o de Inspección.

- Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección.

- Fiscal Delegado ante Juez Penal de Circuito Especializado.

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.

ARTÍCULO 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". (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, mediante sentencia de 19 de junio de 2008⁷, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Jaime Moreno García manifestó que la bonificación por actividad judicial no tiene naturaleza salarial, la cual es recalcada en el artículo 1º del Decreto 3131 de 2005, sino que se trata de una suma adicional a la asignación básica, afirmando que:

“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 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". (Subrayado fuera de texto).

A idénticas conclusiones arribó la misma subsección mediante sentencia de 27 de febrero de 2011⁸, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez De Páez, en la cual manifestó que la bonificación por actividad judicial no se aplica como factor salarial o prestacional antes del 01 de enero de 2009, fecha a partir de la cual entró en vigencia el Decreto 3900 de 2008, como lo señalo así:

“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”.

De lo probado en el proceso.

Del material probatorio recaudado dentro del presente proceso, se acredita:

§ Que la Resolución nro. 1973 de 01 de julio de 2009 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de jubilación al señor Víctor Augusto Rodríguez Gamboa, certifica que prestó sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional por un tiempo de 20 años, 6 meses y 2 días.⁹

§ Que el demandante nació el 22 de octubre de 1954.¹⁰

§ Que de acuerdo al extracto de hoja de vida del demandante expedido por la Dirección de Personal del Ejército – DIPER, el último cargo ocupado fue el de Juez de Instrucción Penal Militar¹¹.

§ Que los certificados expedidos por la Dirección de Personal del Ejército – DIPER acreditan que el demandante se encuentra en la nómina mensual de activos de julio del 2008¹², noviembre del 2008¹³, diciembre del 2008¹⁴ y enero del 2009¹⁵.

§ Que mediante Resolución nro. 000017 del 27 de enero de 2009 se retiró del servicio al actor a partir del 30 de enero de 2009¹⁶.

Del caso concreto

La Sala procede al estudio de los cargos que la parte demandante formula contra la sentencia de primera instancia, los cuales se resolverán en conjunto teniendo en cuenta la normativa que regula el asunto y con apoyo en la jurisprudencia que se ha señalado anteriormente.

Cabe recordar, que la parte demandada reconoció la pensión de jubilación al actor como juez de instrucción penal militar por medio de la Resolución nro. 1973 del 2009¹⁷ a partir del 01 de julio del 2009, al haber prestado sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional por el tiempo de 20 años, 6 meses y 2 días.

Fue pensionado conforme a lo establecido en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 es decir, por el 75% del último salario devengado al haber acreditado 20 años de servicio continuo, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 102 del mismo, sin tomar en cuenta la bonificación por actividad judicial, tal como señala así:

“ARTÍCULO 102. *PARTIDAS COMPUTABLES PARA PRESTACIONES SOCIALES.* A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes partidas:

- a. Sueldo básico.
- b. Prima de servicio.
- c. Prima de alimentación.
- d. Prima de actividad.
- e. Subsidio familiar.
- f. Auxilio de transporte.
- g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

PARAGRAFO 1. El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.

PARAGRAFO 2. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios y auxilios consagrados en este Estatuto será computables para efectos de cesantías, pensiones y demás prestaciones sociales”.

De acuerdo a lo consagrado en los artículos 1º y 2º del Decreto 3131 de 2005, las bonificaciones por actividad judicial recibidas en el mes de julio y diciembre del 2008 no constituyen factor salarial ni prestacional, ni se tendrán en cuenta para determinar las prestaciones sociales, sino que por el contrario se trata de un reconocimiento económico al buen desempeño.

Ahora bien, mediante Decreto 3900 de 2008 se dispuso que a partir del 1 de enero de 2009 la bonificación en estudio sería factor salarial para efectos de determinar el ingreso base de cotización del sistema general de seguridad social en salud, el cual no se puede aplicar para el caso en concreto ya que tal concepto fue percibido antes de la vigencia de dicho decreto.

De acuerdo con lo anterior, la sentencia dictada por el *a quo* está acorde con el régimen pensional del actor y con la normativa que regula la bonificación por actividad judicial en el tiempo en que esta fue devengada, razón por la cual será confirmada.

Finalmente, con relación a la posición del actor con respecto a la aplicación del principio de favorabilidad, esta Sala encuentra que no resulta aplicable tal principio como se advirtió, puesto que no existen diversas fuentes normativas que resulten aplicables al caso del actor, sino que por el contrario, solo es uno el régimen que definió su derecho a la pensión, y una norma la que durante su situación de servicio reguló lo relacionado con la bonificación por actividad judicial percibida.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida el 7 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Primera Oral de Decisión, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el señor Víctor Augusto Rodríguez Gamboa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial, por medio de la cual se niegan las pretensiones de la demanda y se condena en costas a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Por Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen y dejar las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión, por los señores consejeros.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER
NOTAS DE PIE DE PÁGINA

CESAR PALOMINO CORTÉS

1 Folios 53 a 67 del expediente.

2 Folios 259 a 270 del expediente.

3 Decreto 1214 de 1990. *“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto. (...)”*

4 Folios 306 a 309 del expediente.

5 Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial

6 “Por medio del cual se establece una bonificación de actividad judicial para jueces y fiscales”.

7 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Jaime Moreno García. Rad. 110010325000-2006-00043-00. NI. 0867-06. Fecha 19 de junio del 2008.

8 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección “B”. C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez. Rad. 17001-23-31-000-2010-00405-0. NI. 1896-13. Fecha 27 de febrero de 2014.

9 Folios 16 y 17 del expediente.

10 Folio 18 vto. y 19 del expediente. Cédula de ciudadanía y acta de nacimiento.

11 Folio 20 al 22 del expediente.

12 Folio 26 del expediente.

13 Folio 23 del plenario.

14 Folios 24 y 27 del expediente.

15 Folio 25 del plenario.

16 Folio 28 del expediente.

17 Folios 16 y 17 del expediente.

Fecha y hora de creación: 2024-12-22 07:53:48