

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013).

Ref.: Fallo. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: REINCORPORACIÓN SERVIDORES DAS. RESTRICTORES: (1) EMOLUMENTOS LABORALES. (2) RÉGIMEN FISCALÍA GENERAL. (3) PRIMA DE CLIMA. ASUNTO LITIGIOSO (palabras clave): INCORPORACIÓN DE SERVIDORES DEL DAS A LA PLANTA DE LA FISCALÍA. PRESERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS VERSUS SUJECCIÓN AL NUEVO RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES. INCLUSIÓN DE PRIMA DE CLIMA. DESMEJORAMIENTO OBJETIVO: CARGA DE LA PRUEBA.

Radicado: 850013333002-2012-00033-01
Demandante: JAVIER DUARTE RODRÍGUEZ
Demandado: NACIÓN –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-
Primera Instancia: JUEZ 2° ADMINISTRATIVO DE YOPAL
Fecha decisión: 16-VIII-13
Radicado interno: 2013-00510

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho promovido con ocasión de la incorporación de un servidor público en carrera a la planta de la Fiscalía por la supresión del DAS, quien considera que sus derechos en materia salarial y prestacional le fueron disminuidos. La parte actora apeló la decisión desestimatoria.

HECHOS RELEVANTES

El señor Duarte Rodríguez se desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2011 en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) como guardián 214, grado 04, inscrito en el régimen especial de carrera¹.

Con ocasión de la supresión del DAS fue incorporado a la planta de la Fiscalía General de la Nación al cargo de “agente de seguridad I” en la Dirección Seccional CTI - Tunja, mediante Resolución 3433 de 2011².

¹ Devengaba una asignación mensual de \$ 938.768 y una prima especial de riesgo correspondiente al 30% sobre la asignación básica mensual, fol. 63 c. pruebas.

² Expedida el 29 de diciembre por el Fiscal General, fol. 678 c. principal, tomo III.

Afirma la parte actora que el salario y las prestaciones devengados en el DAS en supresión eran mayores que los emolumentos que por ese concepto le son cancelados en el cargo al que fue incorporado en la Fiscalía³.

ASUNTO LITIGIOSO

Se trata de determinar si con ocasión de la incorporación de un servidor público en carrera a la planta de la Fiscalía por la supresión del DAS, le fueron menguados sus derechos en materia salarial y prestacional, porque según su apreciación no se incluyó en la asignación salarial el valor que por concepto de prima de clima percibía en la entidad suprimida.

Para la **parte actora** la prima de riesgo y la de prima, que hacían parte de su salario en la entidad suprimida, deben integrar la remuneración mensual que percibe en la Fiscalía, entidad que únicamente sumó la prima de riesgo pero no hizo lo propio con la de clima. Además hizo glosas al mecanismo de equivalencias entre empleos de las dos entidades utilizado por la receptora.

En tanto que para la **demandada**, el régimen salarial aplicable es el previsto en la entidad a la cual es incorporado en virtud de lo establecido en el Decreto 4057 de 2011. La prima de clima no hace parte de los emolumentos que la Fiscalía reconoce.

DECISIÓN RECURRIDA

El juez segundo administrativo de Yopal profirió sentencia el 16 de agosto de 2013 en la que negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas (fol. 756).

Concluyó que el proceso de incorporación del demandante a la FISCALÍA fue ajustado a la ley, para ello se refirió a la normatividad que rigió el proceso de supresión del DAS⁴, a los *derechos adquiridos* y transcribió apartes de la sentencia C-098 de 2011⁵.

³ Su actual nominador no le cancela prima clima y la de riesgo la incorporó su salario básico,

⁴ Ley 1444 de 2011, por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al presidente de la República para modificar la estructura de la Nación y se dictan otras disposiciones; Decretos 4057, 4059 y 4060 de 2011, por los cuales se suprime el Das, se modifica la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se establecen unas equivalencias de empleos, respectivamente.

⁵ Por medio de la cual se declaró exequible el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011.

De lo acreditado en el expediente precisó que la asignación que fijó la Fiscalía al demandante fue acorde con lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del decreto 4057 de 2011, pues el salario asignado fue superior al devengado en la entidad suprimida, el cual comprende la asignación básica y la prima de riesgo.

Resaltó que: i) la sentencia constitucional precisó claramente que los exfuncionarios del DAS trasladados y/o incorporados a la Fiscalía se someten íntegramente al régimen tanto salarial como prestacional de la misma, no se trata de derechos adquiridos de una entidad extinta sino de meras expectativas ii) la parte actora no acreditó el trato discriminatorio entre funcionarios en las mismas o similares condiciones laborales que fueron incorporados a la FISCALÍA para soportar los cargos de violación al derecho de igualdad que hizo en el libelo ni las demás causales de nulidad contra el acto acusado.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora (fol. 775) se ocupó de dos bloques temáticos:

1- Atinente a la prima de clima. Señaló que se equivoca el juez al concluir que no se desmejoró salarialmente al demandante por el hecho de percibir una asignación mensual mayor a la devengada en el DAS toda vez que la prima de clima hace parte del salario del trabajador y no es una mera expectativa, ella integraba la remuneración salarial del accionante.

Reiteró que: i) pese a estar acreditado que devengaba la prima de clima no se tomó como parte del salario sino como prestación social lo cual no es acertado, ii) al actor le fueron desmejoradas las condiciones salariales y sociales al no reconocerse el valor de la prima de clima que por derecho percibía como salario vulnerándose el principio de la progresividad del mismo (art. 53 C.P)

Se duele del hecho de que la Fiscalía al reincorporar al actor y al fijar su asignación mensual le sumó la prima de riesgo pero no hizo lo propio con el valor de la prima de clima la cual hace parte de su salario; cuestiona que si ninguna de ellas existe en el régimen salarial y prestacional de la Fiscalía, por qué la primera sí se incluyó en la asignación mensual del actor y no se hizo lo mismo con la otra.

Aclaró que en la actualidad el salario devengado en la Fiscalía es superior al percibido en el DAS, pero el incremento obedece a una bonificación que no

constituye factor salarial, sino que fue creada posteriormente a la incorporación mediante los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, como consecuencia de las luchas sindicales de la Rama Judicial y la Fiscalía.

Por último, advirtió que la sentencia C-098 de 2013 no autoriza que se vulnere dicho principio pues en ella se hace referencia a la imposibilidad de mantener unos derechos de carrera de una entidad ya desaparecida, frente a los que se confieren en la receptora.

2- Agregó que se vulneró el derecho a la igualdad porque no medió estudio técnico para proveer en la Fiscalía los cargos y efectuar la homologación conforme a las funciones, experiencia y calidades ostentadas por los funcionarios del DAS, pruebas que pese a haberlas solicitado y ser decretadas no se acopiaron, no obstante ser deber de la accionada el aportar con la contestación de la demanda todos los documentos que se encuentren en su poder (parágrafo 1 del numeral 7 del artículo 175 CPACA).

ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Resumen de los alegatos: Parte actora, se limitó a transcribir el recurso de apelación, sin hacer un aporte adicional (fol. 8 c. 3). La entidad accionada no alegó y el Ministerio Público no conceptuó.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1ª Examen formal. Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con el art. 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal; no se vislumbra necesidad de saneamiento de oficio.

Se proveerá decisión de mérito, puesto que la acción se instauró oportunamente por una persona natural capaz de hacer valer sus derechos y contra un centro presupuestal y de responsabilidad sin personería jurídica, debidamente representado y legitimado por pasiva, tanto en la perspectiva formal como en la material, como luego se precisará.

2ª Delimitación de los cargos y del debate en segunda instancia

2.1 La parte actora propuso discusiones relativas a la incorporación a la planta de empleos de la Fiscalía General, por presunta transgresión de los parámetros de *homologación o nivelación* acorde con las funciones que tenía en el DAS; ellas fueron instrumentales pues el propósito final de la demanda lo fue la *nivelación salarial y prestacional* porque según su apreciación *fue desmejorado* en la entidad receptora (pretensiones declarativas 1 al 4; pretensiones de condena 1 y 2).

2.2 La sentencia de primer grado las encontró todas infundadas.

2.3 En la apelación se concentró el reparo en la *prima de clima*: según el demandante, debió sumarse a la asignación mensual, de igual manera que se hizo con la prima de riesgo. De ello deriva su perspectiva concreta de *desmejoramiento salarial*.

No obstante, a diferencia de lo que ocurrió en otros casos ya resueltos⁶, en la sustentación del recurso retomó algunos elementos de la discusión relativa a la *comparación* del tratamiento presuntamente más favorable que se dio a otros servidores del DAS incorporados a otras entidades (Policía Nacional y Ministerio de Relaciones Exteriores); igualmente, aludió a hipotético desmejoramiento por haberse desaprovechado la experiencia y la formación específica del actor, lo que ha debido permitirle acceder a un empleo de mayor categoría en la Fiscalía General.

2.4 Aunque posteriormente se retomará el punto, es pertinente advertir que la Sala prescindirá del extenso análisis relativo al proceso normativo que culminó con la decisión de suprimir el DAS, de incorporar al demandante a la planta de empleos de la Fiscalía General y de asignarlo a una determinada nomenclatura de dicha planta, pues esas discusiones iniciales quedaron resueltas en el fallo de primer grado, *sin reparos concretos actuales* del recurrente. Se prescindirá, entonces, de recorrer el sistema de fuentes en lo que atañe a la constitucionalidad – ya declarada por la Corte Constitucional – de algunos de los pilares de esa novedad en la estructura del Estado.

⁶ Sentencias del 7 de noviembre de 2013, ponencias de Néstor Trujillo González, radicados 2012-00028-01 y 2012-00029-01, procedentes del Juzgado Primero Administrativo de Yopal.

3ª Problemas jurídicos abstractos

*PJ1. **Prima de clima.** Cuando se produce la incorporación de un servidor de carrera del DAS a la planta de empleos de otra entidad estatal, por supresión de aquella en la que laboraba, ¿tiene derecho a la intangibilidad del régimen salarial y prestacional que venía devengando?*

3ª Problema jurídico abstracto

¿Cuándo se produce la incorporación de un servidor de carrera del DAS a la planta de empleos de otra entidad estatal, por supresión de aquella en la que laboraba, tiene derecho a la intangibilidad del régimen salarial y prestacional que venía devengando?

Tesis. No, la intangibilidad de los emolumentos laborales que tenía el servidor del DAS no es absoluta; al incorporarlo a otro ente estatal queda sometido al nuevo régimen, mientras no haya desmejoramiento objetivo de su remuneración total.

3.1.1 El sistema de fuentes y la jurisprudencia han desarrollado un sistema de garantías a favor de los servidores de carrera que por variaciones de la estructura del Estado deban pasar de entes suprimidos a otros receptores, sin menoscabo de sus derechos de carrera. Así lo disponen, entre otros preceptos generales, los arts. 53 y 58 de la Carta y el art. 44 de la Ley 909 de 2004; y las sentencias C-262 de 1995⁷, C-209 de 1997⁸, C-880 de 2003⁹, C-314 del 2004¹⁰ y C-795 del 2009¹¹, entre las que citó el Ministerio Público, proferidas por la Corte Constitucional.

3.1.2 No obstante, dichas garantías pueden expresarse de diversas maneras por voluntad del legislador, las cuales serán legítimas mientras no se erosionen los *derechos*

⁷ Juzgó normas de la Ley 99, respecto del régimen de salarios y prestaciones de servidores de corporaciones autónomas regionales.

⁸ Relativa a la Ley 300 de 1996, sector turismo: enfatizó que el régimen laboral puede variar para quienes pasan de una entidad suprimida a otra, *sin menoscabo de derechos adquiridos*.

⁹ Acerca de la Ley 790, programa de renovación de la Administración; más adelante se retoman sus lineamientos en la sentencia C-098 de 2013.

¹⁰ Respecto del Decreto 1750 del 2003, escisión del ISS: reitera que los *derechos adquiridos* son intangibles, pero restringidos estos a situaciones *consolidadas* que han ingresado al patrimonio del trabajador. No al *régimen laboral* propiamente dicho.

¹¹ Juzgó la Ley 1105 del 2006. Se ocupó del *retén social* a favor de prepensionados, entre otros aspectos, como límite para que la reestructuración del Estado no genere "injusticia social".

ya causados, e incluso, acorde con lo que provea un ordenamiento en concreto, el de continuar devengando emolumentos que objetivamente preservan el núcleo de la remuneración que traía el servidor. Para establecer si dicho núcleo se afecta o no, tiene que hacerse una comparación integral de los respectivos sistemas de remuneración, incluidos los diversos componentes del salario y las prestaciones sociales.

3.1.3 Una aplicación concreta de ese marco abstracto puede verse, para el caso específico de los empleados del DAS que fueron incorporados en la Fiscalía General o en otras dependencias u organismos del Estado, en el art. 7° del Decreto 4057 del 2011, por el cual se desarrolló el principio consagrado en el art. 18 (parágrafo) de la Ley 1444¹², así:

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.

¹² Ley 1444. 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:

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.

3.1.4 Dicha norma (apartes subrayados) fue acusada por presunta infracción de las garantías constitucionales; la Corte delimitó el problema jurídico que debía resolver, así:

En este sentido, el problema planteado en la demanda no fue en ningún momento que se respetaran los derechos ya adquiridos por los ex servidores públicos del DAS durante el tiempo en el cual estuvieron vinculados a esta entidad, los cuales textualmente se amparan en la norma acusada con la expresión: *“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”*; sino que lo que se cuestiona es la frase inmediatamente siguiente, de acuerdo con la cual: *“A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora”*.

Por lo tanto, la inconformidad de los demandantes radica en que la incorporación en un nuevo régimen salarial, prestación, de carrera y de administración de personal a partir de su ingreso a la entidad receptora afecta los derechos de los trabajadores, por cuanto el legislador no pudo haber ordenado aplicar el régimen de la entidad a la que ingresan sino que el trabajador debía conservar también el que tenían en el D.A.S.

En este orden de ideas, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si la norma acusada, afecta los derechos de los antiguos trabajadores del DAS, al señalar que se regirían por el régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de las entidades receptoras una vez se incorporen a éstas¹³.

Y previo recorrido por la jurisprudencia constitucional relativa a la protección de los derechos adquiridos de los servidores de carrera, cuando ocurren modificaciones en la estructura, el tamaño o la organización del Estado, retomó los lineamientos de la sentencia C-880 de 2003 acerca de la inviabilidad constitucional del *desmejoramiento laboral* y concluyó así:

La sentencia **C-314 de 2004** analizó el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 en el cual se señalaba que el Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en dicho decreto será el de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva agregando que se entenderán por derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas:

“El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”.

La Corte decidió en esta sentencia declarar constitucional la primera parte de la norma e inconstitucional la expresión *“Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones*

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-098 de 2013, ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas” por 2 razones:

- En primer lugar, se consideró que esta expresión únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial.
- En segundo lugar, se afirmó que no existe una clara diferencia entre la prestación que se ha causado y la que ha ingresado en el patrimonio del trabajador, pues cuando una prestación o un derecho han sido causados se entienden incorporados en el patrimonio del acreedor. Así mismo se consideró que el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos.

En esta sentencia adicionalmente se señalan algunos criterios para la interpretación de los derechos adquiridos que son fundamentales para el análisis de la norma demandada:

- (i) Las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen *derechos adquiridos* sino *meras expectativas*.
- (ii) Por disposición expresa del artículo 58 constitucional, “los derechos adquiridos son intangibles, lo cual implica que no pueden ser desconocidos por leyes posteriores, no obstante lo cual ésta pueda modificar o, incluso, extinguir los derechos respecto de los cuales los individuos tienen apenas una simple expectativa”.
- (iii) Ni la ley ni las autoridades administrativas o judiciales pueden modificar situaciones jurídicas que se han consolidado conforme a leyes anteriores, pero pueden hacerlo en caso de meras expectativas.

Si bien la norma demandada es similar al artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 tiene una diferencia fundamental y es que no define lo que puede entenderse por derechos adquiridos que justamente fue la razón para que se declarara la inconstitucionalidad de la expresión acusada en la sentencia C-314 de 2004 luego confirmada en la **C-349 de 2004** que se está a lo resuelto de ésta. Lo que sí permite concluir esta sentencia es la posibilidad de que la ley pueda modificar las situaciones jurídicas que constituyen meras expectativas como la posibilidad de que el régimen salarial, prestacional y de administración de personal de una entidad que ha sido extinguida del ordenamiento jurídico se conserve. Lo que claramente debe protegerse son los derechos adquiridos, lo cual incluso es señalado por la propia norma demandada.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el legislador es competente para reformar la estructura de la administración en relación con el régimen salarial, prestacional y de administración de personal de los servidores de entidades reestructuradas, la modificación planteada en la norma demandada (parcialmente) se ajusta a la Carta Política y a la jurisprudencia constitucional y no desconoce en manera alguna derechos adquiridos, en la medida que la reubicación de estos trabajadores, por sí sola, no implica una desmejora de sus condiciones laborales¹⁴.

3.1.5 Significa lo anterior que no es factible reabrir el debate en torno a la constitucionalidad de la opción que se plasmó en el Decreto 4057, porque la Corte lo

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-098 de 2013, ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

cerró expresamente y encontró conforme a la Carta la orientación general de dicho estatuto, en cuanto dispone que *el régimen salarial y prestacional del servidor del DAS que se incorpora a la planta de otra entidad*, para el caso Fiscalía, *será el del ente receptor*, cuando bien pudo ocurrir que se hubiera ordenado lo contrario, esto es, que trajera consigo el que tenía; con solo dos salvedades: i) los *derechos consolidados*, esto es, lo que ya se causó, no podían desconocerse; y ii) no puede haber *desmejoramiento laboral*, integralmente considerados los dos modelos de remuneración (salarios y prestaciones sociales).

3.1.6 La inclusión de la *prima de riesgo* en la asignación básica fue mandato expreso del aludido decreto; no ocurrió lo mismo con la de *clima*, no porque sea *prestación social* o porque tenga naturaleza *salarial*, sino porque esa fue la voluntad del Gobierno, explicable porque no está asociada a la *función*, ni a las *responsabilidades*, ni al perfil ocupacional o al desempeño de quien la devenga, sino a contingencias geográficas que pueden variar de un lugar a otro. Tanto en una planta global, en la que el empleado puede ser trasladado de sitios inhóspitos, que justifican ese plus de remuneración, a otros significativamente mejores donde pueda estar excluida de los beneficios laborales concretos, arista que esta Corporación estudió exhaustivamente cuando tuvo que ocuparse del *incentivo rural de los docentes*¹⁵.

Por ello, para que pudiera prosperar la aspiración de quien demanda porque la *prima de clima* no se incluyó en la asignación básica ni en el paquete de emolumentos laborales en la entidad receptora, tiene que demostrarse que hubo *desmejoramiento objetivo* de dichos emolumentos: esto es, que comparados los diversos componentes del salario y de las prestaciones sociales, pasó de ganar un monto X a devengar otro *menor que X*.

No será suficiente decir en abstracto que la ausencia de la *prima de clima* en la nueva estructura de salarios y prestaciones sociales por sí sola causa el detrimento, pues solo la comparación integral de los dos modelos permitirá identificar y concretar los efectos del desmejoramiento laboral que la sentencia C- 098 del 2013 dispuso proscribir.

¹⁵ Conocido como "*bonificación remunerativa especial*". TAC, sentencia fundante de la extensa línea, retomada en todo su contenido dogmático por todos los ponentes, del 23 de abril de 2009, actora Reinalda Cabrales, expediente 2006-00444-01; a su vez reenvía a sentencia de la misma fecha, expediente 2007-00214-01 en la que se estudió la problemática completa del incentivo rural. En ambas, ponente Néstor Trujillo González.

PJ2. Principio de igualdad. *¿Es factible examinar presunto trato discriminatorio entre servidores del DAS incorporados a la Fiscalía General de la Nación y los que fueron asignados a otras dependencias oficiales, sin que se hayan concretado en la teoría de caso de la demanda en qué consistieron las desventajas objetivas de las que fue sujeto pasivo?*

Tesis. No. Quien demanda por presunto trato discriminatorio en el proceso de homologación de cargos entre la entidad suprimida y aquella que deba recibirlo en nueva planta, o por diferenciación negativa con otros incorporados, debe precisar y concretar en qué ha consistido la desventaja de la que dice ser víctima y probar sus presupuestos fácticos.

En efecto: no bastaba *afirmar* o exponer argumentos abstractos acerca de presunta transgresión del principio de igualdad, para forzar al juzgador a revisar de oficio minuciosamente los *antecedentes* de las decisiones administrativas que fijaron las equivalencias, ni tampoco a explorar en las incorporaciones a otros entes estatales cómo se seleccionaron los servidores que irían a cada uno de los receptores: la *teoría de caso* que tiene que ofrecer quien demanda (*causa petendi*, *asunto litigioso*, *fundamento fáctico y normativo de la pretensión*, entre otros aspectos) no puede ser etérea; aunque sus requerimientos básicos permitirán admitir el libelo, no corresponde al juez suplir la iniciativa de la parte de quien se espera precisión y claridad, pues es quien conoce y domina los escenarios en los que sustenta sus aspiraciones.

Acorde con las particularidades del caso concreto, ni en la demanda ni en la apelación se dijo específicamente en qué consistió el trato discriminatorio respecto de los incorporados a entes u organismos diferentes a la Fiscalía; no era suficiente ofrecer unos pocos nombres, pues el relato fáctico carece de rigor, ni identifica cuál era el perfil ocupacional de quien se consideró discriminado, ni cuál el de los presuntos favorecidos. Tampoco se precisó en qué consistió el error relativo a las equivalencias entre los empleos del DAS y los de la Fiscalía, esto es, cuál ha debido ser el cargo al que el demandante le habría correspondido ser incorporado acorde con su hoja de vida, ni de qué manera la desventaja que se predica pudo haber incidido en el desmejoramiento objetivo de su remuneración.

Las políticas de Estado que determinaron que los servidores del suprimido DAS pasaran, con sus privilegios de una carrera especial, a otras entidades estatales relativamente afines (Policía Nacional, Fiscalía y Ministerio de Relaciones Exteriores – área de servicios migratorios), fueron halladas conformes con la Carta en su juzgamiento abstracto, con la particularidad de someterlos al régimen integral del ente receptor; luego las condiciones concretas de presunto desmejoramiento laboral tenían que precisarse en la demanda, identificarse y probarse en todos sus extremos fácticos

4. El caso concreto

Acorde con el marco abstracto anunciado, deberá precisarse si en este proceso quedó demostrado que el demandante quedó devengando en la Fiscalía General *menos* de lo que devengaba en el DAS, considerados todos los emolumentos propios del servicio en las dos entidades.

No hay lugar a explorar detalladamente el segundo cargo (según la agrupación metodológica de este fallo), por presunta vulneración del principio de igualdad, porque ni siquiera se dijo clara y concretamente en qué consistió la diferenciación negativa. De ahí que sea estéril la discusión relativa a la hipotética necesidad y viabilidad de recaudar en segunda instancia elementos de prueba que debieron allegarse ante el a-quo.

No está de más señalar que la carga de aportar la pasiva los *antecedentes administrativos del acto acusado*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del art. 175 de la Ley 1437, tiene un presupuesto ineludible: *que se hayan expresado cargos concretos en la demanda* que permitan identificar cuáles de los complejos o prolijos archivos oficiales deban revelarse ante el juez. Una demanda sin teoría de caso, sin plan detallado de la estructura de la *causa petendi*, deja a la demandada en la incertidumbre respecto de lo que tuviera que exhibir con la contestación; y al juez inerte para *fijar el litigio*, estructuras procesales que deben quedar definidas preclusivamente en la audiencia inicial, no dejarse a la espera del fallo de primer grado, para esgrimirlo como aparente novedad en la apelación de quien resulta vencido.

4.1 **Medios y hechos relevantes probados**

El señor Duarte Rodríguez ostentaba en el DAS el cargo en propiedad de guardián grado 214-04¹⁶; fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación como asistente de agente de seguridad I¹⁷.

Se certificaron las funciones y los requisitos de los cargos desempeñados en el DAS por el demandante¹⁸ y a folio 36 del cuaderno de pruebas se encuentra el manual específico de funciones y competencias laborales del cargo que desempeña en la Fiscalía.

Fue inscrito en carrera de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la Resolución 0031 del 9 de abril de 2012 en el cargo de agente de seguridad I (fol. 295 c. principal, tomo III).

Se aportaron los estudios técnicos que precedieron a la supresión del DAS en medio digital visible al folio 13 c. pruebas.

El último salario devengado en el DAS correspondió a una asignación mensual de \$ 938.768 y devengó una prima especial de riesgo del 30% sobre la asignación básica mensual (\$ 281.630,4), fol. 62 c. pruebas. Total salario incluida prima de riesgo: \$1.220.398,4.

Según comprobante de nómina de diciembre de 2011, devengó además de los dos factores antes aludidos, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, primas de servicios, de vacaciones, de navidad y de clima (10%), bonificación por recreación, auxilio de cesantías y recibió indemnización por “vaca dinero/proporcional” (sic, fol. 62 c. pruebas).

El salario que devengó al ser incorporado en la Fiscalía correspondió a una asignación mensual de 1.392.853¹⁹ y para el año 2013 en la Fiscalía se desempeña como asistente investigación criminalística V en la Dirección Seccional del CTI de

¹⁶ Inscrito en el régimen especial de carrera según resolución No. 0380 del 30 de marzo de 1999, en el cargo de guardián código 214 grado 04 y actualizada su incorporación en virtud de la resolución 085 del 17 de enero de 2001, fol. 719 c. pruebas tomo III y 63 c. pruebas.

¹⁷ En virtud de la Resolución 3433 del 29 de diciembre de 2011, fol.668 c. principal, tomo III.

¹⁸ Folio fol. 64 del cuaderno de pruebas.

¹⁹ Fijado en el Decreto 875 de 2012. Desde enero a abril percibió una remuneración mensual de \$ 1.326.526; en mayo le fue cancelado su salario con el incremento y el retroactivo, fol. 34 c. pruebas.

Santa Rosa de Viterbo y percibe una asignación mensual de \$ 1.392.853²⁰, fol. 35 cuaderno de pruebas.

Como servidor de la Fiscalía devenga además de su sueldo: prima de navidad, prima de servicios, bonificación servicios y prima de productividad, folio 34 c. pruebas.

Pero la evidencia allegada al expediente *no permite* comparar la totalidad de los emolumentos laborales entre las dos entidades; la escueta discusión relativa a la certificación o prueba de la *prima de clima*, que afirma haber devengado en el DAS y no tenerla en la Fiscalía, resulta así secundaria: simplemente no se ha dicho ni probado que comparados integralmente los dos modelos de emolumentos laborales, realmente haya quedado *ganando menos* en la entidad receptora, que en la sometida a supresión por reestructuración de dependencias nacionales.

Conclusión. En las expresadas condiciones, se impone confirmar la sentencia recurrida, pues el presupuesto fáctico que pudiera permitir una solución diferente, a partir de los lineamientos constitucionales indicados en la parte abstracta de este fallo, carecen de demostración en el caso concreto.

Costas²¹. Aunque el recurso de la parte actora no prospera, no hay lugar a ellas pues no se vislumbra temeridad procesal ni conducta impropia. Es la opción interpretativa que viene siguiendo sistemáticamente la Sala, acorde con la cual la *ponderación* a que alude el art. 188 de la Ley 1437 excluye la solución mecanicista del procedimiento civil: no cabe aquí predicar que *el que pierda paga costas*, pues tendrá además que valorarse cuál fue su comportamiento en el litigio²².

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

²⁰ Para la fecha de la certificación aún no se había expedido el Decreto 1035 de 2013, que fijó como salario para el año 2013 la suma de \$ 1.440.768.

²¹ La procedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

²² Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; auto de segunda instancia del 21 de marzo de 2013, expediente 850013333001-2012-00030-01 (interno 2013-00180-01); sentencia (ACU) del 25 de abril de 2013, expediente 850012333002-2013-00084-00; sentencia del 20 de junio de 2013, expediente 850012333002-2012-00243-00; autos de segunda instancia del 10 de octubre de 2013, expedientes 850013333002-2013-00194-01 y 850013333002-2013-00203-01; sentencias del 17 de octubre de 2013, radicados 850012333002-2013-00008-00 y 850013333002-2012-00107-01, sentencia del 24 de octubre de 2013, expediente 850013333001-2012-00020-01; sentencias del 31 de octubre de 2013, radicados 850013333001-2012-00155-01, 850013333001-2012-00016-01 (2013-00427) 850013333001-2012-00040-01 (2013-00450); y sentencias de la misma fecha, radicados 850013333001-2012-00029-01 (2013-00476) toda la serie con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González.

Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213-00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

RESUELVE:

1° CONFIRMAR, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia del 16 de agosto de 2013, proferida por el juez segundo administrativo de Yopal, por la cual definió las pretensiones de JAVIER DUARTE RODRÍGUEZ contra la Nación- Fiscalía General de la Nación-.

2° Sin costas en la instancia.

3° En firme lo resuelto, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas copias y constancias en los registros de Secretaría.

NOTIFÍQUESE

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta. NRD Duarte Rodríguez Vs. Fiscalía).

Los magistrados,


NESTOR TRUJILLO GONZÁLEZ


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

NTG/Lida



ACLARACIÓN DE VOTO A LA PROVIDENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2013.

PONENTE NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ, RADICADO 85001-33-33-002-2012-00033-01.

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 2004², 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 Salvador³, 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 2005⁴ –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 concretas⁵.

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 4º 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