



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES**

Conjuez Ponente: Dr. DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMENEZ

Tunja,

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: PABLO JOSE TORRES CRUZ
DEMANDADO: NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN: 150012333000201300897-00

Se procede a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1. 1 La demanda¹

El doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ, a través de apoderado judicial, presentó demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Rama Judicial – FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

1.1 1 Declaraciones y condenas

1.1.1.1 Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio OPER 2013310052541 DEL 21 de agosto de 2013, suscrito por la Jefe de Personal de la Fiscalía General de la Nación, conforme las razones expuestas en la demanda.

1.1.1.2 Como consecuencia de la declaración anterior, se restablezca su derecho adquirido en el desempeño del cargo, ordenando a la entidad demandada a reconocerle el ajuste de su remuneración equivalente al 80% de la que perciba por todo concepto salarial un magistrado de las altas cortes y el pago retroactivo indexado con los respectivos intereses moratorios de las diferencias salariales existentes entre el 70% y el 80%, como Fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá desde el 13 de octubre de 2009 hasta el 4 de enero de 2010, y como

¹ Folios 5 a 22

Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Yopal y Santa Rosa de Viterbo desde el 5 de enero de 2010 hasta la fecha y hasta el día en que se profiera el fallo y en adelante, de conformidad con las Leyes 10 de 1987, 63 de 1988 y 4ª de 1992 y el Decreto 610 de 1988, teniendo en cuenta que los ingresos totales anuales de los magistrados de las altas cortes, que se toma como referencia para liquidar el 80% de los magistrados de tribunal, debe coincidir con los ingresos totales anuales permanentes de los Congresistas de la República de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley 4 de 1992 (Prima especial de servicios).

1.1.1.3 Se ordene a la entidad demandada la reliquidación de todos los salarios y prestaciones sociales pagadas al demandante como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá desde el 13 de octubre de 2009 hasta el 4 de enero de 2010, y como Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Yopal y Santa Rosa de Viterbo desde el 5 de enero de 2010 hasta la fecha y hasta el día en que se profiera el fallo, tomando como factor para ese ejercicio aritmético, la diferencia existente por el no reconocimiento y pago de ese 10% reclamado.

1.1.1.4 Que se condene a la entidad demandada a pagar intereses en la forma y términos contenidos en el el numeral 4 del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo.

1.1.1.5 La indexación de las condenas

1.1.1.6 Se condene a la demandada a las costas procesales y agencias en derecho.

1.1. 2 Hechos

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones² los sintetiza la sala de la siguiente manera:

1.1.2.1 Mediante los Decretos 610 y 1239 de 1998, el Ejecutivo, dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, creó la denominada "Bonificación por Compensación" para Magistrados de los Tribunales, Fiscales Delegados ante Tribunales, etc., con vigencia a partir del 1 de enero de 1999, con carácter permanente; beneficio que consiste en que los ingresos mensuales serían iguales al sesenta por ciento (60%) para 1999, setenta (70%) para el año 2000 y el

² Folios 3 a 5

ochenta (80%) a partir del año 2001, de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura.

1.1.2.2 El doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ se ha desempeñado como Fiscal Delegado ante los Tribunales Superior de Bogotá desde el 13 de octubre de 2009 hasta el 4 de enero de 2010, Superior de Distrito Judicial de Yopal y Superior de Santa Rosa de Viterbo desde el 5 de enero de 2010 hasta la fecha.

1.2.2.3. El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2668 de 31 de diciembre de 1998, dispuso derogar los Decretos 610 y 1239 del mismo año, y el 13 de abril de 1999, mediante el Decreto 664, creó la misma prestación, pero consagrando sumas taxativas para cada grado en particular inferiores a los porcentajes señalados en los decretos que derogó, y a partir del 1 de septiembre de 1999.

1.2.2.4 El Decreto 2668 de 1998 fue demandado en acción pública de nulidad y el Consejo de Estado, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2001, así lo declaró, reviviendo de esta forma los Decretos 610 y 1239 de 1998.

1.2.2.5 Algunos magistrados del país presentaron demanda contra la Nación, por la demora en el pago de la Bonificación por Compensación, la cual culminó con la celebración de una conciliación en donde aquellos que demandaron y aquellos que no, aceptaron recibir un 70% de lo que perciben los magistrados de las altas cortes; acuerdo recogido en el Decreto 4040 de 2004, la cual es totalmente ineficaz por inconstitucional, dado que no es posible renunciar a derechos salariales, ni mucho menos conciliar derechos ciertos e indiscutibles, ni derechos adquiridos como los consagrados en el Decreto 610 de 1998 enunciado, cuando lo legalmente establecido es un 80% , ratificado por el Consejo de Estado en sentencia del 14 de diciembre de 2011, Exp. 11001032500020050024401, que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004.

1.2.2.6 El 26 de julio de 2013 el demandante solicitó a la Fiscalía General de la Nación la reliquidación salarial y el reconocimiento y pago de las diferencias salariales adeudadas y dejadas de pagar, en relación con el 80% del total de los ingresos que por todo concepto devengan los magistrados de altas cortes y la reliquidación de la prima especial de servicios de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley 4ª de 1992.

1.2.2.7 Mediante el oficio 20133100052541 de 21 de agosto de 2013, la Fiscalía General de la Nación no accedió al pago de la Bonificación por Compensación como lo ordena el Decreto 610 de 1998, teniendo además en cuenta lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 4ª de 1992 (Prima Especial de Servicios – igualdad entre magistrados de alta corte y Congresistas de la República)

1.2.2.8 El ingreso total anual del magistrado de alta corte que sirve de referente para liquidar el 80% que le corresponde a un magistrado de Tribunal, debe coincidir con los ingresos totales anuales que percibe un Congresista de la República de conformidad con lo establecido en la Ley 4 de 1992 (arts. 15 y 16) y en el Decreto 10 de 1993.

1.2.2.9 El 80% bien liquidado, el cual la Fiscalía General de la Nación debe reconocerle a la demandante en aplicación de lo establecido en las Leyes 10 de 1987, 63 de 1988 y 4ª de 1992, y el Decreto 610 de 1998, debe contemplar lo establecido en los artículos 15 y 16 de la Ley 4 de 1992, ya que ella toma como base una cifra que no corresponde a las ordenadas en éstas últimas normas. Esto ocurrió también, para liquidar y pagar el 70% que se le reconoció al demandante en aplicación del Decreto 4040 de 2004.

1.2.2.12. Con la sentencia del 14 de diciembre de 2011, el Consejo de Estado, expediente 11001 03 25 000 2005 00244 01, declaró la nulidad del Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, no existiendo fundamento jurídico y legal para continuar negando a la accionante la aplicación del Decreto 610 de 1998, y de manera particular el pago del retroactivo, indexado y con los respectivos intereses moratorios.

1.2.2.13 El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1102 de 24 de mayo de 2012 reconoció el derecho a percibir el 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de Alta Corte, entre otros a los Fiscales Delegados ante Tribunal

1.2.2.14 El 7 de octubre de 2013, se radicó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, previa a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 1285 de 2009, que obligó el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad previo a la demanda.

1.2.2.15 La solicitud de conciliación fue declarada fallida por la Procuraduría 68

Judicial I para Asuntos Administrativos de Tunja.

1.2.2.16 Fruto de acciones judiciales, en la actualidad más de 200 magistrados de Tribunal y auxiliares de las altas cortes, y más de 50 Procuradores Judiciales II perciben el equivalente al 80% de lo que devenga por todo concepto salarial el magistrado de alta corte, en conformidad con las Leyes 10 de 1987, 63 de 1988, 4 de 1992 y el Decreto 610 de 1998 y el Decreto 1239 de 1998.

1.1.3 Normas violadas y concepto de violación³

Considera que las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados violan las siguientes normas de la Constitución Política y de las leyes y decretos que la han desarrollado:

Constitución Política, artículos: 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 55, 58, 150, ord. 19, lit. e), 228, 277, numeral 1 y 7 y 280.

Convenios 95, 100 y 111 de la OIT

Convención Americana sobre Derechos Humanos, capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26.

Ley 22 de 1967

Ley 10 de 1987

Ley 63 de 1988

Ley 4 de 1992, artículos 1, 2, 15 y 16 y Decreto 610 de 1998

Como concepto de violación se refiere a los actos administrativos demandados y los fundamentos normativos que se tuvieron para adoptar esas decisiones. Seguidamente se refiere a la nulidad del Decreto 4040 de 2004, con la sentencia del Consejo de Estado de fecha 14 de diciembre de 2011, por lo que considera que el demandante adquirió el derecho irrenunciable y cierto, a que se le aplicaran los efectos del Decreto 610 de 1998, a partir de la vigencia de la norma, en los porcentajes allí establecidos, por lo cual se debe legalmente reconocerle y pagarle las consecuentes diferencias de salario, entre el 70% que se le pagó (también incorrectamente liquidado y pagado) y su derecho adquirido a devengar el 80% de la remuneración de un magistrado de alta corte. En consecuencia, el accionante tiene el derecho a que su remuneración no fuera inferior a la remuneración mínima mensual fijada por las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988 para estos funcionarios,

³ Folios 5 a 12.

equivalente al 80% de la remuneración total que devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado.

En desarrollo de la Carta Fundamental entonces vigente, las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988 establecieron la prohibición de que, en ningún caso, la remuneración mínima mensual de los cargos de Magistrados Auxiliares, Abogados Asistentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y de los Magistrados de los Tribunales Superiores, Contencioso Administrativos, será inferior al 80% de la remuneración total que devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado.

1. 2 La contestación⁴

La demanda fue admitida por auto del 11 de junio de 2015⁵. La parte demandada la contestó oportunamente oponiéndose a todas las declaraciones y condenas, solicitando se declaren probadas las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción del derecho a reclamar”.

Frente a los hechos, manifestó: “A los hechos primero, tercero, cuarto, noveno a décimo primero, décimo tercero y décimo cuarto” atenerse al contenido de las disposiciones legales y lo resuelto en las providencias judiciales en comento; “a los hechos segundo, sexto, séptimo, décimo quinto, décimo sexto” atenerse a lo que probase el actor en el proceso; “a los hechos quinto, octavo, décimo segundo, y décimo séptimo” no se pronunció al considerar que son valoraciones del actor para fundamentar las pretensiones de la demanda.

La primera de las excepciones la fundamenta en que no ha sido la Fiscalía General de la Nación la entidad que expidió las normas relacionadas con las pretensiones de la demanda, pues, es el Gobierno Nacional quien regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la institución.

La excepción de “Prescripción del derecho a reclamar” que se sustenta en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 “teniendo en cuenta que el derecho a la reclamación surgía para el actor, al día siguiente en que quedó ejecutoriada la sentencia que declaró nulo el decreto que derogaba los decretos que contemplaban la bonificación por compensación, (610 y 1239 de 1998)

⁴ Folios 108 a 116

⁵ Folios 90 a 91

no desde la sentencia de Nulidad Decreto 4040 del 3 de Diciembre de 2004 proferida por el H. Consejo de Estado el 14 de Diciembre de 2011". Sustenta su posición en la sentencia de fecha 23 de mayo de 2001, radicación 15350 y Magistrado Ponente FERNANDO VELASQUEZ BOTERO, de la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

1.3 Alegaciones

En la audiencia de pruebas celebrada el 28 de septiembre de 2017 se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento dada la naturaleza de la litis, por lo que se dispuso la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes, oportunidad que las partes utilizaron para pronunciarse en término de la siguiente manera:

1.3.1 Parte demandante⁶

Considera que se le debe reconocer el derecho reclamado al demandante desde el 21 de septiembre de 2011 y hasta la fecha en que desempeñó el cargo, en virtud de la sentencia de unificación de 18 de mayo de 2016, y de la constitutiva del derecho del 14 de diciembre del 2011, emitidas por el Consejo de Estado, esta última, de la que transcribe algunos apartes, por lo cual no existe fundamento jurídico y legal para continuar negándole la aplicación del Decreto 610 de 1998 en su desempeño en el cargo de magistrado de tribunal y de acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre el tema del 18 de mayo de 2016.

De otro lado y con respecto a la prescripción señala que por tratarse la primera de una sentencia de carácter constitutivo la prescripción empezó a correr a partir de la fecha de ejecutoria de la misma que ocurrió en enero de 2012 y que la actora presentó su reclamación con anterioridad a esta fecha.

Indica que los actos administrativos demandados violan flagrantemente el ordenamiento constitucional y legal; lo que representa en ultimas la vulneración de los derechos del demandante.

Resaltó igualmente que para determinar el 80% de lo que por todo concepto percibe anualmente un magistrado de alta corte, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial habido tener en cuenta que los ingresos totales anuales de un Congresista

⁶ Folios 275 a 280

de la República y de un magistrado de alta corte deben ser idénticos de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley 4ª de 1992, lo cual es está en armonía con la sentencia de unificación señalada.

Concluyen solicitando a este despacho se acceda a las pretensiones de esta acción, declarando la nulidad de los actos administrativos demandados y restableciendo los derechos del accionante.

1.3.2. Parte demandada⁷

Reitera su oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que lo único que hizo fue cumplir a cabalidad el decreto 4040 de 2004, hasta el momento en que se notificó la sentencia que declaró su nulidad; en tal virtud, no están obligados a modificar situaciones jurídicas ya consolidadas. La anterior situación genera que no le sean aplicables los decretos 610 y 1239 de 1998 al accionante, conforme lo reclama.

Los efectos ex tunc de la sentencia que declaró la nulidad del decreto 4040 de 2004; involucran que solo pueden ser beneficiarios de los decretos 610 y 1239 de 1998 las personas vinculadas con anterioridad a 2004, cual no es el caso del demandante.

1.3.3. Ministerio Público⁸

Dentro del término otorgado para el efecto el Agente del Ministerio Público, emitió concepto en el que efectuó un recuento histórico de la evolución de la bonificación por compensación; consideró que el doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ tiene derecho a la reliquidación y pago de la bonificación por compensación en cuantía del 80% de lo que por todo concepto devenga un Magistrado de alta corte, quien a su vez debe devengar cuantía coincidente a lo percibido por un congresista.

Solicita se decrete el modo de extinguir las obligaciones denominado prescripción extintiva, respecto a todo lo que supere los tres años anteriores a la reclamación administrativa.

⁷ Folios 281 a 283

⁸ Folios 284 a 289

Solicita se niegue la petición de reliquidación de las prestaciones sociales, en tanto, la bonificación por compensación no constituye factor salarial para esos efectos.

2. Problema Jurídico⁹

2.1.1 Deberá determinar el tribunal si el demandante PABLO JOSE TORRES CRUZ tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca el ajuste de su remuneración equivalente al 80% de la que perciba por todo concepto salarial un magistrado de las altas cortes y el pago retroactivo indexado, con los respectivos intereses moratorios, de las diferencias salariales existentes entre el 70% y el 80%, como Fiscal Delegado ante los Tribunales Superior de Bogotá desde el 13 de octubre de 2009 hasta el 4 de enero de 2010, Superior de Distrito Judicial de Yopal y Superior de Santa Rosa de Viterbo desde el 5 de enero de 2010 hasta la fecha, de conformidad con las Leyes 10 de 1987, 63 de 1988 y 4ª de 1992, y el Decreto 610 de 1988, teniendo en cuenta que los ingresos totales anuales de los magistrados de las altas cortes, que se toma como referencia para liquidar el 80% de los magistrados de tribunal en aplicación del Decreto 610 de 1998, debe coincidir con los ingresos totales anuales permanentes de los Congresistas de la República de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley 4 de 1992 (Prima especial de servicios), los cuales son: sueldo básico, gastos de representación, prima de localización y vivienda, prima de salud, prima de servicios, prima de navidad y cesantías.

2.1.2 Deberá determinar el tribunal si como consecuencia de la anterior declaración, el actor tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide los salarios y todas las prestaciones sociales que le fueron pagadas, como Fiscal Delegado ante los Tribunales Superior de Bogotá desde el 13 de octubre de 2009 hasta el 4 de enero de 2010, Superior de Distrito Judicial de Yopal y Superior de Santa Rosa de Viterbo desde el 5 de enero de 2010 hasta la fecha, tomando como factor para ese ejercicio aritmético, la diferencia existente por el no reconocimiento y pago de ese 10%, que reclama amparada en las normas invocadas.

2.1.3 Deberá establecer el tribunal si como resultado de la prosperidad de las pretensiones anteriores, hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio OPER 20133100052541 de 21 de agosto de 2013, proferido por la Fiscalía General de la Nación, por el cual no se accedió a la petición de ajuste de la remuneración del actor en el desempeño de su cargo, equivalente al 80% de

⁹ De esta forma quedó definido el litigio en la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de julio de 2017.

lo que devengue por todo concepto salarial el Magistrado de Alta Corte y el pago de las correspondientes diferencias salariales desde el 1 de enero de 2001, en conformidad con las Leyes 10 de 1987, 63 de 1988 y 4 de 1992, y el Decreto 610 de 1998.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Evolución normativa de la Bonificación por Compensación

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 610 de 1998 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Créase, para los funcionarios enunciados en el artículo 2o del presente decreto, una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

La Bonificación por Compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes.

ARTÍCULO 2o. La Bonificación por Compensación de que trata el artículo anterior, se aplicará a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; a los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y el Consejo Superior de la Judicatura; a los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; a los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; a los Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Fiscales ante el Tribunal de Distrito, y los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito.

<Destinatarios de la bonificación adicionados por el artículo 1 del Decreto 1239 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> a los Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y al Secretario Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

ARTÍCULO 3o. La Bonificación por Compensación establecida en el presente decreto se pagará mensualmente, una vez se haya aprobado el presupuesto presentado por el Gobierno Nacional al Congreso de la República y tendrá efectos fiscales desde el primero de enero de 1999.” Sub-raya fuera del texto original

Reconociendo la desigualdad económica que hay entre los funcionarios de la Rama Judicial, en las consideraciones de este decreto se expuso lo siguiente:

“Que para el año fiscal de 1998, la remuneración de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; de los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; de los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; de los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; de los Fiscales del Tribunal Superior Militar, de los fiscales ante Tribunal de Distrito, y de los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito, equivale al 46% de la remuneración de los magistrados de las Altas Cortes;

Que el Gobierno Nacional acordó con los representantes de los funcionarios mencionados en el considerando anterior, un esquema que gradualmente permita superar la desigualdad económica entre los dos niveles mencionados, así:

Para el año que corresponda a la vigencia fiscal para la cual se apruebe por primera vez la apropiación presupuestal correspondiente, se aplicará un ajuste a los ingresos laborales que iguale al sesenta por ciento (60%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados del Consejo

Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado;

Para la vigencia fiscal siguiente, el ajuste igualará al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado;

A partir del año correspondiente a la tercera vigencia fiscal, los ingresos laborales serán igual al ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado;"

De esa manera entonces, para superar la notoria desigualdad existente entre los servidores públicos mencionados en esta norma, para mantener la proporcionalidad de su remuneración y en aplicación del criterio de equidad contenido en el artículo 13 superior y en uso de las facultades contenidas por el literal b del artículo 1 de la ley 4 de 1992, se creó la denominada "Bonificación por Compensación" con carácter permanente, que, sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales igualara al sesenta por ciento (60%) de los que por todo concepto perciben los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

Es de anotar que si bien es cierto en artículo 1º del Decreto 610 de 1998 solo se mencionó una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales igualara al sesenta por ciento (60%) de los que por todo concepto perciben los magistrados de la altas cortes, la norma debe mirarse integralmente, de tal manera que debe entenderse que tal como se dejó expuesto en sus considerandos, el mencionado ajuste igualará el 70% para el año 2000 y el 80% para los años subsiguientes.

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1239 de 1998 extendiendo los beneficios del Decreto 610 de 1998 igualmente a los a los Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional, y al Secretario Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1999. Sin embargo, ambos decretos fueron derogados por el Decreto 2668 de 1998.

Luego de la derogatoria de los Decretos 610 de 1998 y 1239 de 1998, se empezaron a expedir los Decretos 664 de 1999, 2738 de 2000, 1476 y 2726 de 2001, los cuales consagraban la bonificación por compensación de los servidores de la Rama Judicial en valores fijos, vigentes por cada una de las anualidades mencionadas inferiores a los porcentajes presupuestados para los años de 1999, 2000, 2001 y siguientes, de conformidad con el entonces derogado Decreto 610 de 1998.

No obstante lo anterior, el Decreto 2668 de 1999 fue anulado por falsa motivación mediante sentencia del 25 de septiembre de 2001 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjuces, con ponencia de Consejero Alvaro Lecompte Luna, con lo cual los Decretos 610 y 1239 de 1998 y Bonificación por Compensación creada por estos volvieron a tener vigencia, pues como es sabido las sentencias de nulidad tiene efectos *ex tunc*, en virtud del cual se considera que acto anulado no existió jamás.

En este orden de ideas, como el Decreto 610 de 1998 recobró su vigencia, debe entenderse que las normas posteriores al acto anulado perdieron su fuerza ejecutoria por lo cual resultan inaplicables, entre ellas el Decreto 664 de 1999 tal como lo explicara en sentencia proferida 21 de enero de 2011 por el Honorable Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" Sala de Conjuces, Conjuce Ponente Pedro Simón Vargas Sáez, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicación No. 680012315000200302492-02 de Genith Toledo Carreño contra la Procuraduría General de la Nación.

Siguiendo con esta evolución normativa, viene al caso recordar que el Gobierno Nacional el 3 de diciembre de 2004 expidió el Decreto 4040 que creó una Bonificación por Gestión Judicial con carácter permanente, que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales igualara al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes, para los funcionarios de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación, y el Ministerio de Defensa Nacional, que a partir de la misma fecha se vincularan al servicio en los empleos que allí se señalaron. De la misma manera en el párrafo segundo del artículo 2º de ese decreto se señaló su incompatibilidad con la Bonificación por Compensación establecida en el Decreto 610 de 1994.

No obstante, años después el Consejo de Estado, mediante la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2011¹⁰ declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 por vulnerar los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y el principio de progresividad de los derechos laborales entre otros.

¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjuces, Conjuce Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, proferida dentro del proceso de nulidad radicado con No.11001-03-25-000-2005-00244-01 de Jairo Hernán Valcárcel y otro contra del Gobierno Nacional.

Se concluye, entonces, que el Decreto 610 de 1998 está vigente y constituye un derecho adquirido para sus beneficiarios. Así lo señaló el Consejo de Estado, precisamente en la sentencia mediante la cual declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 en los términos que siguen:

*“El decreto 610 de 1998, consagra un derecho laboral denominado bonificación por compensación **con carácter permanente**, a favor de los Magistrados de Tribunales, de Consejos Seccionales de la Judicatura, y magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, entre otros, el cual, sumado a la prima especial de servicio y demás ingresos laborales iguales, **para la vigencia de 2001 en adelante, corresponderá como salario el 80% de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes, y que se pagará mensualmente.***

(...)

Así entonces, los destinatarios del decreto 610 de 1998, caso del accionante, ganaron el derecho a la bonificación allí establecida desde que ingresaron (sic) al servicio de la Rama Judicial en sus condiciones de Magistrados, no pudiéndose mediante otra norma o acto jurídico afectárseles tal derecho, por estar cobijados por el principio mínimo fundamental del derecho del trabajo, de la irrenunciabilidad de los derechos laborales por sus titulares, y por ello, no podrá un tercero, - el Estado o los particulares - suprimirlos, pues, su carácter de derecho humano fundamental así lo impone, quedando amparados por la regla pro operario “De la condición Más Beneficiosa”, consagrada en el artículo 53 inc. 5º de la Constitución Política.”

Ante la declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004, el 24 de mayo de 2012 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1102 de 2012 por el cual se modificó la Bonificación por Compensación para los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios en estos términos:

*“**ARTÍCULO 1o.** A partir del 27 de enero de 2012, la Bonificación por Compensación que vienen percibiendo con carácter permanente los Magistrados de Tribunal, Magistrados de Consejo Seccional, Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado, Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito, Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia, Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial, Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura y los funcionarios vinculados a la Procuraduría General de la Nación, en empleos en los que actúen de manera permanente como agentes del Ministerio Público ante los Magistrados del Tribunal, antes señalados, equivaldrá a un valor que sumado a la asignación básica y demás ingresos laborales iguale al ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.*

La Bonificación por Compensación, pagadera mensualmente, sólo constituye factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los mismos términos de la Ley 797 de 2003.

***PARÁGRAFO.** En todo caso para tener derecho a la Bonificación por Compensación de que trata el presente decreto se deberá reunir los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios para ejercer el cargo.*

***ARTÍCULO 2o.** Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004, los servidores que venían percibiendo la Bonificación de Gestión Judicial percibirán, a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia, la bonificación por compensación en los mismos términos y condiciones señaladas para su reconocimiento en el artículo 1o del presente decreto.*

(...)

3.2 El caso concreto

Está probado en el proceso que el doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ se desempeñó como Fiscal Delegado ante los Tribunales Superior de Bogotá desde el 13 de octubre de 2009 hasta el 4 de enero de 2010, Superior de Distrito Judicial de Yopal y Superior de Santa Rosa de Viterbo desde el 5 de enero de 2010 hasta la fecha, pues así lo demuestra la documentación vista a folios 215 a 239 del expediente. En esas condiciones, dado que el actor se desempeñó en aquél cargo en ese interregno y que el Decreto 4040 de 2004 a cuyo régimen salarial se acogió en su oportunidad fue declarado nulo con los efectos *ex tunc* que esta clase de decisiones conlleva, indefectiblemente se debe concluir que la norma que debía gobernar su situación laboral durante el lapso de servicio arriba mencionado es el Decreto 610 de 1998 que creó la Bonificación por Compensación con la modificación introducida por el Decreto 1102 de 2012.

En virtud de todo lo anterior, el acto administrativo contenido en el Oficio OPER 2013310052541 del 21 de agosto de 2013, suscrito por la Jefe de Personal de la Fiscalía General de la Nación, por el cual no se accedió a la solicitud de ajuste de la remuneración del demandante en el desempeño de su cargo, equivalente al 80% de lo que devengue por todo concepto salarial el magistrado de alta corte y el pago de las correspondientes diferencias salariales desde el 1 de enero de 2001, en conformidad con las Leyes 10 de 1987, 63 de 1988 y 4 de 1992, y el Decreto 610 de 1998, se tornan ilegales y por tanto debe ser retirados del ordenamiento jurídico.

3.3 Excepciones de fondo

Las razones de las excepciones propuestas ya fueron arriba descritas, por lo tanto, se procederá a resolverles conforme a derecho corresponde.

3.3.1 “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”

En audiencia inicial celebrada en este proceso, se dispuso resolver la presente en esta instancia, por tener estrecha relación con el fondo del derecho discutido. Las razones de la excepción ya fueron arriba descritas.

Una argumentación válida debe partir de premisas ciertas, estas por lo tanto, no pueden estar sustentadas en falacias argumentativas. Una falacia argumentativa es una afirmación que parece ser válida pero no lo es.

Siguiendo el contexto descrito una de las falacias que ha clasificado la teoría de la argumentación jurídica es la que se ha denominado cortina de humo, esto es, se presenta indebidamente un argumento diferente al que se está discutiendo. En términos del pensamiento Aristotélico, se puede sintetizar en la siguiente máxima “Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es lo falso; decir de lo que es que es, y de lo que no es que no es, es lo verdadero”. Aristóteles. Met., T, 7, 1011 b 26-8

En el sub judice se pretende extraer la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, bajo el argumento que es el ejecutivo el que expide los decretos regulatorios del régimen salarial y prestacional de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, en tal caso, no le corresponde a dicha entidad responder por los derechos derivados de los aludidos decretos que constituyen fuente formal de la pretensión de la demanda.

Baste decir que el objeto de la demanda no atañe al control de adecuación al ordenamiento superior de las normas a través de las cuales se creó la bonificación por compensación a favor de ciertos servidores, conforme fue aludido en el acápite 3.1 de esta sentencia. El objeto de la demanda es el control de validez, según su conformidad con el ordenamiento jurídico Superior del Acto Administrativo Oficio N° 20133100052541 de 21 de agosto de 2013, emitido por la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía General de la Nación tiene creación y determinación orgánica derivada de la propia Constitución que en los artículos 249 y s.s. establece:

ARTICULO 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal. Subraya fuera del texto original.

ARTICULO 253. La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia.

De las normas en cita, se deduce que a pesar de haberse estipulado constitucionalmente la competencia en cabeza del legislador para fijar el régimen salarial y prestacional; se otorgó a la Fiscalía amplias facultades para auto determinarse administrativa y presupuestalmente; esto involucra, sin lugar a dudas, asumir las obligaciones laborales contingentes que por funcionamiento tiene la entidad, pues, en desarrollo de su autonomía administrativa y financiera es ordenadora del gasto.

La postura descrita es desarrollada por la propia norma, a través del Estatuto Orgánico De La Fiscalía General De La Nación ley 938 de 2004, vigente para la fecha de vinculación del Dr. TORRES CRUZ, posteriormente modificada por el decreto ley 16 de 2014, que establece en su artículo 41 numeral 8, en referencia a las competencias de la subdirección financiera, lo siguiente:

8. Reconocer y ordenar pagos, conforme a la delegación que para tal efecto, le confiera el ordenador del gasto.

Por su parte, a efectos de dar alcance al numeral transcrito, se hace imperioso un análisis normativo sistemático, esto es, determinar quién es el ordenador del gasto en una entidad pública. Se evidencia que el artículo 51 de la ley 174 de 1994 establece lo siguiente:

Artículo 51. El artículo 91 de la Ley 38 de 1989 quedará así: "Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de la

Contratación Pública y en las disposiciones legales vigentes. Subraya fuera del texto original.

Como se desprende el contenido del artículo 3 del decreto ley 16 de 2014, el Fiscal General es la cabeza de la Fiscalía General de la Nación, ergo, es el ordenador del gasto de la entidad.

Los apartes normativos transcritos, permiten establecer con suma claridad que es competencia de la Fiscalía General de la Nación ordenar los pagos, que correspondan según la ordenación del gasto; lo que aplicado al sub-judice se traduce en la obligación de aplicar las disposiciones que en materia salarial y prestacional determine la ley y el gobierno nacional, en el contexto de sus competencias, a favor de los servidores de la entidad.

Demostrado está conforme los documentos obrantes a folios 218 a 221 que la Fiscalía General de la Nación es el nominador del señor Pablo José Torres Cruz, por lo tanto, en virtud de lo expuesto, la responsable del reconocimiento y pago de las acreencias dispuestas por el régimen salarial y prestacional aplicable a sus servidores, corolario, es la llamada a responder judicial y extrajudicialmente por las reclamaciones que por tal concepto se esgriman.

En conclusión la Fiscalía General de la Nación tiene legitimación en la causa por pasiva para fungir como demandada en el sub-judice.

3.3.2 “PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR”

La prescripción es un modo de extinguir las obligaciones, que opera por el paso del tiempo, en concordancia con la inactividad del acreedor de una obligación por efectivizar su crédito.

Las obligaciones laborales no son ajenas a la operancia de la prescripción extintiva; razón por la cual el accionado invoca como sustento jurídico de mecanismo defensivo los artículos 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969.

Al respecto, particular relevancia tiene el precedente vertical sentado por el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha 18 de mayo, expedida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado, conjuce ponente JORGE IVAN ACUÑA ARRIETA que estableció:

El asunto que se debate en torno a la aplicación de la prescripción trienal, es que ante la coexistencia de dos regímenes salariales diferentes, no es posible hablar de exigibilidad del derecho a reclamar, debido a que para los beneficiarios de los derechos existía la disyuntiva del Decreto 610 de 1998, que reconoce la Bonificación por Compensación Judicial y el régimen salarial del Decreto 4040 de 2004, que reconocía la Bonificación por Gestión Judicial. Es decir, no se podía establecer con exactitud cuál de los regímenes era el aplicable, ante lo cual resultaba imposible referirse a la exigibilidad del derecho.

En este sentido solo puede hablarse de exigibilidad de la Bonificación por Compensación, a partir de la fecha de ejecutoria del fallo que declaró la nulidad del Decreto 4040, es decir el 28 de enero de 2012.

En aras de precisar y reiterar lo antes mencionado, nos remitimos a la providencia de fecha 10 de octubre de 2013, emitida por esta misma sección del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Expediente No. 2008-00224) C.P. Dr. Gabriel De Vega Pinzón, en la que se censura a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para que reconozca y pague al Magistrado Luis Avelino Cortes Forero, las diferencias de lo cancelado por prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación de servicios y el 80% de lo que hubieren recibido por tales conceptos Magistrados de Altas Cortes y en la que se desestima la prescripción trienal ante la falta de exigibilidad del derecho frente a la concurrencia de dos prescripciones legales de alguna forma diferentes entre sí, esto es el Decreto 610 de 1998 y el Decreto 4040 de 2004.

“se debe resaltar que dicho termino de prescripción se cuenta desde que el derecho se hace exigible. De esta manera, no se puede hablar de prescripción de los derechos laborales sin la previa exigibilidad de los mismos. Es preciso señalar entonces que, en el presente caso, la exigibilidad del derecho se encontraba en discusión, precisamente, en razón a la vigencia del Decreto 4040 de 2004” (...).

La aplicación del precedente es obligatoria en virtud de la regla contenida en el artículo 10 de la ley 1437 de 2011, pero sobre todo en aplicación del mandato de optimización reflejado en los principios de igualdad y seguridad jurídica, esto es,

ante un supuesto factico similar debe emitirse una decisión equivalente. El precedente adquiere el carácter de regla de obligatorio acatamiento.

Se vislumbra entonces que los términos prescriptivos (3 años) solo se pueden contabilizar a partir del 28 de enero de 2012. Tal es la motivación jurídica o premisa inicial sobre la que se resolverá el asunto.

Se observa que el accionante se vinculó a la Fiscalía, sin solución de continuidad (fl 215) a partir del 13 de octubre de 2009; que presentó reclamación administrativa en fecha 26 de julio de 2013 (fl 17); la cual tuvo un respuesta mediante el Oficio cuya declaratoria de nulidad se pretende de fecha 21 de agosto de 2013 (fls 18 y 19); que mediante escrito radicado en la Procuraduría se solicitó la práctica de diligencia de conciliación extrajudicial en derecho, la cual se realizó el día 6 de diciembre de 2013, declarándose fracasada y expidiéndose la respectiva constancia (fl 25); para finalmente conforme se evidencia a folio 62 radicarse la acción de la referencia el propio 6 de diciembre de 2013.

Conforme se desprende del recuento efectuado no transcurrieron tres años desde la fecha de ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del decreto 4040 de 2004 y la radicación de la reclamación administrativa y actos posteriores ya descritos.

A propósito de lo dicho, establece el artículo 94 de la ley 1564 de 2012, lo siguiente:

La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

Así las cosas, resulta de la aplicación de la regla jurídica antedicha que la presentación de la demanda impide que se genere tanto prescripción como caducidad, consecuentemente, la conclusión solo puede ser que habiéndose radiado la demanda antes del 29 de enero de 2015, no es procedente decretar el modo de extinción de las obligaciones denominado prescripción y así se declarará en la resolutive.

3.4 Solución del problema jurídico

Habiéndose desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos contenidos en el Oficio OPER 2013310052541 del 21 de agosto de 2013, suscrito por la Jefe de Personal de la Fiscalía General de la Nación, por el cual no se accedió a la solicitud de ajuste de la remuneración del demandante en el desempeño de su cargo, equivalente al 80% de lo que devengue por todo concepto salarial el magistrado de alta.

A título de restablecimiento del derecho se condenará a la Fiscalía General de la Nación a liquidar y pagar al actor PABLO JOSE TORRES CRUZ el valor correspondiente a las diferencias salariales existentes entre el 70% y el 80% de lo que le fue cancelado como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, entre el 05 de enero de 2010 y hasta 2011, fecha límite fijada según lo probado a folio 215 como aquella hasta la cual se pagó la bonificación por gestión judicial. La orden emitida deberá asumirse en plena aplicación de la Bonificación por Compensación creada por el Decreto 610 de 1998, la cual debe ser equivalente al 80% de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

No obstante, este despacho debe aclarar que los ingresos totales anuales de los magistrados de las altas cortes que se toma como referencia para liquidar el 80% de los beneficiarios de la Bonificación por Compensación del Decreto 610 de 1998, deben coincidir con los ingresos totales anuales permanentes de los Congresistas de la República de conformidad con artículos 15 y 16 de la Ley 4ª de 1992 los cuales son sueldo básico, gastos de representación, prima de localización y vivienda, prima de salud, prima de servicios, prima de navidad y cesantías.

En efecto, los artículos 15 y 16 de la Ley 4ª de 1992 son del siguiente tenor:

ARTÍCULO 15. <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial¹¹, que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los

¹¹ Recuerda la Sala que expresión "sin carácter salarial" del artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-681 pero en estos precisos términos:

"1°. Declarar la inexecutable de la expresión sin carácter salarial del artículo 15 de la Ley 4a de 1992.

2°. La presente decisión produce efectos en las cotizaciones y liquidación de las pensiones de jubilación de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Procurador General de la Nación, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Defensor

percibidos en su totalidad, por los miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los Ministros del Despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 16. La remuneración, las prestaciones sociales y los demás derechos laborales de los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y los Fiscales del Consejo de Estado serán idénticos.

Necesario resulta decir que la prima especial de servicios fue regulada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 10 de 1993 de la manera que sigue:

“Artículo 1º. – La prima especial de servicios de que trata el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, será igual a la diferencia entre los ingresos laborales totales anuales recibidos por los Miembros del Congreso y los que devenguen los funcionarios que tienen derecho a ella.”

“Artículo 2º. Para establecer la prima especial de servicios prevista en el presente decreto, se entiende que los ingresos laborales totales anuales percibidos por los Miembros del Congreso son los de carácter permanente incluyendo la prima de navidad.”

“Artículo 3º. Ninguno de los funcionarios a que se refiere el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 podrá tener una remuneración anual total superior a la de un miembro del Congreso.”

“Artículo 4º. La prima a que se refiere este Decreto se pagará mensualmente, no tiene carácter salarial y no se tendrá en cuenta para la determinación o haberes de otros funcionarios o empleados de cualquiera de las ramas del Poder Público, Fuerzas Militares, organismos o entidades del Estado.”

“Artículo 5º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1993 y deroga las disposiciones que le sean contrarias en especial el Decreto 873 de 1992.”

El Honorable Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 18 de mayo de 2016, al interpretar la relación existente entre la Prima Especial de Servicios creada en el artículo 15 de la ley 4ª de 1992 y el Decreto 610 de 1998, fijó el derrotero obligatorio a tener en cuenta al momento de tasar la Bonificación por Compensación a que tienen derecho los funcionarios destinatarios de la misma; éstos deben percibir esta prestación según el 80% del total de lo devengado por los magistrados de las altas cortes, quienes a su vez deben ser equiparados al total de lo devengado por los Congresistas de la República, por lo que en atención a su carácter vinculante de esta manera se ordenará, a fin de que se dé plena aplicación a los mencionados preceptos legales. Así se refirió la corporación:

“El artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, norma por medio de la cual se creó la prima especial de servicios, establece que un limitado grupo de funcionarios tendrá derecho a que sus ingresos sean igualados a la totalidad de los percibidos por los miembros del Congreso de la República. Este grupo de funcionarios es: los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil.

del Pueblo, servidores contemplados en el artículo 15 de la ley 4a de 1992.

3º. La prima especial de servicios constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios señalados.”

En desarrollo de esta norma, el Gobierno Nacional proferió el Decreto 10 de 1993, cuyo artículo 1º estableció que la prima especial de servicios debía corresponder a "... la diferencia entre los ingresos laborales totales anuales recibidos por los miembros del Congreso y los que devenguen los funcionarios que tienen derecho a ella". A continuación, el artículo 2º del decreto en cita precisó que "Para establecer la prima especial de servicios prevista en el presente Decreto, se entiende que los ingresos laborales totales anuales percibidos por los Miembros del Congreso son los de carácter permanente, incluyendo la prima de Navidad".

No puede desvirtuarse el sentido literal del artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 acudiendo a una interpretación según la cual el artículo 16 ejusdem fijó, de manera implícita, que los beneficiarios de la prima especial de servicios habían de percibir una remuneración distinta a la recibida por los Parlamentarios. Lo único que esta norma pretende al establecer que: "La remuneración, las prestaciones sociales y los demás derechos laborales de los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y los Fiscales del Consejo de Estado serán idénticos" es que se respete el derecho a la igualdad salarial de funcionarios que ocupan cargos semejantes.

Teniendo en cuenta que la ley determina como finalidad de la prima especial de servicios la equiparación de los ingresos percibidos por los Magistrados de las Altas Cortes a aquellos que devengan los miembros del Congreso de la República, mal podría señalarse que un decreto que cumple la función de reglamentar dicha Ley podía establecer cosa distinta. De hecho, el Decreto 10 de 1993 no lo hizo. Todo lo contrario, tal cuerpo normativo desarrolló de manera precisa los términos en los que debía darse la equiparación en el ingreso de los más altos funcionarios de varias ramas del poder público al señalar que había de efectuarse sobre la totalidad de los ingresos laborales anuales recibidos por unos y otros.

Es claro, entonces, que en ninguna de las normas que contienen el régimen de la prima especial de servicios se hizo la distinción entre salario y prestaciones sociales. Se habló, en cambio, de ingresos **laborales** totales.

Este criterio fue sostenido por la Sala de Conjuces de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado en la providencia proferida el día 4 de mayo de 2009, dentro del proceso identificado con la radicación No. 250002325000200405209 02, con ponencia del Dr. Luis Fernando Velandia Rodríguez.

En esa ocasión, la Corporación dejó establecido que:

[...] Al referirse, tanto la Ley 4ª de 1992 como el Decreto 10 de 1993 a ingresos laborales totales anuales, dicha expresión engloba todo aquello que en el año percibe en ejercicio de la relación laboral el congresista como tal, sin tener en cuenta si dicha partida es factor de salario o por el contrario corresponde a una prestación social .

En consecuencia, no le es dable al juzgador, distinguir donde la Ley no lo hace, siendo claro que dentro de tal concepto deben incluirse tanto los salarios como las prestaciones sociales

(...)

Fue el mismo Legislador quien al expedir las disposiciones contenidas en la Ley 4ª de 1992 equiparó los derechos salariales de los de Magistrados de Alta Corte con los Congresistas, cosa que hizo en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, resultando entonces, que los ingresos laborales totales anuales de los Magistrados deben ser iguales a los ingresos laborales totales anuales de los Congresistas

(...)

Se concluye en consecuencia que la suma recibida por los congresistas por concepto de ingresos laborales totales anuales, debe ser la misma que la recibida por los magistrados de las Altas Cortes y que éstos (sic) últimos, que es situación diferente, tienen entre sí, iguales remuneración, prestaciones sociales y derechos laborales.

Las cesantías percibidas por los miembros del Congreso de la República han sido consideradas ingresos laborales anuales permanentes por la jurisprudencia del Consejo de Estado en ocasiones anteriores¹², lo que tiene plena razón de ser pues se trata de una erogación que realiza el empleador anualmente a favor de su trabajador y que se causa por cada día de trabajo del empleado.

De allí que esta corporación haya concluido que el auxilio de cesantías debe ser tenido en cuenta

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjuces, Sentencia de 4 de mayo de 2009, Rad. No. 250002325000200405209 02, C.P., Dr. Luis Fernando Velandia Rodríguez

para realizar la liquidación de la prima especial de servicios de los funcionarios mencionados en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, quienes tienen derecho a percibir una suma equivalente a lo que por todo concepto devengan los congresistas.

Este régimen tiene una clara incidencia en la determinación de la bonificación por compensación de los servidores públicos que se encuentran sujetos al Decreto 610 de 1998 pues el mismo, de manera semejante al artículo 1º del Decreto 10 de 1993, previó la nivelación salarial al 60%, 70% y 80% "... de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado" (subraya fuera del texto), para los años 1998, 1999, 2000 y siguientes, respectivamente.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la prima especial de servicios no solo es un ingreso laboral sino que también cuenta con un carácter salarial limitado en atención a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-681 del 6 de agosto de 2003, habría que señalarse que no existen razones para que se haga abstracción de la misma, o de cualquiera de los factores que se tienen en cuenta para su liquidación, al momento de fijar el monto a cancelar por concepto de bonificación por compensación a favor de los servidores mencionados en el artículo 2º del Decreto 610 de 1998.

Habiendo señalado que el auxilio de cesantías es un ingreso laboral percibido de manera permanente por los jueces de mayor jerarquía de todas las jurisdicciones, es evidente que resultaría violatorio del principio de igualdad que surge del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia el señalar que esta prestación social carece de tal naturaleza únicamente con el propósito de disminuir la base de liquidación de la bonificación por compensación de la que son acreedores los funcionarios mencionados en el artículo 2º del Decreto 610 de 1998.

En consecuencia, se concluye que únicamente teniendo en cuenta los pagos que el Estado debe realizar a los Congresistas por concepto de cesantías puede calcularse la diferencia total entre lo que ellos perciben y la asignación de los Magistrados de las Altas Cortes para, así, determinar el valor de la prima especial de servicio a la que tienen derecho estos últimos.

Teniendo en cuenta que la prima especial de servicios no solo es un ingreso laboral que perciben los Magistrados de las Altas Cortes, sino que además "... constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios señalados"¹³, y que el Decreto 610 de 1998 garantiza que sus beneficiarios perciban un porcentaje del total de ingresos laborales devengados por estos funcionarios, también se debe concluir que es necesario que el monto percibido por los Magistrados de las Altas Cortes por este concepto, y que haya sido liquidado teniendo en cuenta las cesantías percibidas por los Congresistas, debe ser un factor para determinar el valor de la bonificación por compensación a la que tiene derecho el actor."

Por lo tanto, la reliquidación ordenada, esto es, entre el 5 de enero de 2010 y hasta 2011, debe liquidarse y de allí en adelante hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, conforme lo solicitado en la pretensión 2 de la demanda, teniendo en cuenta el 80% de los ingresos totales anuales de un congresista que debe ser equiparable a la referencia directa que es la de Magistrado de alta corte.

Respecto a la pretensión tercera, no hay lugar a acceder a la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales pagadas al demandante en su desempeño como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, del 10 de octubre de 2011 hasta la fecha en que haya desempeñado el cargo, tomando como factor salarial la Bonificación por Compensación como se solicita en la pretensión tercera de la demanda en consideración a que desde su creación con el

¹³Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-681 del 6 de agosto de 2003, C.P., Dra. Ligia Galvis Ortiz

Decreto 610 de 1998 y ahora con la modificación introducida por el Decreto 1112 de 2012, este emolumento solo constituye factor salarial para efecto del ingreso base de cotización de los Sistemas Generales de Seguridad Social en Pensiones y Salud; actos administrativos que se encuentran vigentes y no han sido suspendidos o declarados nulos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En lo atiente a la pretensión 4, se negará, en tanto, no existe una fuente formal que en esta instancia permita condenar al pago de intereses moratorios.

Regresando a los términos de la condena y en estrecha relación con la pretensión 5, como restablecimiento del derecho, de las sumas que arroje la liquidación correspondiente la entidad demandada deberá descontar las sumas que efectivamente le fueron canceladas al actor. El valor resultante será reajustado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que el correspondiente a la prestación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente para la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

2.8 Costas procesales

Teniendo en cuenta que prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda la Sala de abstendrá de imponer costas y agencias en derecho con fundamento en lo previsto en el numeral 5 del artículo del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Conjuces, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenidos en el oficio 20133100052541 de 21 de agosto de 2013, expedido por el Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, según las razones expuestas en la considerativa.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar al demandante PABLO JOSE TORRES CRUZ el valor correspondiente a las diferencias salariales existentes entre el 70% y el 80% de lo que le fue cancelado como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, desde el 05 de enero de 2010 hasta 2011 y a partir de tal calendado hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia (conforme lo solicitado en la pretensión 2), teniendo en cuenta el 80% de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, los cuales deben coincidir con los ingresos totales anuales permanentes de los Congresistas de la República de conformidad con artículos 15 y 16 de la Ley 4ª de 1992, sumas que deberán ser indexadas de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. De las sumas que arroje la liquidación correspondiente, la entidad demandada deberá descontar las sumas que efectivamente le fueron canceladas al actor, El valor resultante será reajustado de acuerdo con la fórmula explicada en la parte motiva.

CUARTO: Denegar la demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Dese cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Diego Mauricio Higuera Jimenez

DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMENEZ

Conjuez

Jair Gabriel Fonseca Gonzalez

JAIR GABRIEL FONSECA GONZALEZ

Conjuez

Martin Hernandez Sanchez

MARTIN HERNANDEZ SANCHEZ

Conjuez

(Hoja de firmas)

46