TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 No. 8-90 PISO 2 INTERIOR 2
Teléfono 6359097 FAX 6356688

Yopal Casanare, veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013)

Referencia:	**Radicación No. 85-001-3333-001-2012-00027-02**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Demandante:	**IVONNE MARITZA NIÑO CORONEL**
Demandados:	**NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (en supresión)**
Asunto:	**Presunto desmejoramiento de las condiciones laborales por supresión del DAS y traslado a la Fiscalía General de la Nación.**

Magistrado Ponente: **JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO**

I. OBJETO

Procede el Tribunal en sala de decisión, atendiendo las prescripciones de los artículos 125 y 243 del CPACA, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Yopal el 15 de agosto de 2013 (fls.497 a 504 c2).

II. LA DECISIÓN RECURRIDA

En la providencia apelada, se negaron las pretensiones de la demanda, en síntesis, por las siguientes razones:

1.- Después de hacer una análisis de los Decretos 4057, 4059 y 4060 del 2011, del artículo 4 de la Constitución Política, del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, del concepto número 1777 del 15 de noviembre de 2006 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (sobre carrera administrativa, el régimen salarial y prestacional), el artículo 17 de la Ley 153 de 1887 y de la sentencia C-098 de 2013 señaló que ese estrado judicial no emitiría pronunciamiento frente a la constitucionalidad de los Decretos 4057, 4059 y 4060 del 2011 pues ello ya había sido debatido por la Corte Constitucional.

2.- Para establecer si con la incorporación de la accionante a la Fiscalía General de la Nación se desmejoró su condición salarial y prestacional, tuvo por probados los siguientes hechos:

a). La señora IVONNE MARITZA NIÑO CORONEL laboró en el DAS desde el 23 de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011; su último cargo fue el de DETECTIVE 208-07, y actualmente se encuentra desempeñando en la Fiscalía General de la Nación, el cargo de Asistente de Investigación Criminalística grado V.

b). La asignación mensual devengada por la demandante en uno y otro cargo es:

DAS EN SUPRESIÓN	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Asignación básica: $1.162.194 Prima de riesgo: $406.768	Asignación básica: $ 1.692.065
Total: $1.568.962	**$1.692.065**

Por lo que teniendo en cuenta el cuadro comparativo se establece que no existe una desmejora salarial en la medida en que se le está reconociendo una asignación mensual superior a la devengada en el extinto DAS que sumada a la prima de riesgo da un monto inferior al que se le está cancelando en la actualidad en la FGN, además de que en esta última entidad se le reconocen otro tipo de prestaciones (primas como la de servicios prima de productividad y bonificaciones como la de servicios), las cuales no percibía en el DAS, lo que permite inferir que en vez de ser una desmejora en su remuneración se evidencia es lo contrario.

c). En lo que respecta a la prima de clima expresó que la parte actora no puede pretender su reconocimiento en el nuevo cargo pues ello contraría el régimen prestacional y salarial señalado por la ley para la FGN, por cuanto según los Decretos 875 de 2012 y 1035 de 2013 la prima de clima no hace parte de los emolumentos salariales reconocidos para esta. Además que el reconocimiento y pago que se hizo de ella en el DAS tuvo lugar durante el tiempo que estuvieron vinculados los funcionarios a dicha entidad, pues su pago a futuro era una mera expectativa mas no un derecho adquirido, en la medida en que no se trata de una prestación social causada o que haya ingresado a su patrimonio, como sí lo fueron aquellas que devengaron antes de la supresión del DAS.

d). Así las cosas y acorde con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-098 de 2013 el acto administrativo atacado se ajustó a derecho pues no desmejoró las condiciones salariales y prestacionales que traía la demandante como empleada del DAS protegiéndose así los derechos adquiridos de los servidores públicos tal como lo ordena el artículo 58 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 4 de 1992.

Y con base en lo anterior señaló que al no desvirtuarse la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo, esto es, la Resolución 03433 del 29 de octubre de 2011, no accedió a las pretensiones de la demanda.

III. EL RECURSO

La parte demandante, en el escrito de apelación, señaló que se encuentra en desacuerdo con la decisión del a quo por las siguientes razones:

- Sí está demostrado en el proceso que la accionante devengó la prima de clima como se desprende de los desprendibles de pago expedidos el director seccional del DAS Casanare.
- No le asiste la razón al a- quo cuando indica que a la actora se le reconocen otro tipo de primas, las cuales no determinó, y menos afirmar que las mismas no las percibió en el DAS.
- En el sueldo que se le cancela a la demandante en la Fiscalía se le está pagando junto con la asignación básica la prima de riesgo para lo cual no hay razón legal válida para que hubiere hecho el mismo procedimiento con la prima de clima al salario básico, quedando entonces integrado el salario por: asignación básica, más la prima de clima, más la prima de riesgo siendo esta prima parte del salario como reiterademente lo ha sostenido el Tribunal cuando indica que la prima de clima no es una

prestación sino salario, sinembargo el a-quo sigue sosteniendo que la prima es una prestación.

- No entiende por qué si dentro del régimen salarial y prestacional de la FGN no existe la prima de clima ni la prima de riesgo cuál fue la razón para que la última sí fuera incluida como parte del salario y no ocurriera lo mismo con la prima de clima.
- No comparte la apreciación del juez de instancia cuando aduce que la prima de clima era una mera expectativa conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1933 de 1989 y no un derecho adquirido y menos que ella fuera una prestación social causada o que haya ingresado a su patrimonio pues tal prima no es una prestación social sino salarial.
- Sí existe una desmejora en las prestaciones sociales y salariales de la parte actora al no reconocérsele la prima de clima que por derecho percibía con el salario vulnerándose así el artículo 53 de la Constitución Política y menos que con la sentencia C-098 de 2013 se hubiere autorizado a la administración desmejorar de alguna manera derechos fundamentales como el de progresividad del salario, pues dicha sentencia hace referencia es a la imposibilidad de mantener unos derechos de carrera de una entidad ya desaparecida en aquellas que se convierten en entidades receptoras, pues es claro que allí sí hay una imposibilidad insalvable de que ello acontezca.

Y con base en lo anterior solicitó revocar el fallo apelado y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

En los alegatos de conclusión ratificó los argumentos expuestos en el escrito de apelación (fls. 8-10 c2).

La **Fiscalía General de la Nación,** en escrito que reposa en folios 11 a 15 alegó de conclusión señalando que la sentencia de primera instancia debía ser confirmada por las siguientes razones:

- El acto administrativo demandado se expidió en cumplimiento del deber legal que le imponían los decretos que reglamentaron la supresión del DAS con los cuales se respetaron los derechos constitucionales y legales de los servidores incorporados, por lo que no tiene fundamento la solicitud de nulidad del acto cuando sus argumentos radican en el desconocimiento de la ley.
- No fue probado que esa entidad hubiera actuado en forma ilegal al expedir el acto demandado y menos que el mismo sea contrario a la Constitución o la normatividad vigente si se tiene en cuenta que a través del Decreto 4060 de 2011 se establecieron las equivalencias entre la nomenclatura y la clasificación de los empleos, hecho por el cual para el cargo de detective 208-07 del DAS su equivalente es el de asistente de investigación criminalística V en la FGN, y ello así fue actualizado en el sistema de carrera con ocasión de la supresión del DAS.
- Adujo esa entidad que respecto al salario devengado por la parte demandante y conforme a la normatividad ya referida la prima de riesgo se entiende integrada a la asignación básica del nuevo cargo si se tiene en cuenta que lo percibido en el DAS al laborar desde el 23 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 desempeñando como último cargo el de detective 208-07 con una asignación mensual de un millón ciento setenta y dos mil ciento noventa y cuatro pesos ($1.162.194) y la prima de riesgo especial del 35% sobre la base de la asignación básica mensual la cual no constituía asignación salarial y según certificación expedida por la FGN el demandante ingresó a partir del 1 de enero de 2012 en el cargo de

asistente de investigación criminalística V con un sueldo de $1.902.065 el cual incluye la prima de riesgo o que evidencia un mayor monto en la asignación mensual

- Con base en las normas que rigen las prestaciones sociales de los servidores de ese ente se observa que en ninguna se incluye la prima de clima como parte de los emolumentos reconocidos por la entidad, por ende, se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 4057 de 2011 y la sentencia C-098 de 2013 en el sentido que los funcionarios incorporados del DAS se rigen por el régimen salarial y prestacional de la FGN, por lo que esa entidad obró conforme a la ley.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL, PRONUNCIAMIENTO SOBRE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD, PRESUPUESTOS PROCESALES Y NULIDADES

El proceso fue allegado al Tribunal el 7 de octubre de 2013, repartido al magistrado sustanciador al día siguiente y admitido el 11 del mismo mes (fls. 1 a 3).

En vista de que no se observó necesidad de llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento se corrió traslado a los sujetos procesales para que presentaran alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público para rendir concepto si a bien lo tenía (fl.6). Esta etapa fue aprovecha por las partes. El agente del Ministerio Público guardó silencio.

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el CPACA[1], no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se encuentra cumplido el procedimiento previsto en los artículos 162, 247 siguientes y concordantes del CPACA, es decir, se agotó el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Este Tribunal es competente para conocer del presente medio de control en razón de la naturaleza del asunto, el sitio donde se presta el servicio y porque la primera instancia fue decidida por uno de los juzgados administrativos de circuito de Yopal. No hay reparos sobre los demás presupuestos procesales.

No se configura caducidad, hubo agotamiento de la vida gubernativa y previamente a la presentación de la demanda se agotó el trámite de conciliación ante la Procuraduría.

El proceso ingresó al despacho para fallo el 22 de noviembre de 2013 (fl.16 C3).

2.- PROBLEMA JURÍDICO

Del análisis del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con relación a la decisión recurrida, resulta que esencialmente la inconformidad del recurrente radica en que la sentencia de primera instancia no accedió a las pretensiones de la demanda, especialmente en lo relacionado con el reconocimiento y pago de la prima de clima que devengaba en el DAS y que no se incluyó en el salario que ahora devenga en la Fiscalía.

2.1. Lo probado

Las pruebas fueron regular y oportunamente allegadas al proceso; todas ellas son pertinentes, pues existe relación directa entre el objeto de la presente acción y los

[1] Artículos 180-5 y 247 – 5 de la Ley 1437 de 2011.

medios de prueba aportados; todas resultan conducentes, si se tiene en cuenta que estamos en presencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde no hay reserva probatoria especial para demostrar los hechos, por una parte y por otra, porque las pruebas fueron aportadas en forma lícita; y finalmente, todas ellas devienen eficaces en consideración a que son útiles para llevar al convencimiento del juzgador los hechos que se pretenden demostrar. Resta observar que la prueba es eminentemente documental, con el carácter de pública y que no fue tachada de falsa, motivo por el cual constituye plena prueba respecto de lo que allí aparece.

Por lo tanto, analizadas una a una y en conjunto las pruebas que conforman el acervo probatorio incorporado en forma regular y oportuna al proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

a.- La señora **IVONNE MARITZA NIÑO CORONEL** laboró en el DAS desde el 23 de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011 y su último cargo fue el de detective 208-7 y a raíz de la liquidación de este organismo, pasó a la Fiscalía General de la Nación a desempeñar el cargo de asistente de investigación criminalística grado V a partir del 1 de enero de 2012 (fl.148).

b.- Las asignaciones salariales y prestacionales de los dos cargos mencionados desempeñados por la parte actora en el DAS y en la FISCALÍA durante los años 2011 a 2013, son los siguientes:

Año 2011(fl. 41 CP)		**Año 2012 (fl. 149 C1)**		**Año 2013 (fl. 150 C1)**	
CONCEPTO	**DAS**	**CONCEPTO**	**FISCALÍA**	**CONCEPTO**	**FISCALÍA**
Asignación Básica	$1.162.194	**Asignación Básica**	$1.611.490	**Licencia de maternidad (Asignación básica)**	$1.692.065.00 enero - febrero $564.000 marzo
Subsidio de alimentación	$42.528			**Sueldo vacaciones**	$1.563.610
Indemnización	$1.538.585 (diciembre)				
Prima de clima	$116.219	**Diferencia Prima de servicios**	$12.338	**Prima de Vacaciones**	$972.077
Bonificación por servicios	$581.097 octubre	**Bonificación por servicios**	$592.223	**Reconocimiento licencias**	$427.042
Prima de servicios	$1.249.917 (julio) $626.573 (diciembre)	**Prima de servicios**	$423.016		
Prima de navidad	$1.432.533	**Prima de navidad**	$2.034.297		
Prima de vacaciones	$902.718 (septiembre) $1.040.808 (diciembre)	**Prima de productividad**	$846.033 (junio) $709.727(dicie)		
Factores vacaciones	$191.883	**Diferencia prima de productividad**	$4.700		
Prima especial de riesgo (35%)	$406.768	**Licencia de maternidad**	$1.579.200		

Así las cosas, tal como lo manifiesta el apelante, fueron incluidos expresamente como salario en la Fiscalía la asignación básica y la prima de riesgo; la prima de clima no fue incluida expresamente como factor de salario a su ingreso a la Fiscalía, porque este ente no la contempla dentro de la escala salarial. Sin embargo, la prueba documental aportada permite establecer que además de los emolumentos salariales que devengaba la parte accionante en el DAS, a partir de

su ingreso a la Fiscalía, empezó a devengar un salario básico mucho mayor que el que tenía en el DAS. Ahora bien, como el sueldo mensual es la base para liquidar las prestaciones sociales, se infiere lógicamente que la accionante, a partir de su ingreso a la Fiscalía, empezó a devengar más de lo que recibía en el DAS por concepto de prestaciones sociales.

2.2.- La extinción del DAS

El Congreso de la República expidió la Ley 1444 de 2011 en la cual le otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República en los siguientes términos:

> *ARTÍCULO 18. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para:*
> *a)* ***Crear, escindir, fusionar y suprimir, así como determinar la denominación, número, estructura orgánica y orden de precedencia de los departamentos administrativos;***
> *b) Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios creados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;*
> *c) Modificar los objetivos y estructura orgánica de los Ministerios reorganizados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;*
> *d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;*
> *e) Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional;*
> *f)* ***Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado;***
> *g) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar;*
> *h) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas;*
> *i) Realizar las modificaciones presupuestales necesarias para financiar los gastos de funcionamiento e inversión necesarios para el cumplimiento de las funciones que se asignen a las entidades creadas, escindidas, suprimidas, fusionadas o reestructuradas en desarrollo de las facultades otorgadas por la presente ley;*
> ***j) Crear los empleos en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación que se requieran para asumir las funciones y cargas de trabajo que reciba como consecuencia de la supresión o reestructuración del DAS. En los empleos que se creen se incorporarán los servidores públicos que cumplan estas funciones y cargas de trabajo en la entidad reestructurada o suprimida, de acuerdo con las necesidades del servicio. Igualmente, se realizarán los traslados de recursos a los cuales haya lugar.***

PARÁGRAFO 1o. Las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en el presente artículo para renovar y modificar la estructura de la Administración Pública nacional serán ejercidas con el propósito de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público, hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública y con el objeto de lograr la mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos.

PARÁGRAFO 2o. ***El Presidente de la República determinará la planta de personal necesaria para el funcionamiento de las entidades creadas, escindidas, suprimidas, fusionadas o reestructuradas en desarrollo de las facultades otorgadas por la presente ley.***

PARÁGRAFO 3o. ***Esta ley garantiza la protección integral de los derechos laborales de las personas vinculadas a las distintas entidades del Estado reestructuradas, liquidadas, escindidas, fusionadas o suprimidas. Si fuese estrictamente necesaria la supresión de cargos, los afectados serán reubicados o reincorporados, de conformidad con las leyes vigentes.*** (negrillas fuera de texto).

El Gobierno Nacional, en uso de esas facultades expidió el Decreto 4057 de 2011 por medio del cual suprimió el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y reasignó funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública y entre estas y otras entidades del Estado en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 1o. SUPRESIÓN. Suprímese el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), creado mediante Decreto 1717 del 18 de julio de 1960 y demás disposiciones que lo modificaron o adicionaron.

El proceso de supresión se regirá por lo dispuesto en este decreto y las demás disposiciones legales y deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto. De no ser posible concluir el proceso en este lapso, el Director para la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), informará al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, justificando por escrito la necesidad de un plazo mayor y fijará un cronograma para concluir la supresión, que se adoptará mediante acto administrativo. En todo caso, el plazo adicional para la supresión no podrá exceder de un (1) año.

ARTÍCULO 3o. TRASLADO DE FUNCIONES. Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2o, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

3.1 Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.

3.2 La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía

General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.

3.3 La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional garantizará que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos de acuerdo a su naturaleza.

Igualmente, en desarrollo de esta función el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional deberá garantizar el acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial y autoridades administrativas que en razón a sus funciones y competencias lo requieran; los titulares de los datos tendrán acceso a la información correspondiente a su certificado Judicial en los mismos términos y condiciones señalados en las normas vigentes.

3.4 La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado.

PARÁGRAFO. Las entidades receptoras de las funciones sustituirán al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en los comités, juntas y demás instancias en los cuales participa y asiste, a la entrada en vigencia del presente decreto.

ARTÍCULO 6o. SUPRESIÓN DE EMPLEOS Y PROCESO DE INCORPORACIÓN. El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

***Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).** Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.*

Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condición de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

Los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).
PARÁGRAFO. Para efectos de la desvinculación del personal que goza de la garantía del fuero sindical, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia. Los procesos tendientes a obtener permiso para retirar al empleado amparado con el fuero sindical, deberán adelantarse dentro de los términos establecidos en la ley y los jueces laborales con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta.

ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN DE PERSONAL. ***El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor,*** *con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.*

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales.

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.

PARÁGRAFO 1o. Para la actualización en el registro de carrera de los servidores que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación, el DAS enviará la certificación que emita la Comisión Nacional del Servicio Civil que acredite la condición de empleados con derechos de carrera.

PARÁGRAFO 2o. A los empleados que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación o en las demás entidades receptoras, el Departamento

Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión deberá reconocer y pagar los beneficios salariales y prestacionales causados o su proporcionalidad a la fecha de incorporación.

Los servidores públicos que se encuentren en periodo de prueba a la fecha de publicación del presente decreto permanecerán en la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); una vez se produzca la evaluación satisfactoria de dicho período serán incorporados a los empleos que se hayan creado para el efecto en las entidades receptoras.

Hasta tanto se produzca dicha calificación serán comisionados a prestar sus servicios en las entidades receptoras.

Para los efectos del acto legislativo 04 del 7 de julio de 2011, entiéndase que la fecha de ingreso de los empleados provisionales que sean incorporados en las entidades receptoras de funciones, será la de su vinculación en esta condición en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

(...)"

Así mismo expidió los Decretos 4059 y 4060 de 2011, modificando la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y estableciendo las equivalencias de empleos entre el DAS y la Fiscalía respectivamente así:

"DECRETO NÚMERO 4059 DE 2011

31 DE OCTUBRE

ARTíCULO*1. -Modificase la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, creando los siguientes cargos de carácter permanente:*

No. De Cargos	***Denominación del Empleo***
Planta Global	
165 (Ciento Sesenta y Cinco)	*Agente de Seguridad I*
78 (Setenta y Ocho)	*Agente de Seguridad II*
21 (Veintiuno)	*Agente de Seguridad III*
7 (Siete)	*Agente de Seguridad IV*
808 (Ochocientos Ocho)	*Asistente de Investigación Criminalistica IV*
566 (Quinientos Sesenta y Seis)	***Asistente de Investigación Criminalistica V***

(...)". Negrilla del Tribunal

"DECRETO NÚMERO 4060 DE 2011

31 DE OCTUBRE

ARTÍCULO 1o. Establécense las siguientes equivalencias entre la nomenclatura y clasificación de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– y la nomenclatura y clasificación de empleos aplicable a la Fiscalía General de la Nación, así:

Empleos Departamento Administrativo de Seguridad – DAS	***Empleos Fiscalía General de la Nación***			
Denominación del	***Código***	***Grado***	***Denominación del***	***Grado***

Empleo			***Empleo***	
Detective	***208***	*7*	*Asistente de Investigación Criminalística*	*V*

(...)". (Sic para todo el texto).

Así las cosas, se evidencia que la parte actora fue vinculada en el cargo de asistente de investigación criminalística grado V, que es el equivalente al cargo de detective 208-7 que ostentaba en el DAS; y en ningún caso le ha sido desmejorada su situación salarial a partir de su ingreso a la Fiscalía; al contrario, aunque expresamente no se dijo que la prima de clima quedaba integrada dentro del nuevo salario básico de la demandante, lo cierto es que a partir de su ingreso a la Fiscalía General de la Nación empezó a devengar más por concepto de salario y de prestaciones sociales.

Resta observar que, de conformidad con el artículo 7 del Decreto Ley 4057 de 2011, el régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que fueron incorporados a la Fiscalía se rigen por el que esté vigente en la entidad receptora. Ello es apenas natural y obvio, pues el cargo que tenía en el DAS se extinguió; la ley simplemente les dio un derecho a reincorporarse por lo menos en condiciones similares a las que tenían en la anterior entidad, pero de allí no se infiere que los servidores públicos aludidos tengan derecho a percibir los salarios del anterior cargo y del nuevo. En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-098 de 2013 al resolver una demanda de inexequibilidad en contra del artículo 7 del Decreto Ley 4057 de 2011 determinando que:

> *"El legislador no está obligado a trasladar los beneficios contemplados en un régimen que ha perdido vigencia, en virtud de la supresión de la entidad a la que se aplicaba, a aquellos trabajadores que con el fin de garantizar su derecho a la estabilidad laboral fueron reubicados en otro organismo. Lo anterior por cuanto, se reitera, (i) la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es absoluta y no se antepone a la reestructuración de la administración, y (ii) la supresión de una entidad no solo implica que el organismo desaparezca de la estructura de la administración pública, sino también la cesación o el traslado de sus funciones, de su personal y de su régimen especial de carrera, en caso de existir"*

En consecuencia, por las anteriores razones se desestiman los argumentos expuestos por el recurrente, pues no tienen asidero fáctico ni jurídico; al contrario, se impone confirmar la sentencia apelada en lo que fue objeto del recurso.

3.- COSTAS

Esta materia se encuentra regulada actualmente en el artículo 188 del CPACA, que remite al C.P.C., estatuto que fija las reglas sobre el asunto en su artículo 392. Con anterioridad a la Ley 1437 de 2011, este aspecto se encontraba reglado en artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del C.C.A.

Pareciera que la primera norma mencionada en el párrafo anterior varió la concepción que traía el último artículo citado, que limitaba la condena en costas a aquellos casos en que ameritara imponerlas en consideración a la conducta de las partes, por la concepción de que quien pierde la instancia u otro acto procesal, inexorablemente debe asumir la condena al pago de costas.

Sin embargo, en un Estado de Derecho como el que prevé nuestra Constitución (artículo 1 C.P.) esa concepción absolutista va en contra de varios principios, especialmente el de acceso a la administración de justicia y el de gratuidad. Por tal motivo, a juicio de la Sala y siguiendo el criterio finalista de interpretación de las normas jurídicas, resulta más razonable ponderar en cada caso la actividad de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condena en costas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la conducta temeraria de la parte, si ella resulta dilatoria en la interposición de un recurso la proposición o trámite de un incidente, o el fundamento mismo de los actos procesales, pues algunos no son serios sino caprichosos, arbitrarios o algo similar.

Esa interpretación resulta incluso de la acepción "disponer" que utiliza el artículo 188, pues ella significa no la imperiosa condena en costas en caso de pérdida del proceso, incidente u otro acto procesal, sino un análisis fáctico jurídico que conlleve a la justicia, que al fin de cuentas es el objetivo último del derecho y de las decisiones judiciales.

Bajo estos presupuestos, para el caso que se analiza no resulta procedente la condena en costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de 15 de agosto de 2013, emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Yopal a través de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por **IVONNE MARITZA NIÑO CORONEL**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: **NO CONDENAR** en costas en esta instancia.

TERCERO: **ORDENAR** devolver la actuación al Despacho de origen cuando se encuentre ejecutoriada. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado

NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado

HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado

EASC

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Tribunal Administrativo de Casanare

Forjando Institucionalidad

Yopal - Casanare - Colombia

ACLARACIÓN DE VOTO A LA PROVIDENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013. PONENTE JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO, RADICADO 85001-33-33-001-2012-00027-01.

Con el debido respeto por los compañeros de Sala, y a pesar de que en términos generales comparto lo decidido, por cuanto en efecto las condiciones salariales del demandante no se vieron afectadas por el cambio de entidad, más bien mejoraron, desde el dogmatismo y abstractamente aclaro mi voto, pues no comparto la interpretación que desde las altas instancias jurisdiccionales, principalmente del órgano encargado de la protección y guarda de los preceptos constitucionales, se hace sobre instituciones bien diferenciadas e independientes: los derechos adquiridos, la favorabilidad en materia laboral y la progresividad y garantía de no regresividad de las conquistas laborales.

En efecto, sobre derechos adquiridos han corrido ríos de tinta desde tiempos inmemoriales, ocupándose de ellos las mentes más lúcidas de las ciencias jurídicas a nivel mundial, como las nacionales, las cuales coinciden en que mientras las situaciones no se hayan consolidado en cabeza del titular, es decir, que no haya cumplido todos y cada uno de los requisitos que las normas señalan para ello, puede el legislador cambiar las condiciones para la adquisición del derecho como, por ejemplo, variar el número de semanas y el tiempo de cotización o la edad para consolidar el derecho a la pensión, bajo determinadas circunstancias; contrario sensu, para quienes ya hubieren satisfecho los requisitos para acceder a determinadas prerrogativas, no podría la normatividad variar en detrimento suyo esas garantías o derechos que ya han entrado definitivamente en su patrimonio; en tanto la condición más favorable o más beneficiosa en asuntos de trabajo humano es relativamente reciente y hasta 1991 se constitucionalizó dicho principio fundamental en el artículo 53 en los siguientes términos: *"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad ni los derechos de los trabajadores".*

Este principio mínimo fundamental del trabajo, también conocido como *principio de no regresividad en materia laboral* o *progresividad de los derechos laborales,* reconoce o protege las conquistas de los asalariados e implica que la normatividad laboral carece de la virtualidad de desmejorar la situación jurídica y material del trabajador. En suma, significa que a un asalariado o trabajador, público o privado, que durante su vida laboral es

destinatario de una determina garantía o beneficio laboral prevista en una norma, no se le puede desmejorar su situación a través de otra norma, la cual solo operaría para quienes entran a laborar con posterioridad a la expedición de la norma nueva. Vale decir, es un asunto de vigencia de normas: como lo expresa el autor Jairo Villegas Arbeláez (*"Derecho Administrativo Laboral"*, tomo I, Editorial Legis, Bogotá, cuarta edición, 2000:

> *"Es la situación* (refiriéndose a la condición más beneficiosa) *frente a la cual se tutela al trabajador que venía disfrutando unas condiciones laborales en virtud de norma anterior, cambiadas por norma nueva, a fin de que en aplicación del principio mínimo fundamental, consagrado por el inciso final del artículo 53, que dice que la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores... El trabajador, por condición más beneficiosa, continuará regulado por la norma anterior.*
>
> *"Por supuesto que la sucesión normativa comporta y supone la preexistencia de norma y condición anterior y se aplica, por tanto, en forma exclusiva a quienes tenían la calidad de trabajadores a la fecha de expedición o vigencia de la nueva normatividad. En consecuencia, no se aplica la condición más beneficiosa a quienes ingresaron como trabajadores con posterioridad a la nueva norma".*

Y es que las instituciones de los derechos adquiridos, la favorabilidad y la condición más beneficiosa o progresividad y garantía de no regresividad en cuestiones laborales, son institutos bien diferentes y regulados de diferente manera en la misma Constitución.

Mientras que los derechos adquiridos encuentran su regulación en el artículo 58: "*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores...*"; y su origen se remonta al nacimiento del derecho occidental, consagrándose en todas las legislaciones escritas y consuetudinarias con arraigo en el derecho romano o por lo menos construidas bajo su influencia, ellos tiene que ver, fundamentalmente, con la defensa y adquisición de los derechos reales, de manera puntual con la defensa de la propiedad privada, base del sistema capitalista, como que sobre ella se edifican todas las constituciones de los países que acogen este sistema de relaciones de producción y que permean todas las demás instituciones, como para llegar a afirmarse que dependiendo de la regulación de la propiedad que se haga en un ordenamiento, se deducen su sistema político, su tipo de gobierno, la ideología que prevalece, su sistema jurídico, etc.

No sobra agregar que ya desde 1886, cuando se expidió la Constitución, se garantizaban el derecho de propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título (arts. 31, 32 y 33), mismos caracteres que vuelven a repetirse en la Carta de 1991, obvio si se tiene en cuenta que el sistema capitalista y las relaciones de producción son las mismas para ambas épocas; si bien en la Carta de 1886 se permitía el ejercicio de oficios y profesiones (art. 44), solamente con el Acto legislativo núm. 1 de 1936 se consagró el derecho al trabajo y se le protegió normativamente en el artículo 17 al señalar que es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado y las autoridades, reforma fruto de situaciones internacionales que amenazaban la misma existencia del sistema capitalista; posteriormente se protegieron las conquistas laborales, excluyéndolas de desmejoras bajo el estado de emergencia económica, aunque esto se volvió letra muerta dado el carácter autocrático del poder que emanaba de la Constitución de 1886 y que hacía de la Rama Judicial en la práctica un apéndice del Poder Ejecutivo.

Lo anterior para significar que los derechos adquiridos con justo título se refieren, esencialmente, a la protección de la propiedad privada en sus diferentes manifestaciones, material, artística, literaria, etc., y que su regulación constitucional, por lo menos en nuestro país, data de más de 200 años como quiera que no solo en la Constitución de 1886 sino ya desde las primeras constituciones provinciales, a partir de 1810, tuvieron su desarrollo y amparo normativo. Y que la institución de los derechos adquiridos de forma prevalente refiere a la adquisición y protección de la propiedad privada, prevista actualmente en el artículo 58 de la Carta Política, es que en el mismo texto se hace alusión a las circunstancias en las cuales prevalece el interés público sobre el interés social, la función social de la propiedad y sus implicaciones obligacionales para el titular del derecho, las diferentes formas de propiedad y las situaciones en que puede haber expropiación, circunstancias que obviamente no se aplican a los derechos laborales, amén de que tal disposición hace relación de manera exclusiva al derecho de propiedad y que sufrió una modificación por el Legislador en 1999 en relación a la expropiación sin indemnización previa por motivos de equidad, norma que venía de la anterior Constitución, reforma presionada por el capital internacional que alegaba inseguridad jurídica para sus inversiones, a pesar de que jamás se había aplicado desde 1936, cuando inicialmente se configuró.

También se deduce de lo antes dicho que la protección al trabajo es posterior, y que se requirió de una reforma constitucional, de una crisis económica mundial y de una nueva concepción de la sociedad y del Estado, amén del ejemplo de soluciones foráneas, ante todo la norteamericana de Roosevelt y su mentor Keynes, para que el trabajo humano y principalmente

quienes se veían en la necesidad de vender su fuerza laboral, fueran tomados en cuenta y protegidos en sus derechos. De modo, pues, que se trata de institutos diferentes, de regulación diferente y de causas y consecuencias también diversas.

Ello fue bien entendido y delimitado por el constituyente de 1991, al parecer no por quienes tienen la función de aplicarlo a las relaciones entre particulares y resolver asuntos precisos, pues en normas separadas plasmaron lo que debe ser separado, fijaron en disposiciones diferentes lo que es diferente, regularon aparte lo que debe ir aparte: la propiedad privada y el trabajo; no podían y en eso fueron consecuentes, unir lo que es contradictorio y antitético: la propiedad privada y el trabajo, entendida la primera con relación a los dueños de los medios de producción y no a la propiedad personal, y el segundo como creador de riqueza apropiada por los primeros.

En efecto, como son fenómenos distintos, con orígenes diferentes y consecuencias muy disímiles delimitaron y regularon en el artículo 53 las garantías de los trabajadores, los principios mínimos fundamentales que debe tener en cuenta el Legislativo cuando expida el estatuto del trabajo, tarea que no ha cumplido. Así, se plasmó por el constituyente primario, para el caso los que nos interesan, "*la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho*".

Este principio citado es el que comúnmente se denomina *"principio de favorabilidad"*, que significa que cuando una norma laboral admita interpretaciones diferentes, el intérprete u operador judicial debe optar por la más benéfica para el trabajador; también se puede presentar cuando coexistan normas laborales susceptibles de ser aplicadas razonablemente, de diverso origen formal, evento en el cual también se debe preferir la que favorezca al trabajador. Obsérvese entonces que la *favorabilidad* se predica cuando una disposición ofrezca varias interpretaciones o cuando coexistan dos o más normas, ambas vigentes, donde se debe preferir la más beneficiosa al trabajador, pues si no existe sino una sola porque otra que regulaba la misma situación pero de diferente manera (más favorable) fue eliminada del ordenamiento, habría no interpretación más favorable de las varias opciones interpretativas que pudiera tener una sola y misma norma, sino aplicación del principio de no regresividad.

Igualmente se señaló en el art. 53 lo siguiente, como principio mínimo fundamental en cuestiones laborales: *"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana*

ni los derechos de los trabajadores". Es lo que se conoce como *principio del no menoscabo de derechos o condición más beneficiosa o principio de progresividad en materia laboral,* el cual implica que en ningún caso, ni siquiera por decisión del legislador, las conquistas obtenidas, ya provenientes de la normatividad, cualquiera que fuere su fuente formal, o por los otros medios señalados en la norma transcrita, se consideran ingresados de manera definitiva al patrimonio de los asalariados y no pueden ser menoscabados, vaya decir, rebajados, disminuidos, acortados, etc., jamás. Es decir, obtenido por cualquiera de los medios reseñados una ventaja o mejora en sus condiciones salariales o prestacionales, quien fuere destinatario en ese momento de la mejora, ya no se le podrá recortar ni eliminar. En eso consiste la progresividad o garantía de no regresividad.

Puede el legislador cambiar las reglas de juego, como eliminar factores de salario, o de prestaciones, o aumentar la edad de pensión, etc., pero esos cambios operan para quienes ingresen al mercado laboral con posterioridad a los cambios efectuados. Nunca para quienes ya son beneficiarios de las condiciones más favorables. Esto queda ratificado por el art. 215 de la Constitución Política cuando prescribe que ni siquiera bajo el estado de excepción allí regulado el Gobierno puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores. Y si no lo puede hacer en estado de emergencia económica y social, menos en condiciones normales de tranquilidad económica, social, ecológica y de calamidad pública.

Desde antes de la C. P. de 1991 ya dentro de la jurisdicción ordinaria había voces autorizadas que convalidaban lo expuesto en esta aclaración de voto. El sacrificado magistrado de la Corte Suprema de Justicia Manuel Gaona Cruz en salvamento de voto a sentencia de septiembre de 1982 describió adecuadamente la naturaleza de la condición más beneficiosa en materia laboral:

> *"Si la Constitución instituye la especial protección al trabajo por parte del Estado (art. 17), si consagra la intervención estatal en el proceso económico para mejorar a los trabajadores (art. 32) y si expresamente prohíbe desmejorar sus derechos sociales reconocidos en leyes anteriores aún en época de emergencia económica (art. 122), resulta incuestionable que cualquier acto jurídico, llámese ley, decreto reglamentario o reglamento interno o general de un establecimiento público, que disminuya las condiciones globales de tipo salarial, prestacional o sobre riesgos, del trabajador, legalmente reconocidas, o que autorice sus desmejora, así dichas condiciones no se hubieren*

consolidado en forma individual bajo la égida de los derechos adquiridos, es inconstitucional..."[1].

El mismo Consejo de Estado en algunas providencias ha transitado la senda de la progresividad en material laboral:

El principio de progresividad constituye una directriz en materia de política pública para los Estados, en el sentido de velar por que los logros alcanzados en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

"2.5.8.1. Esta Corporación ha desarrollado una clara línea jurisprudencial relativa al deber estatal de desarrollo progresivo de los derechos sociales y a la prohibición prima facie de retrocesos en esta materia. Esta doctrina fue expuesta con claridad en la Sentencia C-038 de 2004[2]*, en donde, refiriéndose a las garantías mínimas en materia laboral, la Corte sostuvo que los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no eran los únicos que limitaban la libertad de configuración del legislador cuando adelantaba una reforma laboral, pues existía la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales, sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Explicó el fallo que en cuanto el trabajo era no sólo un derecho fundamental, sino también uno de carácter social, que como tal tenía unos contenidos legales mínimos, era un derecho de desarrollo progresivo al cual le eran aplicables el PIDESC y el Protocolo de San Salvador*[3]*, que prescribían el deber de los Estados de adoptar las /medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad.*
(...)

2.5.8.2. Más adelante, en la Sentencia T-1318 de 2005 [4] *-antes citada y referente concretamente al derecho a la vivienda digna-, la Corte se refirió a las fuentes normativas relativas al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos, y al*

---

[1] Tomado de Jairo Villegas Arbeláez, *Derecho Administrativo Laboral,* Tomo I, Editorial Legis, Bogotá, cuarta edición, año 2000.

[2] M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Ya anteriormente se había delineado esta doctrina en las sentencias C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

[3] Este Tratado contiene el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

[4] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

respecto señaló que de conformidad con los mandatos constitucionales y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, éste tenía la obligación efectiva de adoptar medidas para satisfacer los derechos de esta naturaleza. Al respecto recordó que de conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones contraídas por los Estados partes del PIDESC se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado, y que dentro de estas últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, ***es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en la materia****. (...).".* (Negrillas propias).

Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla (sic) *enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.*

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas[5].

Obsérvese entonces cómo las apreciaciones aquí consignadas sobre el principio de progresividad y garantía de no regresividad en asuntos laborales tiene pleno respaldo en la jurisprudencia de cierre de las Altas Cortes, a pesar de los bandazos que sobre derechos adquiridos, expectativas legítimas, simples expectativas y progresividad caracterizan la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La cita que hace de la Corte Constitucional el Consejo de Estado sobre la sentencia C-038 de 2004 en la jurisprudencia antes citada, indica a las claras que el órgano de control constitucional ha considerado, por lo menos en esa ocasión, que no solo los derechos adquiridos en materia laboral son dignos de protección constitucional y que por ende el legislativo estaba limitado en esas materias en la configuración propia de tales derechos, sino que era su obligación y de todos los demás órganos, desarrollar progresivamente las garantías laborales, nunca desmejorarlas, en palabras de la Corte Constitucional, le es prohibido desmejorar las conquistas ya alcanzadas. El Legislador, originario o derivado, puede utilizar sus competencias en materia laboral para favorecer, mejorar, ampliar la situación salarial y prestacional de los trabajadores, pero nunca, óigase bien, nunca, para desmejorarlos, en el entendido de que esta prohibición opera para quienes en un momento determinado sean destinatarios de esas normas que los benefician, no para quienes entren al mercado laboral después de que el Legislador reforme o desmejore un derecho en materia laboral, trabajadores que deberán someterse a las nuevas condiciones de trabajo.

Sin embargo, la misma Corte Constitucional, en fallos posteriores, protegió las simples expectativas de quienes estuvieran en camino de obtener ciertas ventajas laborales derivadas de la normatividad y estuvieran próximos a pensionarse por estar en vías de adquirir los derechos inherentes a esa condición (C-754 de 2004, demanda contra el

---

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 4 de agosto de 2010. Rad. núm.: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), actor: Luis Mario Velandia, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

artículo 4° de la Ley 860 de 2003, que modificaba el régimen de transición de la Ley 100 de 1993).

Resumiendo, y como ejercicio intelectual derivado de lo dicho, la Corte Constitucional no ha sostenido una misma posición o línea de acción en estos asuntos de por sí sensibles pues afectan a los asalariados. Basta observar lo plasmado en la sentencia que modificó las pensiones de los congresistas, C-258 de 2013, en particular sobre el concepto de derechos adquiridos. Por su parte, la línea de este Tribunal sobre no regresividad de los derechos sociales de los ciudadanos ha sido ratificada en varios fallos, entre ellos el de 24 de mayo de 2012, M. P. Héctor Alonso Ángel. Ángel.

Como conclusión, reiterando lo dicho al comienzo, si bien comparto la decisión adoptada por la Sala en el entendido de que la inclusión de la prima de clima que alegaba el demandante no procedía en el caso concreto puesto que en últimas el salario del empleado en la nueva entidad mejoró, considero que si hubiera sucedido lo contrario, vale decir, se hubiera desmejorado el salario, la prima de clima ha debido reconocerse pues fue una conquista obtenida mientras trabajaba, en virtud del principio de progresividad en asuntos laborales, y la misma debió reflejarse de alguna manera en el nuevo ingreso.

Cordialmente,

HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado
Fecha ut supra