**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO**
**ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**

Santiago de Cali, diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

**SENTENCIA N° 110**

| | |
|---|---|
| **Radicación:** | 76001-33-33-006-2016-00232-00 |
| **Medio de Control:** | Nulidad y Restablecimiento del Derecho |
| **Demandante:** | Henrry Anderson Gaviria Santillana |
| **Demandado:** | Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación |

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dispuesto en el artículo 138 del C.P.A.C.A, impetrado por Henrry Anderson Gaviria Santillana, actuando a través de apoderado judicial, en contra de la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación.

## I. DEMANDA

### 1.1 PRETENSIONES

El demandante solicita se inaplique la frase "y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social" contenida en el primer párrafo del artículo 1° del Decreto No. 0382 de 2013, así mismo sea declarada la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DS-06-12-6-SAJ-004 del 4 de enero de 2016 el cual le negó tener como factor salarial la bonificación judicial para la liquidación de las prestaciones sociales y se nulite la Resolución No. 2 – 0490 del 2 de marzo de 2016 que resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión primigenia.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación reconocer como factor salarial la bonificación judicial por él percibida para la liquidación de las prestaciones sociales devengadas y las que se causen a futuro, así mismo sean reliquidadas y pagadas estas a partir del 1° de enero de 2013 debidamente indexadas.

Adicionalmente, el actor pide se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho, así como se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA

### 1.2 HECHOS

Manifiesta que el señor Henrry Anderson Gaviria Santillana detenta una relación legal y reglamentaria con la Fiscalía General de la Nación desde el 1 de enero de 2012 y en la actualidad ejerce el cargo de técnico investigador I en la Subdirección Seccional de Policía Judicial CTI con sede en la ciudad de Santiago de Cali.

Señala que al no cumplirse por parte del Gobierno Nacional con la nivelación salarial ordenada en la Ley 4 de 1992, fue necesario realizar un cese de actividades en el segundo semestre del año 2012 por el personal de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, en virtud de lo cual el ejecutivo aceptó que no se había realizado tal nivelación y junto con representantes de los empleados que participaban de dicho cese suscribieron el 6 de noviembre de 2012 un acta de acuerdo reconociendo el derecho a tener una nivelación en la remuneración, acto jurídico vinculante en el cual no se determinó ningún tipo de excepción.

En cumplimiento del artículo 5º del Acuerdo aludido el Gobierno Nacional expidió el Decreto 0382 de 2013 el cual creó una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, sin embargo en su artículo primero se determinó que dicha bonificación judicial constituiría únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, logrando en consecuencia excluir dicho factor salarial para la liquidación de otras prestaciones sociales a las que tiene derecho.

Que solicitó ante la entidad demandada reconociera que la bonificación judicial contemplada en el Decreto 0382 de 2013 y demás que lo modifican, constituye factor salarial para todos los efectos legales y por tanto se ordene la reliquidación y pago de las primas y prestaciones causadas y las que a futuro se causen, entre ellas, las primas de servicios, vacaciones, navidad y de productividad, bonificación por servicios prestados el auxilio de cesantía, sus intereses, teniendo como base dicho factor salarial, petición la cual fue negada a través de los actos administrativos acusados.

**1.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Considera el demandante que los actos acusados violan los tratados internacionales, esto es, la Convención Americana de Derechos Humanos, el protocolo adicional a dicha convención, los Convenios 95, 100, 111 y 151 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, así como los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 53, 55, 83, 93 209 y 228 de la Constitución Policita, además las leyes 21 de 1982, 50 de 1990, 4 de 1992, 270 de 1996, 411 de 1997, 1496 de 2011, 54 de 1962, 16 de 1972 y 319 de 1996, también el Acuerdo 06 de noviembre de 2012, Decreto 1042 de 1978 y Decreto 1092 de 2012.

Argumenta que la entidad demandada al negarse a reconocer que la bonificación judicial constituye factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales viola convenios internacionales que hacen parte de la Constitución Política – bloque de Constitucionalidad-, así mismo le vulnera al actor los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso, viola los principios de progresividad y favorabilidad laboral, toda vez que dicho emolumento reúne los requisitos para considerarse salario, al ser una retribución directa de la labor prestada con carácter habitual, periódico y permanente.

Indicó que la bonificación judicial tuvo su génesis en la negociación colectiva que quedó plasmada en el acta del 6 de noviembre de 2012 y con la cual se logró la nivelación de la remuneración de los empleados públicos de la Fiscalía, compensando la pérdida económica que habían sufrido tales servidores; en dicha acta no se estableció que la bonificación solo constituiría factor salarial para la base de cotización al sistema general de seguridad social en pensión y salud, al poner esta restricción el Gobierno desconoció lo acordado y con ello violó los tratados internacionales que protegen tales acuerdos, así como vulneró los principios de buena fe y confianza legítima.

Señala que la expresión "*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*" debe inaplicarse en razón a que se viola con dicho precepto el derecho fundamental al trabajo y

los principios de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y la aplicación de la situación más favorable al trabajador; al considerar que la bonificación judicial es factor salarial, por tanto dicha prestación debe tenerse en cuenta para liquidar todas las prestaciones sociales que devenga el demandante.

**1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Ratifica lo expuesto en la demanda, además indica que es un hecho manifiesto que la bonificación judicial que percibe el actor desde el 1º de enero de 2013 es un factor salarial por cuanto cumple con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 50 de 1990.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado que habla del concepto de salario; concluyendo que todo lo que percibe el trabajador como contraprestación a su trabajo debe ser considerado salario, salvo que una ley haya dispuesto lo contrario, lo cual no ocurre en el sublite.

Que la Fiscalía actuó en indebida forma al no tener en cuenta como salario la bonificación judicial y con ello violó derechos fundamentales al demandante, como el de irrenunciabilidad a los derechos mínimos laborales, entre otros.

Pide se acceda a las pretensiones.

## II. DEFENSA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

**2.1 NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN[1]**

Señaló como ciertos los hechos plateados en la demanda referente a las vinculación laboral del actor con la entidad.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y a la condena de costas y agencias en derecho.

Manifiesta que la bonificación judicial fue creada por el Decreto 0832 de 2013 para los servidores de la Fiscalía regidos por el Decreto 53 de 1993 y 875 de 2012 y demás normas concordantes; en él quien para ese momento fungía como legislador, en uso de la libertad de configuración legislativa, señaló que no era factor salarial sino para los aportes a salud y pensión, la accionada acatando tal norma negó la reclamación hecha por el actor, actuación que se considera legal, pues en virtud de lo establecido en la Ley 4 de 1992 no puede la demandada modificar o establecer el régimen laboral de sus empleados.

Asegura que las disposiciones del Decreto 0382 de 2013 son legales por cuanto al Gobierno Nacional se le había delegado fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos la Fiscalía.

Propuso las excepciones que denominó: *"Cumplimiento de un deber legal"; "Falta de la Legitimación en la causa por activa", "Cobro de lo no debido", Buena Fe" y "la Genérica".*

**2.2 ALEGATOS**

Ratifica lo expuesto en la contestación y pide denegar las pretensiones.

[1] Folio 99 a 108 del cuaderno único

Relata cómo se creó la bonificación judicial, insistiendo en que la norma que la creó solo le dio el carácter de factor salarial para los pagos de la seguridad social en salud y pensión.

La Fiscalía ha cumplido con el deber de aplicar el Decreto 0382 del 2013, norma que está vigente y goza de presunción de legalidad por tanto los pagos al actor se ha realizado con base en dicha ley.

## III. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

### 3.1 PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho determinar si en el presente caso es viable declarar la nulidad del oficio DS-06-12-6-SAJ-004 del 4 de enero de 2016 y la Resolución No. 2 – 0490 del 2 de marzo de 2016 y en consecuencia, determinar si hay lugar a ordenar a la demandada tenga en cuenta como factor salarial la bonificación judicial de que trata el Decreto 0382 de 2013 para liquidar las prestaciones sociales devengadas por el actor desde el 1° de enero de 2013 en adelante.

Previo a ello, habrá que determinar si hay lugar a inaplicar por inconstitucional la frase: "(...) y constituirá factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud", consagrada en el artículo 1° del Decreto 0382 de 2013, el cual creó una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.

### 3.2 RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

En aras de dar respuesta al planteamiento anteriormente expuesto, este despacho analizará los siguientes tópicos: i) Jurisprudencia sobre el concepto de salario de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, ii) excepción de inconstitucionalidad y sus requisitos, y iii) Caso concreto.

### 3.3 TOPICOS A TENER EN CUENTA

### i) JURISPRUDENCIA SOBRE EL CONCEPTO DE SALARIO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO

La Honorable Corte Constitucional se pronunció sobre el tema en la sentencia C – 892 del dos (2) de diciembre de dos mil nueve (2009) cuando analizó la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 *"por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo."*, Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, en los siguientes términos:

> ***"Los salarios y prestaciones en dinero como acreencias relacionadas con la retribución por la actividad del trabajador o la asunción de las contingencias de la labor.***
>
> *El cargo de inconstitucionalidad propuesto en la demanda de la referencia cuestiona el carácter restrictivo de la expresión "salarios y prestaciones en dinero" como presupuesto de hecho para la exigibilidad de los intereses supletorios a la indemnización moratoria. En ese orden de ideas, corresponde a la Corte analizar el contenido y alcance que la legislación laboral le otorga a dichos conceptos, a fin de determinar la validez de la acusación en que se funda el cargo mencionado.*

*15. Según lo dispone el artículo 127 CST., subrogado por el artículo 14 de la Ley 50/90, el salario está conformado no sólo por la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. En ese sentido, se trata de un criterio amplio, que cobija a las distintas modalidades de ingreso del trabajador, generadas por la retribución del servicio personal que presta al empleador.*

*Esta definición excluye, por ende, otro tipo de ingresos laborales que no están dirigidos a retribuir dicho servicio, sino a asumir riesgos o gastos de otra naturaleza. Así, dentro de la categoría de pagos no constitutivos de salario quedan incorporados (i) las indemnizaciones que asume el patrono por daños o demás detrimentos que sufra el trabajador en el marco de la relación laboral; (ii) la remuneración del trabajador durante el descanso obligatorio (vacaciones y días no laborables de naturaleza legal y/o estipulados en el contrato respectivo); (iii) las sumas o bienes que recibe el trabajador con el fin de ejercer cabalmente sus funciones, como sucede con el auxilio de transporte de que trata la Ley 15/59, al igual que los demás conceptos que enlista el artículo 128 CST.; y (iv) aquellos montos que recibe el trabajador por simple liberalidad del empleador y no como contraprestación por el servicio personal que presta, según lo dispone el citado precepto del Código Sustantivo del Trabajo."*

Dicha Corporación con anterioridad se había pronunciado sobre el tema a través de la sentencia C – 710 del 9 de diciembre de 1996 cuando resolvió acerca de la demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 65 (parcial); 73 (parcial); 75 (parcial); 90; 91; 92; 93; 128, modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, 147 (parcial), modificado por el artículo 19 de la ley 50 de 1990; 155, modificado por el artículo 4o. de la ley 11 de 1984; 162 (parcial); 182; 187 (parcial); 189 (parcial), modificado por el artículo 14 del decreto 2351 de 1965; 234; 240 (parcial); 250; 267 (parcial), modificado por el artículo 133 de la ley 100 de 1993; 279 (parcial), modificado por el artículo 2o. de la ley 71 de 1988; 307; 344 (parcial); 470 del Código Sustantivo del Trabajo, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, en ella se indicó:

*"En esta materia, es necesario recordar que la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.*

*Así las cosas, debe entenderse que el artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluída como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional.*

*El artículo 128, como norma de carácter general, no es contraria a la Constitución. En caso de que los regímenes salariales a que hacen referencia los actores, desconozcan esta norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él, como se ha explicado, se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a*

*pesar de estar excluídas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada."*

Así la cosas y de la línea jurisprudencial citada se tiene que la Corte Constitucional ha determinado que constituye salario todo lo que percibe el trabajador como contraprestación directa del servicio independiente de la denominación que se le otorgue, tales como, primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario y horas extras, entre otros, además si un emolumento ha sido excluido como factor salarial y se evidencia por el Juez que tiene un carácter retributivo de la labor prestada debe reconocerse que constituye factor salarial.

Por su parte el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 3 de agosto de 2016, radicación No. *: 25000-23-37-000-2012-00091-01(20487,* Magistrada Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia indicó que constituye salario:

*"Desde la perspectiva del artículo 127 del CST, el salario mensual corresponde a todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que adopte (primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, trabajo en días de descanso obligatorio o porcentajes sobre ventas y comisiones), incluyendo los salarios pagados en moneda extranjera."*

Así las cosas, se tiene que según lo consignado por la más Alta Corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se tiene que constituye salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación directa del servicio sin importar la denominación que se le otorgue, entre ellos, las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales y trabajo suplementario.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS REQUISITOS**:

Frente a este tema tenemos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Nacional[2], en concordancia con lo consagrado en el artículo 9 de la Ley 153 de 1887[3] y el artículo 5 de la Ley 57 de 1887[4], la Constitución Nacional es la norma suprema y toda disposición que esté en contraposición de sus disposiciones debe inaplicarse y preferirse las disposiciones constitucionales; en este sentido se ha pronunciado en diversas oportunidades la Corte Constitucional, entre ellas pueden consultarse la sentencia C-122 de 2011 y T-103 de 2010; como también el Consejo de Estado, por ejemplo en la sentencia del 23 de febrero de 2011, C.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Rad. 6601-23-31-000-2005-00996-03 (17686)[5]. De lo dispuesto por las Altas Cortes frente a la primacía de la Constitución y la posibilidad que tienen los jueces para inaplicar normas que le sean contraria, se puede extraer los siguientes elementos de la figura de la excepción de inconstitucionalidad:

**Concepto**: la figura citada es el mecanismo jurídico viable que tiene el Juez, en caso de incompatibilidad entre la norma de inferior jerarquía y la Constitución, de hacer prevalecer la Constitución, ya sea de oficio o a petición de parte.

---

2 "Art. 4.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la Ley y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."
3 Art. 9- La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o espíritu se desechara como insubsistente"
4 "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquella".
5 Consultar también los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección B, así: Magistrada Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo en sentencia del 13 de febrero de 2014, radicación 23001-33-31-004-2011-00325-01(43792) y Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth, en sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación 25000-23-26-000-2002-02226-01.

**Requisitos para su prosperidad**: ***a).*** i) La incompatibilidad entre la norma de inferior categoría y la Constitución, debe ser MANIFIESTA, PALMARIA y FLAGRANTE; ii) su aplicación compromete la garantía de protección de derechos constitucionales fundamentales y iii) no exista otra vía alternativa igualmente eficaz para superar el obstáculo que impide el goce de los derechos fundamentales amenazados de vulneracióny ***b).*** Que no exista pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes sobre el tema frente al cual fuere viable la eventual aplicación de la excepción de constitucionalidad.

**Juez Competente:** todos los jueces son competentes para determinar la inaplicación de una norma de menor jerarquía porque se encuentra en oposición al texto constitucional; incluso la Corte Constitucional ha dicho que este control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Tratándose de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 148, otorga tal competencia al Juez.

**Efectos:** Los efectos del control por vía de excepción son inter partes, por lo que la norma legal o reglamentaria que haya sido inaplicada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución, por tal razón puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.

**ii) CASO CONCRETO.**

DE LO PROBADO.

Se encuentra probado dentro del plenario que el señor Henrry Anderson Gaviria Santillana detenta una relación legal y reglamentaria con la Fiscalía General de la Nación desde el 1 de enero de 2012 desempeñándose en el cargo de Técnico Investigador I, además devenga la bonificación judicial desde el año 2013[6]. La accionada de forma tácita reconoce que dicha bonificación no es base de liquidación de las prestaciones sociales.

El actor solicitó el día 4 de diciembre de 2015 se reconociera que la bonificación judicial establecida en el Decreto 0382 de 2013 constituye factor salarial para todos los efectos legales, en virtud de lo cual pidió se reliquidarán todas sus prestaciones sociales; petición que fue resuelta desfavorablemente a través de Oficio No. DS-06-12-6-SAJ-004 del 4 de enero de 2016, argumentando que el Decreto 0382 de 2013 categóricamente expresa que la bonificación judicial constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al sistema general de seguridad social en salud y pensión, normatividad que se encuentra vigente y que no puede dejar de aplicar; decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación el día 14 de enero de 2016 y el cual fue decidido a través de la Resolución No. 2 – 0490 del 2 de marzo de 2016, notificada el 14 de marzo de 2016, confirmando la decisión primigenia[7] .

Entre los representantes de los servidores públicos de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación y el Gobierno Nacional se suscribió acta de acuerdo el 6 de noviembre de 2012 en la cual se dispuso que se reconocía el derecho a los funcionarios y

[6] Fls. 31 – 34 c. ú.
[7] Fl. 13 – 29 vuelto c.ú.

empleados de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación a tener una nivelación en la remuneración en los términos de la Ley 4ª de 1992 atendiendo criterios de equidad[8].

ANÁLISIS DEL CASO

Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales, la cual dispuso en el numeral a) del artículo 2º, que para la fijación del régimen salarial y prestacional; el Gobierno Nacional, debe respetar los derechos adquiridos de los servidores del Estado y, en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios o prestaciones sociales.

Dicha normatividad establecía en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, antes de ser modificado por la Ley 332 de 1996, que dentro de las vigencias comprendidas entre el año 1993 a 1996 se revisaría el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.

El Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo de la Función Pública en desarrollo del acuerdo celebrado con los servidores de la Rama Judicial el 6 de noviembre de 2012 y con base en las competencias establecidas en la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 0382 del 6 de Marzo de 2013, creando una bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto número 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto número 875 de 2012, así:

> ***"Artículo 1°.*** *Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto número 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto número 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente* ***y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud."***
>
> *La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año, al valor que se fija en la siguiente tabla:*
>
> *(...)".* (Negrilla del Despacho)

De conformidad con la norma en cita tenemos que la bonificación judicial no constituye factor salarial, excepto para calcular la base de cotización del Sistema General de Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, connotación que impide que la misma sea tenida en cuenta para liquidar las demás prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, tales como primas, vacaciones, cesantías, entre otros.

Ahora bien, con el fin de determinar la línea jurisprudencial que se debe seguir en el presente asunto se traerá a colación pronunciamiento del Consejo de Estado donde se ha discutido que un determinado emolumento debía ser tomado como factor salarial para liquidar prestaciones sociales.

---

[8] Fls. 2 – 5 vuelto c.ú.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia de 6 de julio de 2015 Expediente No.11001032500020110006700, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, demandante: Sindicato Nacional de Empleados Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales SINEDIAN, declaró la nulidad de la expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal" contenida en el artículo 8 del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008[9], con fundamento en que el "incentivo" era netamente salarial y se recibía por el servidor público de la planta de personal de la DIAN de manera habitual, periódica y como contraprestación directa de su labor y el mismo pretendió estimular al empleado con una retribución económica adicional, por tanto el ejecutivo desbordó su poder y desmejoró el salario de los empleados pertenecientes a la entidad, al despojar de efectos salariales a dicho emolumento disminuyendo de contera el monto de las prestaciones sociales.

Teniendo en cuenta el marco legal citado y la línea jurisprudencia trazada tanto por la H. Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado que determina que constituye salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación directa del servicio sin importar la denominación que se le otorgue y que la bonificación judicial de que trata el artículo 1° del Decreto 0382 del 06 de marzo de 2013 fue creada con el fin de compensar la desnivelación de los salarios que devengan los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, la cual constituye una contraprestación a la labor desempeñada, es habitual – pago mensual - y con carácter permanente, por tanto la misma constituye factor salarial, en virtud de lo cual debe tenerse en cuenta para liquidar las prestaciones sociales del actor.

Frente a la solicitud de la parte actora consistente en que se inaplique la frase "*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*" contenida en el artículo 1° del Decreto 0382 de 2013 se debe indicar que el Consejo de Estado señaló que hay lugar a inaplicar una norma cuando la aplicación del precepto normativo es evidentemente contrario a la Constitución y comprometa la garantía de protección de derechos constitucionales fundamentales, así mismo no debe existir una vía alternativa igualmente eficaz para remover el obstáculo que impida la realización de los derechos en cita cuando resulten amenazados de vulneración.

Así las cosas y de acuerdo con lo consignado en el Decreto 0382 del 06 de marzo de 2013, esto es, que la bonificación judicial solo constituye factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y Salud, tenemos que dicho precepto va en contravía del derecho constitucional al trabajo, así como de principios consignados en la carta magna, tales como, irrenunciabilidad a los derechos laborales del demandante, progresividad y favorabilidad, remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y negociación colectiva, pues dicha connotación conlleva a que se desmejoren las condiciones laborales del actor, como quiera que tal como se plasmó anteriormente dicha bonificación cumple con las características para ser considerada factor salarial, de conformidad con la jurisprudencia y los postulados constitucionales y legales citados.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Despacho considera procedente inaplicar por inconstitucional la frase "y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud" contenida en el artículo 1° del Decreto 0382 del 06 de marzo de 2013, toda vez que con su expedición se han vulnerado normas de rango constitucional como se anotó y se han afectado los derechos laborales del servidor, pues el emolumento prescrito de no ser tenido como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, lleva implícita una desmejora económica en sus condiciones laborales protegidas por la Constitución Política y las normas o tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad;

[9] Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

de otra parte debe indicarse que es viable inaplicar tal frase habida cuenta que no existe un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes sobre el tema.

Así las cosas y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas se procederá a declarar la nulidad del oficio DS-06-12-6-SAJ-004 del 4 de enero de 2016 el cual negó tener como factor salarial la bonificación judicial para la liquidación de las prestaciones sociales y de la Resolución No. 2 – 0490 del 2 de marzo de 2016 que resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión primigenia, y como restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nacional se reliquide y pague las prestaciones sociales del demandante Henrry Anderson Gaviria Santillana, teniendo en cuenta como factor salarial la bonificación judicial de que trata el Decreto 0382 de 2013 a partir del 1º de enero de 2013, así como las que se causen a futuro.

Frente a las excepciones propuestas por la Fiscalía General de la Nación denominadas: "cumplimiento de un deber legal, falta de legitimación en la causa por activa, cobro de lo no debido, buena fe y genérica", se debe indicar:

La primera excepción se fundamenta en que la entidad aplicó el Decreto 0832 de 2013 al no haber desaparecido del ordenamiento jurídico; la segunda se basó en que el accionante no tiene derecho a que se tenga como factor salarial la bonificación judicial para liquidar las prestaciones sociales, en la tercera se alega que al haberse liquidado los pagos al sistema de seguridad social en salud y pensión teniendo en cuenta la bonificación judicial se dio cumplimiento al Decreto 0382 de 2013 en virtud de lo cual no adeuda suma alguna, la cuarta tiene fundamento en que la entidad actuó de buena fe al haber aplicado las normas legales vigentes, los principios doctrinarios y la jurisprudencia; al respecto tenemos que ninguna de las cuatro excepciones propuestas esta llamada a prosperar toda vez que el actor tiene derecho a que la bonificación judicial haga parte de la base de liquidación de todas las prestaciones sociales al constituir factor salarial, según el marco jurisprudencial traído a colación, en lo atinente a la genérica el Despacho no encuentra alguna que deba decretar del oficio, así las cosas, se declararan no probadas las excepciones propuestas.

Aclarado lo anterior, y según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con lo previsto en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 -CGP, se condenará a la parte demandada al pago de costas a favor de la parte demandante, por haber sido vencida en juicio. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquídense teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 366 del CGP.

Sin más consideraciones, el Juzgado Sexto Administrativo Oral De Cali, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADAS** las excepciones denominadas "cumplimiento de un deber legal, falta de legitimación en la causa por activa, cobro de lo no debido, buena fe y genérica", propuestas por la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, por lo expuesto.

**SEGUNDO: INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL** la frase " *y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud"* contenida en el artículo 1° del Decreto 0382 del 06 de marzo de 2013.

**TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD** del oficio DS-06-12-6-SAJ-004 del 4 de enero de 2016 el cual negó tener como factor salarial la bonificación judicial para la liquidación de

las prestaciones sociales y de la Resolución No. 2 – 0562 del 7 de marzo de 2016 que resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión primigenia, por las consideraciones expuestas.

**CUARTO: ORDENAR a la** Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, que reliquide y pague a favor del señor del señor Javier Francisco Martínez Rodríguez, identificado con cédula No. 8.698.817, todas las prestaciones sociales causadas a partir del 1º de enero de 2013 y hasta que se haga efectivo el respectivo reconocimiento y pago, teniendo en cuenta para ello la bonificación judicial como factor salarial; factor que deberá en lo sucesivo seguir siendo base de la liquidación de todas las prestaciones sociales que devengue el actor al constituir salario.

**QUINTO:** Las sumas que resulten de la condena anterior se indexarán de conformidad con el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A hasta la ejecutoria de la sentencia, y devengaran intereses moratorios a partir de dicho momento, con base en lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A

**SEXTO: SE CONDENA** en costas a la parte demandada a favor de la parte demandante.

**SÉPTIMO:** Se ordena dar cumplimiento a la sentencia conforme lo estipula el artículo 192 del C.P.A.C.A

**OCTAVO:** En firme esta sentencia se hará entrega de copia íntegra al obligado, para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del C.P.A.C.A.

**NOVENO: EJECUTORIADA** esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

**DECIMO: RECONOCER PERSONERÍA** como apoderada principal de la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación a la abogada Paola Andrea Ibáñez Bustamante, identificada con C.C. Nº 40.046.375 y T.P. Nº 134.107 del C.S. de la J., y como apoderado sustituto al Doctor Silvio Rivas Machado, identificado con C.C. Nº 11.637.145 y T.P. Nº 105.569 del C.S. de la J., en los términos del poder conferido visible a folio 132 del cuaderno único.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE**

**ZULAY CAMACHO CALERO**
**JUEZ**