

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

Conjuez Ponente: Dr. Martín Hernández Sánchez

Tunja, 23 de Agosto 2013

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MERCEDES ALFONSO APONTE

DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

RADICACIÓN: 15001-2333-000-2013-00906-00

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

1. ANTECEDENTES

1.1 La demanda¹

MERCEDES ALFONSO APONTE, a través de apoderado judicial, presentó demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación - Procuraduría General de la Nación.

1.1.1 Declaraciones y condenas

1.1.1.1. Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio S. G. 3315 de 21 de agosto de 2013, suscrito por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual no se accedió a la petición de reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas de todas las prestaciones sociales, teniendo en cuenta el 100% del salario mensual de la accionante, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación, como factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar y pagar

¹ Folios 2 a 21 y 113 a 114.

todas las prestaciones, de conformidad con lo previsto en la 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. El Acto Legislativo núm. 03 de 2002 (modificatorio del art. 116 constitucional), art. 10 del Código Contencioso Administrativo, las leyes 22 de 1967, 4 de 1992 (arts. 1, 2, 10 y 14) y 270 de 1996 (art. 152 numeral 7), los decretos 717 de 1978 (art. 12) y 610 de 1998, Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, los Convenios 95, 100 y 111 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26.

1.1.1.2 Como consecuencia de la nulidad deprecada, se restablezca a la demandante el derecho adquirido en el desempeño del cargo, ordenando a la demandada a tener como factor salarial, la Prima Especial de Servicios (durante el tiempo en que esta se haya cancelado y se sigan pagando con ocasión de los artículos declarados nulos en virtud de la sentencia del Consejo de Estado, de 29 de abril de 2014, expediente 11001-03-25-000-2007-00087-00 (1686-07) y mientras éstos gozaron de presunción de legalidad)

1.1.1.3. Como consecuencia de la anterior declaración y de la declaración solicitada en el número 1 de las pretensiones, se proceda a reliquidar y pagar retroactivamente, indexado, con los respectivos intereses moratorios de todas sus prestaciones sociales - prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, bonificaciones y las demás a las que haya lugar y que resulten probadas en la presente acción para lo cual deberá incluirse en nómina, es decir que se proceda a pagar el mayor valor de la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado ya como carga prestacional, a la doctora MERCEDES ALFONSO APONTE, como Procuradora Judicial II, Código 3 PJ-EC, en la Procuraduría 121 Judicial II Administrativa de Tunja, desde el 1 de marzo de 2010 hasta la fecha, y hasta el momento en que se profiera la sentencia y se haga efectivo el pago del fallo. Esta reliquidación deber hacerse teniendo en cuenta el 100% de su salario, sin descontar lo correspondiente a la Prima Especial.

1.1.1.4. Como consecuencia de la declaración solicitada en el número 1 de las pretensiones, se restablezca el derecho de a la demandante, adquirido en el desempeño de su cargo, ordenando a la demandada a tener como factor salarial, la Bonificación por Compensación.

1.1.1.5. Como consecuencia de la anterior declaración y de la declaración solicitada en el número 1 de las pretensiones, se proceda a reliquidar y pagar retroactivamente, indexado, con los respectivos intereses moratorios de todas sus prestaciones sociales - prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, bonificaciones y las demás a las que haya lugar y que resulten probadas en la presente acción para lo cual deberá incluirse en nómina, es decir que se proceda a pagar el mayor valor de la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado ya como carga prestacional y, para el caso de la Bonificación por Compensación lo que debía haber pagado desde la vigencia del Decreto 610 de 1998, si la entidad demandada hubiese dado cumplimiento al mismo desde su vigencia, a la doctora MERCEDES ALFONSO APONTE, como Procuradora Judicial II, Código 3 PJ-EC, en la Procuraduría 121 Judicial II Administrativa de Tunja, desde el 1 de marzo de 2010 hasta la fecha, y hasta el momento en que se profiera la sentencia y se haga efectivo el pago del fallo. Esta reliquidación deber hacerse teniendo en cuenta el 100% de su salario, sin descontar lo correspondiente a la Bonificación por Compensación.

1.1.1.6. En lo relativo a las cesantías e intereses a las cesantías, que estas se consignen en el fondo de cesantías en que se encuentra afiliada la accionante.

1.1.1.7. Se condene a la Nación- Procuraduría General de la Nación, a pagar a la doctora Mercedes Alfonso Aponte, a título de restablecimiento del derecho, las sanciones por la mora en el pago de las cesantías contempladas en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, de la siguiente manera:

1.1.1.8 Para las cesantías correspondientes al año 2010, a partir del 15 de febrero de 2011. Las correspondientes al año 2011, a partir del 15 de febrero de 2012. Las correspondientes al año 2012, a partir del 15 de febrero de 2013 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago. Las que se causen con posterioridad a la presentación de la presente acción, a partir del 15 de febrero de la respectiva anualidad. Lo anterior debe ser consignado en el fondo de cesantías al que se encuentra afiliada la accionante.

1.1.1.9 Se condene a la Nación - Procuraduría General de la Nación, a pagar el interés en la forma y términos expresados en el numeral 4 del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo.

1.1.1.10 Que las condenas respectivas a favor de la accionante, sean actualizadas o indexadas, desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta que se cause la ejecutoria de la sentencia que le dé término definitivo al proceso.

1.1.1.11 En lo relativo a la Prima Especial se inaplique, por ser violatorios del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 4, 3, 58, 116 y 280 ibidem, relacionados con la igualdad de oportunidades y remuneración para los trabajadores y la estructura de la Procuraduría General de la Nación, que tienen idéntica situación con los funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, las expresiones que establecen que la Prima Especial de Servicios no tiene carácter salarial, contenidas en las siguientes normas: Decretos 54 de 1993, 107 de 1994, Decreto 26 de 1995, el Decreto 2025 de 1995, 35 de 1996, 35 de 1996, 56 de 1997, 67 de 1998, 37 de 1999, 2734 de 2000, 1482 de 2001, 2730 de 2001, 683 de 2002, 3548 de 2003, 4169 de 2004, 933 de 2005, 392 de 2006, 621 de 2007, 3048 de 2007, 661 de 2008, 726 de 2009, 1391 de 2010, 1043 de 2011, 841 de 2012 y 1016 de 2013, y los que en adelante se expidan por el Gobierno Nacional relacionados con el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Procuraduría General de la Nación.

1.1.1.12 En lo relativo a la Bonificación por Compensación se inaplique, por ser violatorios del artículo 4, 53, 58, 116 y 280 de la Constitución Política, en armonía con el Bloque de Constitucionalidad relativo a la consagración de derechos fundamentales de carácter laboral, las expresiones que establecen que la Bonificación por Compensación 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 o que sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, contenidos en las siguientes normas: Decretos 610 de 1998, 944 de 2005, 401 de 2006, 630 de 2007, 670 de 2008, 735 de 2009, 1400 de 2010, 1051 de 2011, 877 de 2012 y 1102 de 2012, y los que en adelante se expidan por el Gobierno Nacional, todos ellos relacionados con el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Procuraduría General de la Nación.

1.1.1.13 Que en lo relativo a la Prima Especial se aplique lo ordenado en el artículo 10 C.C.A. relativo al precedente jurisprudencial.

1.1.1.14 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 La demandante ha prestado sus servicios para el Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, vinculada al cargo de Procurador Judicial II, Código 3 PJ-EC, en la Procuraduría 121 Judicial II Administrativa de Tunja, desde el 1º de marzo de 2010 hasta la fecha³.

1.1.2.2 Los Agentes del Ministerio Público con cargo de Procuradores Judiciales II, código 3 PJ-EC, ejercen sus funciones ante los Tribunales Judiciales, razón por la cual, de conformidad con el artículo 280 Constitucional tienen las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados de Tribunal, por ser ante quienes ejercen su cargo.

1.1.2.3. La accionante al desempeñarse como Procuradora Judicial II, Código 3 PJ-EC, y ejercer su cargo ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, tiene las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados de Tribunal y Fiscales Delegados ante Tribunal.

1.1.2.4. La Ley 4ª de 1992, dispuso que el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, estableciendo en el literal a) del artículo 2 que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

1.1.2.5. El Decreto 717 de 1978, anterior a la expedición de la Ley 4ª de 1992, en su artículo 12 estableció que todas las sumas que habitual y periódicamente

² Folios 4 a 7.

³ Fecha de presentación de la demanda, es decir, 13 de diciembre de 2013, según se lee a folio 81.

reciban los funcionarios y empleados judiciales, como contraprestación al servicio constituyen factor salarial.

1.1.2.6. La Ley 4ª de 1992, en su artículo 14 ordenó al Gobierno establecer una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público Delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación.

1.1.2.7. El artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, establece la prima especial de servicios sin carácter salarial, de manera taxativa para los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el 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.

1.1.2.8. El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, con el propósito de desmontar el sistema de liquidación retroactiva de las cesantías y la prima de antigüedad, estableció como prima sin carácter salarial, el 30% del salario básico mensual de los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, Magistrados de Tribunal, Jueces de la República y, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 280 de la Carta Política, para los Procuradores Judiciales que ejercen sus cargos ante los jueces y magistrados de los distintos tribunales, en consecuencia el Gobierno Nacional expidió los decretos 57 de 1993 (art. 6), 106 de 1994 (art. 6), 43 de 1995 (art. 7), 36 de 1996 (art. 6), 076 de 1997 (art. 6), 64 de 1998 (art. 6), 44 de 1999 (art. 6), 2740 de 2000 (art. 6), 2720 de 2001 y 0673 de 2002 (arts. 6 y 7), 3569 de 2003, 4172 de 2004 (art. 6), 936 de 2005 (art. 6), 389 de 2006, 618 de 2007 (art. 6), 658 de 2008 (art. 6), 723 de 2009 (art. 8), 1388 de 2010 (art. 8), 1039 de 2011 (art. 8), 874 de 2012 (art. 8) y 1024 de 2013 (art. 8).

1.1.2.9. Para atender lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional incluyó para la Procuraduría General de la Nación en los artículos 1º y 2º de los Decretos 54 de 1993, 107 de 1994, 26 de 1995, el Decreto 2025 de 1995, 35 de 1996, 56 de 1997, 67 de 1998, 37 de 1999, 2734

de 2000, 1482 de 2001, 2730 de 2001, 683 de 2002, 3548 de 2003, 4169 de 2004, 933 de 2005, 392 de 2006, 621 de 2007, 3048 de 2007, 661 de 2008, 726 de 2009, 1391 de 2010, 1043 de 2011, 841 de 2012 y 1016 de 2013, y otros decretos, como prima sin carácter salarial, el 30% del salario básico mensual de los Agentes del Ministerio Público Delegados ante la Rama Judicial.

1.1.2.10 En lo atinente a la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar, el Gobierno Nacional para cumplir con lo ordenado en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, incluyó en los artículos 1º y 2º de los Decretos 903 de 1992, 51 de 1993, 104 de 1994, 47 de 1995, 34 de 1996, 47 de 1997, 65 de 1998, 43 de 1999, 2739 de 2000, 1474 de 2001, 2724 de 2001, 682 de 2002, 3568 de 2003, 4171 de 2004, 935 de 2005, 388 de 2006, decreto 617 de 2007, 657 de 2008, 722 de 2009, 1405 de 2010, 1041 de 2011, 848 de 2012 y hasta la fecha el Decreto 1034 de 2013, el régimen salarial ordinario y optativo, respectivamente, para los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, creando la prima especial de servicios sin carácter salarial.

1.1.2.11 La Procuraduría General de la Nación liquidó las prestaciones sociales de la demandante sin incluir como factor salarial el 30% correspondiente a la Prima Especial, desconociendo con ello que dicho porcentaje constituye salario conforme a lo dispuesto en el Bloque de Constitucionalidad Convenios 95, 100 y 111 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26, la Ley 4 de 1992 artículo 2º literal a), y el Decreto 717 de 1978, artículo 12, y la Ley 270 de 1996, artículo 152 numeral 7), entre otros, y todo lo anterior en armonía con el artículo 280 de la Carta Política.

1.1.2.12 En lo relativo a la Bonificación por Compensación contenida en los Decretos 610 de 1998 y 1239 de 1998, el Ejecutivo, dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, la creó con carácter permanente, beneficio que consiste en que los ingresos mensuales serían iguales al 60% para el año 1999, 70% para el año 2000 y 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.

1.1.2.13. El Decreto 4040 de 3 de diciembre de 2004 creó una Bonificación de Gestión Judicial, que reemplazó la Bonificación por Compensación, para igualar el 70% de todo lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes que, por ser diferente, no era incompatible, ni derogó la remuneración mínima, ni el ajuste gradual de la remuneración, en el equivalente al 80% de la remuneración total de los Magistrados de las Altas Cortes, que establecieron las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988 y los Decretos 610 y 1239 de 1998 para quienes, como los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, los Magistrados de Tribunal y Abogados Asistentes de las Altas Cortes, entre otros, y los Procuradores Judiciales II, quienes ejercen sus cargos ante los Magistrados de Tribunal.

1.1.2.14. El Consejo de Estado, en sentencia proferida dentro del expediente 11001 03 25 000 2005 00244 01 de 14 de diciembre de 2011, declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, ratificando el derecho que los Magistrados Auxiliares de Alta Corte, Magistrados de Tribunal y Procuradores Judiciales II, entre otros tienen a que sus ingresos mensuales sean iguales al 60% para 1999, 70% para el año 2000 y el 80% a partir del año 2001 a 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. Así mismo, en su ratio decidendi estableció que la Bonificación por Compensación contenida en el Decreto 610 de 1998, es salario.

1.1.2.15. Para cumplir la orden emanada por el Consejo de Estado en la sentencia del 14 de diciembre de 2011, expediente 11001 03 25 000 2005 00244 01, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1102 de 24 de mayo de 2012 que dio cumplimiento parcialmente a esa providencia, toda vez que en el segundo inciso del artículo 1º expresó que la Bonificación por Compensación sólo constituía factor salarial para efecto del ingreso base de Cotización del Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos de la Ley 797 de 2003.

1.1.2.16. La Bonificación por Compensación se empezó a pagar a partir del 27 de enero de 2012, aunque el derecho se causó a partir del año 1999 en un porcentaje equivalente al 60% a partir del año 2000, el 70% y el 80% a partir del año 2001, de lo que percibe por todo concepto un Magistrado de Alta Corte.

1.1.2.17. La Procuraduría General de la Nación liquidó las prestaciones sociales de la accionante sin incluir como factor salarial la Bonificación por Compensación, a la cual tiene derecho a partir de la entrada en vigencia del Decreto 610 de 1998. Con ello desconoció la orden dada en la sentencia del Consejo de Estado del 14 de diciembre de 2011, expediente 11001 03 25 000 2005 00244 01, el Bloque de Constitucionalidad Convenios 95, 100 y 111 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26, la Ley 4 de 1992 artículo 2º literal a), el Decreto 717 de 1978, artículo 12 y la Ley 270 de 1996, artículo 152 numeral 7), entre otros.

1.1.2.18. Para atender lo dispuesto por el Decreto 610 de 1998 y lo ordenado en fallos judiciales, el Gobierno Nacional expidió los siguientes decretos, aplicables a los Magistrados de Tribunal y los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación que actúan ante los Magistrados de Tribunal: Decretos 944 de 2005, 401 de 2006, 630 de 2007, 670 de 2008, 735 de 2009, 1400 de 2010, 1051 de 2011, 877 de 2012 y 1102 de 2012, en los cuales dispuso que la Bonificación por Compensación sólo tendría carácter salarial para efectos del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Disposición que contraría el principio de contradicción, según el cual: "una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo, y, sobre el mismo aspecto", pues les reconoce carácter salarial para los aportes al Sistema de Seguridad Social, pero no para el pago de las prestaciones.

1.1.2.19. La Prima Especial de Servicios (Ley 4 de 1992, art. 14 y 15) y la Bonificación por Compensación (Decreto 610 de 1998), son sumas que habitual y periódicamente recibe la accionante como contraprestación por el servicio prestado, y por ello constituyen factor salarial.

1.1.2.20. La accionante tiene derecho a la reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones de mora por el no pago de todas de todas sus prestaciones sociales – primas, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, y las demás a las que haya lugar –, teniendo en cuenta el 100% de su salario mensual, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación como salario, razón por la cual el día 31 de julio de 2013, en ejercicio del derecho de petición elevó

la solicitud de reconocimiento de este derecho.

1.1.2.21. Mediante el acto administrativo contenido en el oficio S. G. 3315 de 21 de agosto de 2013, notificado el 5 de septiembre de 2013, la Procuraduría General de la Nación negó a la accionante la reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas de todas sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta el 100% de su salario mensual, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación.

1.1.3 Normas violadas y concepto de violación⁴

La demandante, considera que las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados violan las siguientes normas:

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.

El Acto Legislativo núm. 03 de 2002 (modificatorio del art. 116 constitucional)

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 4ª de 1992, artículos 1, 2, 10, 14,15 y 16

Decreto 610 de 1998

Ley 270 de 1996 (art. 152, numeral 7)

Decreto 717 de 1978 (art. 12)

Ley 244 de 1995, parágrafo del artículo 2

Ley 1071 de 2006, parágrafo del artículo 5

Ley 1437 de 2011, artículo 10

Como concepto de violación indicó que toda vez que los agentes del Ministerio público con cargo de Procuradores Judiciales II, Código 3 PJ-EC ejercen sus funciones y actividades ante los Tribunales Judiciales, de conformidad con el artículo 280 de la Constitución, tienen las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados de tribunal, pues son los magistrados de mayor jerarquía ante quienes ejercen su cargo.

⁴ Folios 7 a 17.

Que pese a lo señalado en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, la Procuraduría General de la Nación ha venido pagando las prestaciones sociales de la demandante excluyendo la prima especial de servicios como factor salarial, razón por la cual se le está vulnerando su derecho a recibir en forma completa y oportuna sus acreencias laborales y prestacionales, adeudándose además lo correspondiente a la Prima Especial.

Por lo anterior, la accionada ha desconocido la "Rectificación Jurisprudencial" realizada por el Consejo de Estado, sobre el carácter de la prima especial de servicios, en providencias 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), de 2 de abril de 2009 y 25000232500020050515901(0230-08), de 4 de agosto de 2010.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció sobre la ilegalidad de los decretos de aumento salarial expedidos entre 1993 y el año 2003 a servidores de la Fiscalía General de la Nación, que también hacen parte de la Rama Judicial, al estimar que el 30% de la Prima Especial de estos servidores públicos sí tiene el carácter salarial. Por tanto, conforme a los principios de igualdad, equidad y justicia, se debe reconocer tales derechos a los Procuradores Judiciales II, quienes ejercen sus cargos ante los Tribunales y, en consecuencia, cancelar a estos funcionarios lo correspondiente a dicho 30% no reconocido ni pagado entre la fecha de su posesión en el cargo y hasta la actualidad, así como los que posteriormente se causen, respecto de las prestaciones sociales, esto es: las primas, cesantías, vacaciones, intereses a las cesantías, intereses a las cesantías bonificaciones, y las demás a las que haya lugar, que en derecho les correspondan, y que sean probadas dentro de la presente acción.

Concluye que las normas que consagraban que el 30% de la Prima Especial no tenían carácter de factor salarial, desconocen los derechos laborales prestacionales de la demandante y además vulnera principios constitucionales, razón por la cual se declaró su nulidad.

En lo relativo a la Bonificación por Compensación, adujo que la ratio decidendi de la sentencia del Consejo de Estado, expediente 11001 03 25 000 2005 00244 01, de 14 de diciembre de 2011, indica que la Bonificación por Compensación contenida en el Decreto 610 de 1998 es salario.

Que, el Decreto 1102 de 2012, fue expedido para dar cumplimiento a lo expuesto por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, tal disposición normativa resultó contradictoria, en tanto le otorgó a la Bonificación por Compensación el carácter salarial para los aportes al Sistema de Seguridad Social, pero le desconoció dicha condición para el pago de las prestaciones, al establecer en el inciso segundo del artículo 1° que la referida bonificación solo constituye factor salarial para efecto del ingreso base cotización del Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud; en los términos de la Ley 797 de 2003.

La Procuraduría General de la Nación ha venido liquidando las prestaciones sociales de la demandante, excluyendo la Prima Especial y la Bonificación por Compensación, como factor salarial; razón por la que se les está vulnerando su derecho a recibir en forma íntegra, completa y oportuna sus acreencias laborales y prestacionales, por ello, se les debe restablecer su derecho liquidando y pagando las prestaciones sociales de manera retroactiva, indexada, con los respectivos intereses moratorios y sanciones respectivas, más aún, si se tiene en cuenta que nuestra Constitución Política consagra en su artículo 58 la garantía de que gozan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

1. 2 La contestación⁵

La demanda fue admitida por auto de 15 de diciembre de 2015⁶. La parte demandada la contestó oportunamente oponiéndose a todas y cada una de las declaraciones, señalando que su actuación estuvo totalmente ajustada a derecho, toda vez que en calidad de nominadora no tiene la facultad constitucional ni legal para establecer el régimen salarial de los Servidores Públicos vinculados a su planta de personal, pues esa facultad radica únicamente en cabeza del Gobierno Nacional.

Mencionó que los encargados de establecer salarios de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación son el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública, de allí, que el

⁵ Folios 129 a 137.

⁶ Folio 116.

acto administrativo demandado fue expedido en estricto cumplimiento de la Constitución y la ley.

Frente a los hechos, calificó de ciertos: 1, 4, 28, 29 y 30. El 5, 13 y 22 son parcialmente ciertos, con la salvedad de que no se ha desconocido ningún derecho laboral de la accionante y se ha actuado con estricto cumplimiento de la norma. El 14 y 23, no son ciertos. De los demás, dice que son transcripciones normativas y apreciaciones subjetivas del apoderado judicial de la parte demandante.

Como excepciones propuso las que denominó "Excepción de prescripción extintiva del derecho", "Excepción de falta en la legitimación en la causa por activa", "La oportunidad en el derecho" y "Excepción genérica que se encuentre probada dentro del proceso". Respecto a las dos primeras se hizo pronunciamiento en la audiencia inicial llevada a cabo en este proceso el 30 de noviembre de 2016⁷, y se señaló que las dos últimas, se resolverían en sentencia.

1.3 Alegaciones

En la audiencia de pruebas celebrada el 14 de julio de 2017⁸ 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 (10) días siguientes, oportunidad que las partes utilizaron para pronunciarse en término de la siguiente manera:

1.3.1 Parte demandante⁹

Consideró que la demandante tiene derecho al reconocimiento del derecho reclamado, es decir, a la reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas las prestaciones sociales, teniendo en cuenta el 100% de su salario mensual incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación como salario o factor salarial, por lo cual, resulta necesario declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y restablecer el derecho de la

⁷ Ver acta folios 194 a 203.

⁸ Ver acta a folios 247 a 250.

⁹ Folios 257 a 264.

demandante. Por lo tanto, deberá incluirse en nómina desde el 1º de marzo de 2010 y hasta el momento en que se profiera sentencia y se haga efectivo el pago del fallo.

Insistió que la Procuraduría General de la Nación liquidó las prestaciones sociales a que tiene derecho la demandante como Procuradora Judicial II, sin incluir el 30% que corresponde a la Prima Especial como factor salarial, proceder que desconoció el bloque de constitucionalidad, Convenios 95, 100 y 111 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26, la Ley 4ª de 1992 artículo 2º literal a), y el Decreto 717 de 1978, artículo 12, y la Ley 270 de 1996, artículo 152, numeral 7, entre otros, así como lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia del 29 de abril de 2014, que indicó que lo que se paga como prima especial, es realmente parte integrante del salario.

Refirió nuevamente la rectificación jurisprudencial que hiciera la Sección Segunda en las sentencias de 2 de abril de 2009 y 4 de agosto de 2010, con radicados número 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07) y 25000232500020050515901 (197-99). De igual manera la sentencia del 14 de febrero de 2002 con radicado número 11001-03-25-000-1999-0031-00 (197-99) que definió que la Prima Especial de Servicios tiene carácter salarial y declaró la nulidad del artículo 7 del Decreto 38 del 8 de enero de 1999, respecto de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

Afirmó que en la sentencia del 29 de abril de 2014 que declaró la nulidad de artículos de los decretos del Gobierno Nacional que establecían la Prima Especial de Servicios como parte integrante del salario, el Consejo de Estado expresó que el Gobierno Nacional despojó de efectos salariales el porcentaje equivalente al 30%, disminuyendo el monto de las prestaciones sociales, concluyendo finalmente que interpretó y aplicó erróneamente la Ley 4ª de 1992, razón por la cual nunca se ha cumplido con el mandato contenido en el artículo 14 de la mencionada ley y como la referida sentencia tiene efectos "ex tunc", se deben reconocer los derechos de manera retroactiva.

En lo relativo a la Bonificación por Compensación por Compensación prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998, indicó que el Consejo de Estado en la *ratio decidendi* de la sentencia del 14 de diciembre de 2011, que declaró la nulidad

del Decreto 4040 de 2004, definió el carácter salarial de la Bonificación por Compensación, para lo cual cita los apartes pertinentes, pronunciando que el Gobierno Nacional cumplió de manera parcial.

En lo demás, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, para concluir que tanto la Prima Especial de Servicios como la Bonificación por Compensación, son sumas que recibe habitual y periódicamente la accionante como contraprestación por el servicio prestado, por tanto, tienen la naturaleza de salario, y es procedente la reliquidación de todas las prestaciones sociales.

Por lo anterior, solicitó se declare la nulidad de los actos administrativos demandados y, en consecuencia, se reliquiden todas las prestaciones sociales dejadas de cancelar por el no reconocimiento de la Prima Especial de Servicios y la Bonificación Salarial como factor salarial.

1.3.2 Parte demandada¹⁰

Solicitó que las pretensiones de la demanda fueran despachadas desfavorablemente en la medida en que como entidad ha dado respuesta de manera clara, concreta y oportuna a las peticiones elevadas por el apoderado de la demandante.

Dijo que reitera todos los argumentos de defensa planteados en la contestación de la demanda y, que el Gobierno Nacional como encargado de definir el régimen salarial de los servidores públicos, es el llamado a responder la solicitud impetrada por la demandante y en consecuencia, determinar si se modifican los actos administrativos expedidos desde 1998 en el tema objeto de reclamación.

Que en el mes de junio de 2015 la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado expidió la Circular Externa No. 13, dirigida entre otros funcionarios al Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, la Secretaria técnica del Comité de Conciliación y los apoderados de la misma entidad a través de la cual se establecieron los "lineamientos de defensa administrativa y judicial para la atención de reclamaciones y demandas relacionadas con el reconocimiento de la "Bonificación por Compensación" y "Bonificación por

¹⁰ Folios 264 bis a 266.

Gestión Judicial” y se determinaron algunos aspectos relacionados con las circunstancias fácticas por verificar respecto de las personas que pretendieran tales prestaciones.

Por lo anterior, solicitó se declare que el acto administrativo demandado fue expedido por la entidad en ejercicio de sus atribuciones y con arreglo a los preceptos constitucionales y legales, y en consecuencia se denieguen las suplicas de la demanda.

1.3.3 Ministerio Público

No rindió concepto.

2. CONSIDERACIONES

2.1 Control de legalidad

Revisado el proceso en cumplimiento del control de legalidad que debe hacer el juez en cada etapa del proceso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207 del C.P.A.C.A., no observa la sala vicios que configuren causales de nulidad que deban ser saneadas en el proceso.

2.2 Problemas Jurídicos

2.2.1 Deberá determinar el tribunal si es procedente ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas por la actora durante el lapso que se desempeñó como Procuradora Judicial II, teniendo en cuenta el 100% de su salario mensual incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación como factor salarial.

2.2.2 Deberá determinar el tribunal si es procedente reconocer el favor de la demandante la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, contemplada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

2.2.2 Deberá determinar el tribunal, si como consecuencia de lo anterior, el procedente declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio S.

G. 3315 del 21 de agosto de 2013, suscrito por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación por el cual no se accedió a la petición de reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas las prestaciones sociales - primas, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, bonificaciones y las demás a las que hubiera lugar - teniendo en cuenta el 100% del salario de la actora incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación, como factores salariales.

2. 3. Marco normativo y jurisprudencial

2. 3.1 De la Prima Especial de Servicios y su naturaleza.

Ley 4 de 1992, "*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe 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 prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política*", en su artículo 14 facultó al Gobierno Nacional para establecerla en los siguientes términos:

"(...)

Artículo 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero de enero de 1993."

Posteriormente se expidió la Ley 332 de 1996 en la que en su artículo 1º respecto de la prima especial prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 señaló:

ARTÍCULO 1o. La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de

la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio, harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.

Es decir, la modificación que le introdujo esta norma a la Prima Especial de Servicios creada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 consistió en asignarle carácter salarial solamente para efectos pensionales, el cual originalmente no tenía.

En virtud de estos mandatos del legislador, el Gobierno Nacional cada año ha venido expidiendo los decretos que determinan el Régimen Salarial de los servidores públicos, entre ellos, los de la Procuraduría General de la Nación en los cuales efectivamente excluye de carácter salarial a la Prima Especial de Servicios creada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Es de resaltar que la facultad para determinar los factores integrantes de las prestaciones sociales es facultad del legislador como lo ha reconocido la Corte Constitucional en varias de sus providencias, entre ellas, la sentencia C-470 de 1995 cuando sostuvo:

“La Constitución no ha señalado reglas para efectos de determinar los factores salariales que han de tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente corresponde al legislador, dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, determinar los aludidos factores, lo cual hizo en el presente caso”.

En consecuencia, lo que no es calificado por el legislador de manera explícita como factor salarial, no es dable al actor suponer, considerar o ampliar para su beneficio.

Y es de recordar que esta expresión “sin carácter salarial” prevista en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992 fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 279 de 1996 exponiendo para el efecto las siguientes consideraciones:

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter¹¹ (el subrayado es de esta Corte).

Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional."

De igual manera la misma corporación en la sentencia C-444 de 1997, mediante la cual estudió la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 332 de 1996 reiteró la facultad que tiene el legislador para considerar que determinadas sumas que recibe el trabajador como retribución de sus servicios no tenga el carácter de salarial. Así textualmente lo expresó:

"Recuérdese que el patrono y el trabajador, así como el legislador, pueden establecer sumas de dinero que habitualmente puede percibir el empleado, pero que no se tendrán en cuenta para efectos de liquidar determinadas prestaciones sociales, o que no se tendrán como salario (artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo). Esta potestad ha sido avalada por el H. Consejo de Estado y esta Corporación, en diversos fallos. Es decir, ingresos reales del trabajador que no se ven representados en las prestaciones sociales, y no por ello se puede afirmar que existe desigualdad entre los distintos trabajadores al momento de liquidar aquéllas, pues la liquidación se hará siempre en relación con los montos que tengan carácter salarial.

*La ley 100 de 1993, por ejemplo, establece que las pensiones se liquidarán sobre un porcentaje de los **ingresos base** del trabajador (artículo 21), y del concepto de ingresos base están excluidos todos aquellos ingresos que el empleado recibe habitualmente pero que no constituyen salario (artículo 17 de la ley 344 de 1996). Por su parte, el artículo 34 de la misma ley, señala que el porcentaje mínimo de la pensión debe representar el 65% de la asignación básica.*

Teniendo en cuenta lo anterior, existirán casos, tanto en el sector público como en el privado, en que el trabajador no recibe por concepto de pensión, un equivalente al 65% de lo que percibía mensualmente al momento de retirarse, pues ese porcentaje se calcula sobre la asignación básica, que no incluye factores que no tengan carácter salarial.

En conclusión, la desigualdad que se alega en la exposición de motivos es un sofisma. Sin embargo, ello no permite desconocer que fue voluntad del legislador, en desarrollo de su autonomía, asignarle carácter salarial a la prima que reciben ciertos servidores públicos, facultad que no le está prohibida."

¹¹ Corte Suprema de Justicia, ponente Hugo Suescún Pujols, "Sentencia del 12 de febrero de 1993", exp. No. 5481, *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XXII, No. 256, abril de 1993, P. 294.

No debe perderse de vista que la Corte Constitucional en varias oportunidades ha indicado que se debe observar con preferencia sus precedentes en donde se haga interpretación de las normas. Así lo precisó al estudiar la constitucionalidad de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, relacionados con el deber de aplicación de las normas y la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, declaró condicionalmente exequibles las partes pertinentes de dichas normas en las sentencias C-634 y C-816 de 2011, respectivamente en los siguientes términos:

"...en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad."

".. entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia". (Subrayados de la Sala)

De forma más reciente, la misma corporación en la sentencia SU-395 de 2017 sobre el particular señaló:

"6.2. Pues bien, en el sistema jurídico colombiano, aun cuando los artículos 228 y 230 de la Carta Política disponen que la función judicial ha de ejercerse en cumplimiento de los principios de independencia y autonomía, la propia Corte ha definido el carácter vinculante del precedente constitucional en virtud de la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema normativo, la protección del derecho a la igualdad, la salvaguarda de la buena fe y la materialización de la confianza legítima¹². Por esta razón, los jueces de la República no pueden apartarse de un precedente establecido por esta Corporación, salvo que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación en un caso concreto, previo cumplimiento de una carga mínima de argumentación¹³.

(...)

6.7. De ahí que, en aras de proteger la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, los principios de confianza legítima y de buena fe, y el derecho a la igualdad de quienes acceden a la administración de justicia, es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por esta Corporación, en la definición y

¹² Consultar, entre otras, las Sentencias T-123 de 1995, T-566 de 1998, T-522 de 2001, T-468 de 2003, T-838 de 2007, T-109 de 2009, C-539 de 2011 y C-634 de 2011.

¹³ Sentencias T-1025 de 2002 y T-468 de 2003. Precisamente, en la última de las citadas sentencias, se dispuso que: "En este contexto, surge como elemento preponderante que todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente motivado, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de control sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. // La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia y; es conexa si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. // Por consiguiente, si un juez de tutela pretende inaplicar la doctrina constitucional que sobre una materia en específico ha establecido esta Corporación, no sólo debe motivar la decisión de manera completa, pertinente, suficiente y conexa, sino que también tiene que probar la diversidad de los supuestos fácticos o de las circunstancias de hecho que conlleven a otorgar un tratamiento desigual y/o la existencia de una nueva legislación que modifique las consecuencias jurídicas aplicables al caso controvertido."

alcance de los derechos fundamentales. El respeto del precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en los términos previstos en el artículo 241 de la Carta Política.

(...)

Tratándose de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia se desprende de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. Así, cualquier norma que se declare inconstitucional por la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. Igualmente, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto de constitucionalidad -bien declaren o no inexecutable una disposición-, debe ser atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución¹⁴.

Colígese de todo lo anterior que la Prima Especial de Servicios creada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 únicamente tiene carácter salarial para efectos pensionales; dicho de otra manera, no debe tenerse en cuenta para liquidar las demás prestaciones sociales como factor de liquidación.

No obstante hay que aclarar que una cosa es que la Prima Especial de servicios equivalente al 30% del salario no tenga carácter salarial como base para liquidar las prestaciones sociales excepto la pensión; y otra distinta es como lo ha hecho el Gobierno Nacional en los decretos anuales expedidos a partir de 1993, englobar dentro del concepto de asignación básica también el de prima especial, para quitarle los efectos salariales a ese porcentaje (30%) del salario como base de liquidación de las prestaciones sociales, lo cual atenta contra los principios de progresividad y no regresión de los derechos laborales, en la medida que se le reduce el salario de sus beneficiarios a un 70%, porque esa Prima Especial debe corresponder es a una suma adicional a esa asignación básica como lo ha explicado en forma amplia la jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia del 9 de julio de 2014, en Sala de Conjueces, con ponencia de la doctora MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ, dentro de la acción de simple nulidad adelantada por PABLO J. CÁCERES CORRALES contra LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, con radicación No. 11001-03-25-000-2007-00087-00, mediante la cual se anularon los artículos pertinentes a la prima especial de servicios en varios decretos expedidos entre 1993 y 2007. Dicen los apartes pertinentes de este fallo:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería

¹⁴ Consultar, entre otras, la Sentencia T-309 de 2015.

considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)	Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)
Salario básico: \$10.000.000	Salario básico: \$10.000.000
Prima especial (30%): \$3.000.000	Prima especial (30%): \$3.000.000
Salario sin prima: \$7.000.000	Salario más prima: \$13.000.000
Total a pagar al servidor: \$10.000.000	Total a pagar al servidor: \$13.000.000

Frente a este tema, el Consejo de Estado en sentencia del 2 de abril de 2009, por medio de la cual declaró la nulidad del artículo 7º del Decreto 618 de 2007, **rectificó su jurisprudencia** frente al concepto de prima, considerando que cuando se habla de dicha prestación debe entenderse como un fenómeno retributivo de carácter **adicional**, es decir, que acogió la segunda interpretación, al afirmar que:

"(...) la noción de 'prima' como concepto genérico, emerge a título de **reconocimientos económicos adicionales** para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un **aumento en su ingreso laboral**, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un **'plus' en el ingreso** de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.

"Por consiguiente, la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, opera invariablemente como un fenómeno retributivo **de carácter adicional** a la actividad laboral cumplida por el servidor público.

"Posteriormente, con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas para sobre su estructura representar básicamente un **incremento a la remuneración**; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992, retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar el concepto de prima como un fenómeno complementario **de adición a la remuneración** de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la Carta de 1991 y conforme a su ley marco, sigue situándose como un incremento, un **'plus' para añadir el valor del ingreso laboral del servidor**.

"Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2º del artículo 53 de la Constitución Política -, todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un

incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el **principio de progresividad**, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las 'primas' en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.

"Como resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por mas exentas que estén de su carácter salarial representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que el artículo 7° del Decreto No. 618 de 2007, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de **violación a los contenidos y valores establecidos en la Ley 4ª de 1992** y por lo tanto habrá necesidad de excluirlo del ordenamiento jurídico.

"El carácter negativo al valor del salario que justifica la anulación, se visualiza en el nexo que existe entre los conceptos salariales admitidos por el ordenamiento para esquematizar el elenco de factores que lo integran y los montos prestacionales que de manera ordinaria representan consistencia y coordinación con lo estrictamente salarial. Así pues, la exclusión del artículo en examen, demuestra además, porqué la norma demandada materializa una situación jurídica insostenible a la luz de los principios constitucionales y de la ley marco sobre el sistema y criterio de la estructura salarial de la función pública, y desde luego, a toda una tradición jurídica que consistentemente ha regulado el sistema salarial y prestacional para en su conjunto permitirle a la Sala precisar, que el alcance de las primas indicadas dentro de la Ley 4ª de 1992 no puede ser otro que el aquí aludido". (Resaltado fuera de texto).

En igual sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 19 de marzo de 2010, examinó lo relativo a la prima especial de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, y consideró que el Gobierno Nacional habla disminuido el monto de las prestaciones sociales de los funcionarios de que trata la mencionada norma concluyendo lo siguiente:

1. "El Ejecutivo desbordó su poder por cuanto bajo la apariencia de una prima especial equivalente al 30% del sueldo básico, en realidad **despojó de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que disminuyó el monto de las prestaciones sociales.**
2. "La Ley 4ª de 1992 materializó el literal e.) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional, que contiene criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso y Fuerza Pública. Esta Ley en el artículo 2 previó un concepto cerrado en cuanto **prohíbe al Gobierno de manera genérica desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.**
3. "El control de legalidad sobre los decretos reglamentarios de la Ley 4ª de 1992, no se agota en la confrontación formalista de los textos, sino que el alcance del control conduce al Juez Contencioso a examinar los contenidos de la norma respecto de la formulación de los programas para organizar la remuneración de los servidores públicos.
4. "La Constitución Nacional mantiene el criterio de la Carta Política anterior respecto de que **las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma en las condiciones laborales¹⁵.**

Finalmente, en sentencia del Consejo de Estado en la cual la suscrita fungió como Conjuez Ponente, se consideró que:

¹⁵ Sentencia del 19 de marzo de 2010, Expediente 2005-01134, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sección Segunda del Consejo de Estado.

"En virtud de la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, que esta Sala de Conjuces acoge en su totalidad, se concluye que la **interpretación correcta** que se debe hacer del Art. 14 de la Ley 4ª de 1992 y de los Decretos 43 de 1995, 36 de 1996 y 76 de 1997 es la que sea acorde con los principios constitucionales, en especial, los de **progresividad y favorabilidad**. En esas condiciones, esta Sala entiende que la prima especial a que se refieren dichas normas debe ser un **incremento** y no una disminución de la remuneración básica de los servidores señalados en las mismas, entre ellos, los Magistrados de Tribunal de Distrito Judicial¹⁶".

Ahora bien, es pertinente resaltar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que:

"Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes **principios mínimos fundamentales**:

"Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; **irrenunciabilidad** a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". (Destaco).

De acuerdo con los criterios establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, los decretos demandados **interpretaron erróneamente y aplicaron indebidamente la Ley 4ª** de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que son contrarios a la Constitución y la Ley, así como para declarar su nulidad.

Ahora bien, los **efectos de la declaratoria de nulidad** de los Decretos demandados, serán los mismos señalados en la Sentencia del 2 de abril de 2009 tantas veces mencionada, a saber:

"(...) es decir, no puede el intérprete de ninguna manera suponer que al desaparecer la prima especial sin carácter salarial equivalente al 30% de la remuneración mensual de tales empleados, su asignación para la época en que tuvo vigencia el Decreto, sea del 70% de la escala remuneratoria allí prevista, se trata sencillamente de **descargar el castigo** de dicho 30%, que conforme a los términos de la norma invalidada, restringía en ese porcentaje las consecuencias prestacionales de tales servidores".

Finalmente, se precisa que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, la prima de servicios **no puede ser inferior al 30% del salario básico mensual.**"

Y en una sentencia proferida el pasado 2 de septiembre de 2015¹⁷ por la misma corporación, igualmente en Sala de Conjuces, dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde se plantearon similares pretensiones a las del proceso que nos ocupa, se dijo:

¹⁶ Sentencia del 31 de octubre de 2012, Expediente 2001-0642, Conjuces Ponente: María Carolina Rodríguez Ruiz, Sección Segunda del Consejo de Estado.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Conjuces Ponente Dra. Carmen Anaya de Castellanos, proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 73001233100020110010202 de José Fernando Osorio Cifuentes contra la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

"Hecha estas precisiones, para esta Sala de Conjuces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado."

2.3.1 De Bonificación por Compensación, su evolución normativa su naturaleza.

La Ley 4ª de 1992 mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe 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, dispuso en su artículo 14:

"El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad."

Atendiendo a este mandato del legislador de revisar 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 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."

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 mencionado en el parágrafo del artículo 14 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 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 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 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 Álvaro 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 Conjueces, Conjuez 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 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 2011¹⁶ 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, por lo cual recobró vigencia el Decreto 610 de 1998

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

¹⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjueces, Conjuez 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.

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.

(...)"

2.4 El caso concreto y solución del problema jurídico.

Está probado en el proceso que la doctora MERCEDES ALFONSO APONTE, se desempeñó en el cargo de Procuradora 121 Judicial II Administrativo grado 3PJ-EC, del 1 de marzo de 2010 al 10 de octubre de 2016, inclusive, teniendo en cuenta que la parte demandada aceptó como cierto el hecho primero de la demanda relacionado con su vinculación laboral, y que así se demuestra con la certificación de tiempo de servicio expedida por la el Jefe de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación visto a folio 228 del expediente.

En esas condiciones, dado que la actora se desempeñó en aquél cargo en ese interregno se tiene por establecido que era beneficiaria tanto de la Prima Especial de Servicios establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 como de la Bonificación por Compensación creada por el Decreto 610 de 1998, como además así lo certifica la entidad al través del Jefe de la División de Gestión Humana (Fols. 234 y 238).

Ahora bien, vale la pena memorar que mediante la sentencia proferida por la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2014, con ponencia de la doctora María Carolina Rodríguez Ruíz, se declaró la nulidad de algunos artículos relacionados con la Prima Especial de Servicios de los decretos que año tras año desde 1993 al 2007 fueron proferidos por el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de algunos servidores públicos, entre ellos los de la Procuraduría General de la Nación.

Fue así como la mencionada sentencia en relación con los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, incluidos, desde luego los Procuradores Judiciales II declaró la nulidad de las siguientes artículos: 9º y 10º del Decreto 54 de 1993; 9º y 10º del Decreto 107 de 1994; 10º y 11º del Decreto 26 de 1995; 10º, 12º y 14º del Decreto 35 de 1996, 9º, 11º y 13º del Decreto 56 de 1997; 9º, 11º y 13º del Decreto 67 de 1998; 9º, 11º y 13º del Decreto 37 de 1999; 9º, 11º y 13 del Decreto 2734 de 2000; 9º, 11º y 13º del Decreto 1482 de 2001; 9º, 11º y 13º del Decreto 2730 de 2001; 8º, 10º y 12º del Decreto 683 de 2002; 8º, 10º y 12º del Decreto 3548 de 2003; 8º, 10º y 12º del Decreto 4169 de 2004; 8º, 10º y 12º del Decreto 933 de 2005; 8º, 10º y 12º del Decreto 392 de 2006; 8º, 10º y 12º del Decreto 621 de 2007; y 8º, 9º, y 11 del Decreto 3048 de 2007.

En los años posteriores al 2007 y hasta el 2014, se siguieron expidiendo de forma similar a los anulados, los decretos que fijaron el régimen salarial y prestacional de la Procuraduría General de la Nación. Es así como en el lapso de vinculación de la actora con la entidad demandada como Procuradora Judicial II fueron expedidos los Decretos 1391 de 2010, 1043 de 2011, 841 de 2012, 1016 de 2013 y 186 de 2014. En los artículos 8º de los mismos se reguló la remuneración mensual de los Procuradores Judiciales II de la siguiente manera:

Decreto 1391 de 2010

"Artículo 8º. A partir del 1º de enero de 2010, la remuneración mensual de los Procuradores Judiciales II ante los Tribunales: Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Penal Militar, Nacional, ante Jurisdicción Agraria, de Menores y Familia, será de: Siete millones cuatrocientos setenta y cinco mil novecientos cuarenta y ocho pesos (\$7.475.948.) m/cte., distribuida así:

Asignación Básica	2.933.272
Gastos de Representación	2.933.272
Prima Especial	1.609.404

Decreto 1043 de 2011

"Artículo 8º. A partir del 1º de enero de 2011, la remuneración mensual de los Procuradores Judiciales II ante los Tribunales: Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Penal Militar, Nacional, ante Jurisdicción Agraria, de Menores y Familia, será de siete millones setecientos doce mil novecientos treinta y seis pesos (\$7.712.936) moneda corriente, distribuida así:

Asignación básica	3.026.257
Gastos de representación	3.026.257
Prima especial	1.660.422

Decreto 841 de 2012

Artículo 8°. A partir del 1° de enero de 2012, la remuneración mensual de los Procuradores Judiciales II ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Penal Militar, Nacional, ante Jurisdicción Agraria, de Menores y Familia, será de ocho millones noventa y ocho mil quinientos ochenta y tres pesos (\$8.098.583) moneda corriente, distribuida así:

Asignación básica	3.177.570
Gastos de representación	3.177.570
Prima especial	1.743.443

Decreto 1016 de 2013

Artículo 8°. A partir del 1° de enero de 2013, la remuneración mensual de los Procuradores Judiciales II ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Penal Militar, Nacional, ante Jurisdicción Agraria, de Menores y Familia, será de: ocho millones trescientos setenta y siete mil ciento setenta y cinco pesos (\$8.377.175) m/cte., distribuida así:

Asignación básica	3.286.879
Gastos de representación	3.286.878
Prima especial	1.803.418

Decreto 186 de 2014

Artículo 9°. A partir del 1° de enero de 2014, la remuneración mensual de los Procuradores Judiciales II ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Penal Militar, Nacional, ante Jurisdicción Agraria, de Menores y Familia, será de ocho millones seiscientos veintitrés mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos (\$8.623.464) moneda corriente, distribuida así:

Asignación Básica	3.383.514
Gastos de Representación	3.383.511
Prima Especial	1.856.439

Para los años siguientes fueron expedidos los Decretos 1257 de 2015 y 245 de 2016 por los cuales se modificaron los expedidos en los años anteriores únicamente reajustando las escalas salariales y beneficios salariales y prestacionales en los porcentajes del 4.66% y 7.77%, respectivamente.

Como se puede observar de la relación normativa que se ha hecho, el Gobierno Nacional ninguna modificación hizo a los decretos expedidos con posterioridad a aquellos que el Consejo de Estado en la referida sentencia declaró su nulidad hasta el año 2007, teniendo en cuenta que los reprodujo de idéntica manera

cambiando únicamente los valores a devengar y en los dos últimos años reajustándolos en unos porcentajes determinados. Por tanto, es dable concluir que adolecen de los mismos vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad que los anulados, como lo concluyera esa alta corporación judicial en ese fallo en los siguientes términos:

*"De acuerdo con los criterios establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, los decretos demandados **interpretaron erróneamente y aplicaron indebidamente la Ley 4ª de 1992** al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que son contrarios a la Constitución y la Ley, así como para declarar su nulidad."*

En este orden de ideas, considera la sala que hay lugar a aplicar para este caso concreto la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad de los artículos 8º de los Decretos 1391 de 2010, 1043 de 2011, 841 de 2012, 1016 de 2013, 9º del Decreto 186 de 2014. Así como también de los Decretos 1257 de 2015 y 245 de 2016, en cuanto se entiende que regularon de la misma manera la distribución de la asignación mensual de los Procuradores Judiciales II, desmejorando con eso sus salarios, pues únicamente modificaron las escalas salariales y beneficios salariales y prestacionales de los decretos anteriores reajustándolas en los por porcentajes allí señalados.

Consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad parcial de acto administrativo demandado por haberse desvirtuado su presunción de legalidad en lo relacionado con la negativa a la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta el 30% de salario básico correspondiente a la Prima Especial de Servicios prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992

Para el restablecimiento del derecho de la actora se tendrá en cuenta los efectos de la declaratoria de nulidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional entre los años 1993 y 2007, que se predica en la varias veces mencionada sentencia del Consejo de Estado del 29 de abril del 2014 en los siguientes términos:

*"Ahora bien, los **efectos de la declaratoria de nulidad** de los Decretos demandados, serán los mismos señalados en la Sentencia del 2 de abril de 2009 tantas veces mencionada, a saber:*

*"(...) es decir, no puede el intérprete de ninguna manera suponer que al desaparecer la prima especial sin carácter salarial equivalente al 30% de la remuneración mensual de tales empleados, su asignación para la época en que tuvo vigencia el Decreto, sea del 70% de la escala remuneratoria allí prevista, se trata sencillamente de **descargar el castigo** de dicho 30%, que conforme a los términos de la norma invalidada, restringía en ese porcentaje las consecuencias prestacionales de tales servidores".*

*Finalmente, se precisa que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, la prima de servicios **no puede ser inferior al 30% del salario básico mensual.**"*

Significa que, por precisión de la misma sentencia, la Prima Especial de Servicios prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, debe corresponder al menos al 30% del salario básico, **pero adicional al 100% de este**, atendiendo a los principios de progresividad y no regresión de los derechos laborales, **y no como parte del 100% del mismo**, que fue la interpretación errónea que se hizo en las normas anuladas.

Acogiendo los parámetros precedentes, y bajo el entendido que a la actora todos los meses durante el lapso de vigencia de la relación laboral, la demandada le pagó el valor señalado en los decretos para cada año a título de Prima Especial, como restablecimiento del derecho, se condenará a la entidad demanda a pagar a la doctora, **únicamente** la diferencia que resulte de reliquidar sus prestaciones sociales devengadas como Procuradora Judicial II durante el tiempo comprendido entre el 1 de marzo de 2010 y el 10 de octubre de 2016, teniendo en cuenta para efecto el 30% de su salario básico de cada año, correspondiente a la Prima Especial de Servicios prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, como un 'plus' que se ha debido añadir a su remuneración mensual y no como integrante de la misma como se hizo en los decretos.

No obstante, en cuanto a la pretensión de reliquidación de las prestaciones que se solicita teniendo en cuenta lo que le fue cancelado a la actora como Bonificación por Compensación, deberá ser denegada pues del recuento normativo que se ha hecho de la misma queda claro para la Sala que 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 por lo cual no puede constituir la base de liquidación de prestaciones sociales diferentes a las pensiones de sus beneficiarios.

Y este ha sido el precedente horizontal de esta Sala de Conjuces expuesto en varias sentencias proferidas en procesos instaurados por beneficiarios de la Bonificación por Compensación para el reconocimiento de la diferencia existente con la Bonificación por Gestión Judicial establecida en el Decreto 4040 de 2004 que fue anulado¹⁹, entre las cuales precisamente se encuentra la dictada dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado con el número 15001233300020130000600 el 1º de noviembre de 2016, en el cual fungió como demandante la misma aquí actora.

Al respecto sobre el particular se sostuvo en dicha providencia:

"Frente a la pretensión de la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales pagadas al demandante en su desempeño como Procuradora Judicial II de Tunja, desde el 01 de marzo de 2010, tomando como factor salarial la Bonificación por Compensación como se solicita en la pretensión 3 de la demanda con fundamento en el Decreto 610 de 1998 y ahora con la modificación introducida por el Decreto 1112 de 2012, se despachará de manera desfavorable, toda vez que la prestación "Bonificación por Compensación" solo constituye factor salarial para efecto del ingreso base de cotización de los Sistemas Generales de Seguridad Social en Pensiones y Salud, siendo el régimen vigente para la situación de la actora."

Refuerza aún más esta postura lo sostenido en la sentencia C-244 del 22 de abril de 2013 de la Corte Constitucional con ponencia del Conjuez Diego E. López Medina, proferida con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 15²⁰ de la Ley 4ª de 1992, en la que se resolvió "ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-681 de 6 de agosto de 2003 que declaró inexecutable la expresión "**sin carácter salarial**", contenida en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, **pero sólo para efectos de la cotización y liquidación de la pensión de jubilación**"; providencia en la cual en uno de sus apartes se sostuvo:

"Toda esta historia jurídica resulta pertinente porque la determinación de la naturaleza jurídica de la "prima especial" y de sus efectos prestacionales puede tener efectos en las "bonificaciones" posteriormente creadas para remplazarla funcionalmente: la "prima especial" como hemos visto, ha sido remplazada por una "bonificación de gestión judicial", que a su vez había sustituido a la "bonificación por compensación" en diferentes momentos de esta historia legislativa. Lo que se diga sobre la naturaleza jurídica de la "prima de servicios" también resulta aplicable respecto de la naturaleza jurídica de tales "bonificaciones" ya que, por sus características, son fácilmente asimilables al salario."

¹⁹ Pueden consultarse entre otras las proferidas dentro de los radicados números 15001233300020130047700, 15001233300020130053100, 15001233300020130003100, 15001233300020130027000, 15001233300020130027100 y 15001233300020130067800.

²⁰ ARTÍCULO 15. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, ver Jurisprudencia Vigencia> 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 salarial~~, que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los 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.

Por su parte la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 10 de junio de 2008, proferida dentro de proceso radicado con el número 11001-03-27-000-2006-00020-00(16035) de Álvaro Enrique Vera Jaimes contra la DIAN, que resolvió una demanda de nulidad contra la parte del Concepto N° 15.484 del 16 de marzo de 2005, del Jefe de la División de Normativa y Doctrina Tributaria de la entidad demandada que señalaba que de acuerdo con el tener literal del artículo 1° del Decreto 610 de 1998 y lo señalado por el Decreto 4040 de 2004, *"las bonificaciones por Compensación o la de Gestión Judicial, no constituyen factor salarial, para efectos de la exención consagrada en el inciso 3° del numeral 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario."*, se refirió de la siguiente manera:

1ª. Sobre el carácter de "salario" de las bonificaciones de Compensación y de Gestión Judicial y la exención alegada.

La interpretación central o argumentación básica del señor demandante está fundada en una lectura incompleta de la norma que considera violada por la actuación administrativa.

En efecto, la demanda dice que:

*"Contrario a lo afirmado por la DIAN, los artículos 1° del Decreto 610 de 1998 y lo señalado por el Decreto 4040 de 2004, establecen que las bonificaciones por Compensación y por Gestión Judicial, pagaderas mensualmente, **constituyen salario** para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y harán parte integral del ingreso base de liquidación, debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado incluyendo estas bonificaciones."*

"Es claro entonces que los artículos citados determinan que las referidas bonificaciones constituyen salario y como tal forman parte de los gastos de representación, exentos en el 50% al tenor del inciso 3° del numeral 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario."

*Con base en esta lectura de las normas, considera que las citadas bonificaciones **constituyen salario** y consecuentemente, como lo dice, "forman parte de los gastos de representación" que los cobija la exención del 50% del ordinal 7 del artículo 206 del E.T.*

Sin embargo tal conclusión es claramente equivocada, pues de una lectura atenta y completa de las mismas normas que invoca el actor, indican que su sentido es completamente diferente. En efecto, el Decreto 610 de 1998 en su primer artículo dice:

ART. 1° - "Créase, para los funcionarios enunciados en el artículo segundo del presente decreto, una bonificación por compensación con carácter permanente, que....

*La bonificación por compensación **sólo** constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes,*

en los mismo términos de la prima especial de servicios de los magistrados de las altas cortes ²¹. (Destaca la Sala)

*La argumentación del actor está fincada en este texto, pero suprimiendo el adverbio de modo **sólo**, con lo cual cambia sustancialmente el sentido de la frase. En efecto, al suprimir el adverbio, lógicamente la restricción del concepto de que constituye factor salarial, se extiende a todos los efectos laborales, lo cual, precisamente, fue lo que el legislador quiso limitar claramente al darle efectos salariales únicamente para determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando antepuso en la frase el adverbio **sólo**.*

A su turno, el decreto 4040 de 2004 después de crear en el primer inciso del artículo primero la "bonificación de gestión judicial" dispuso en el inciso cuarto el mismo sentido, y para guardar coherencia con el factor pensional integró la misma bonificación al ingreso base de cotización y liquidación para pensiones, así:

*"La bonificación de gestión judicial, pagadera mensualmente, **solo**, constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral del ingreso base de liquidación..." (La negrilla es de la Sala)*

Esta misma idea, la reiteró en el último inciso del artículo 4° del Decreto 4040 cuando dispuso que.

*"La bonificación por compensación, pagadera mensualmente, **sólo** constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral en su totalidad del ingreso base de liquidación debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado²²..." (Destaca la Sala)*

*Si se suprime de esta norma el adverbio **solo**, como lo hace el demandante, el sentido es completamente diferente, pues en lugar de la restricción o limitación que enseña el mencionado adverbio, los efectos se extenderían en todos los sentidos, caso en el cual el actor tendría razón en su pretensión.*

Como toda la argumentación restante está construida sobre la misma idea de carácter salarial de las bonificaciones, atribuida en esa forma equivocada, resultan también equivocadas y por ello no hay necesidad de más lucubraciones.

La Sala deja constancia de que en tal sentido se expresó la defensa de la DIAN y el Concepto del Ministerio Público, para cuyas representantes no hay duda de la claridad del texto de los decretos que no permiten la interpretación del señor demandante.

En consecuencia, no siendo admisibles los argumentos del actor para respaldar su petición de declaratoria de ilegalidad del Concepto, la Sala habrá de negar la súplica de la demanda."

Ahora bien, en el mismo pronunciamiento y sobre el método gramatical de interpretación que ha utilizado esta sala de conjuces en las varias sentencias que, como ya se anticipó, ha proferido para negar la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta la Bonificación por Compensación como factor salarial, el Consejo de Estado sostuvo:

"3. Sobre criterios de interpretación de la ley.

²¹ Decreto 610 de 1998, artículo 1°, publicado en el Diario Oficial 43.268 de marzo 30 de 1998, del Departamento Administrativo de la Función pública.

²² Decreto 4040 de 2004, Artículo 1°. Inciso 4° y Artículo 4°, Último Inciso, publicado en el Diario Oficial 45.751 de Diciembre

Dentro de los criterios de interpretación de la ley por vía de doctrina, que autoriza la Ley 153 de 1887 figura, en primer lugar, el del artículo 27 conocido como 'método gramatical' según el cual, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. No obstante las críticas que se le han hecho a estas normas, debe entenderse que la citada no es una invitación a adoptar el criticado método exegético, sino un llamado de atención al operador jurídico en el sentido de que, en primer lugar, y cuando no presente duda, se debe acoger el texto plasmado por el legislador. Este punto de partida resulta convalidado con el sentido lógico de la norma que incluye la bonificación exclusivamente para efectos pensionales y para la base de su cotización. Si se considera de suyo, salario o remuneración resultaría redundante la advertencia o insuficiente la segunda parte por no incluir las demás cotizaciones parafiscales."

Como quiera que esta sala no encuentra razones para modificar su precedente, reitera en esta nueva oportunidad que no hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales de la actora teniendo en cuenta como factor salarial la Bonificación por Compensación.

Respecto a la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías contempladas en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, cabe indicar que la aludida indemnización se constituye en una sanción a cargo del empleador moroso y en favor de los servidores públicos y que tiene como finalidad resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago oportuno de la liquidación definitiva o parcial del auxilio de cesantía, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

Sobre esta sanción por mora, ha precisado el Consejo de Estado²³ lo siguiente:

"En ese orden de ideas, la sanción establecida en la Ley 244 de 1995²⁴ fue establecida por el legislador en cabeza de la entidad pública pagadora que incurra en « [...] mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, [...]»²⁵, por cuanto, como se expuso en precedencia, el empleador dispone un plazo máximo de 45 días hábiles, « [...] a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social. ».

²³ Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del 17 de octubre de 2017, C.P. Dra. Lisset Ibarra Vélez, radicación No. 08001-23-33-000-2012-000171-01(2839-14) de Carlos Alberto Gutiérrez Cárdenas contra el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, CONTRALORÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA.

²⁴ Ibidem 62.

²⁵ « por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.»

En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación²⁶; y con la expedición del concepto jurídico de 13 de agosto de 2002, del cual pese a que no se aportó copia al proceso, según se observa en la reliquidación de las prestaciones sociales, dicha actuación de la administración tuvo su origen en el mismo, tal como se señaló en el acápite de hechos y pretensiones de la demanda²⁷. En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

Así las cosas, la aplicación de la sanción administrativa pretendida por la demandante a un hecho que no se encuentra determinado por el legislador como una contravención que conlleve dicha consecuencia jurídica, implicaría al desconocimiento del principio de legalidad que enmarca el debido proceso como garantía constitucional del Estado Social de Derecho.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley²⁸.

En consecuencia, al no existir una infracción de la norma jurídica por parte de la entidad empleadora, no puede generarse la consecuencia o efecto, al encontrarse acreditado que no se generó la conducta que da lugar a imponer dicha sanción.

En otra oportunidad²⁹ la misma corporación precisó:

“(...) no puede predicarse la configuración de dicho fenómeno sancionatorio cuando apenas con ocasión de la presente decisión, se concretiza el derecho del actor a la reliquidación de sus prestaciones sociales (...)”

En el caso concreto se tiene que a la demandante se le canceló oportunamente sus cesantías parciales anualizadas durante los años laborados, así como sus cesantías definitivas, como se demuestra con la certificación vista a folios 232 del expediente.

Bajo este entendido, observa la sala que en el caso concreto no se cumplen los presupuestos para que opere la sanción moratoria, pues no se trata de una demora en el pago de la prestación social, sino de una diferencia en su liquidación ocasionada por la falta de inclusión del 30% del salario básico

²⁶ Folios 15 y 16.

²⁷ Folios 3 y 4 del expediente.

²⁸ Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

²⁹ Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del 9 de noviembre de 2017. C.P. Lisset Ibarra Vélez, radicación No. 08001-23-33-000-2013-00033-02(2014-16) de Antonio Eduardo Bohórquez Collazos contra el DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA - CONTRALORIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA

correspondiente a la Prima Especial de Servicios que solamente hasta ahora se ordenará en esta sentencia.

En tal sentido igualmente se negará esta pretensión.

Regresando a los términos de la condena como restablecimiento del derecho el valor resultante de la reliquidación de las prestaciones sociales 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.

Dada la aplicación de esta fórmula que tiene como propósito actualizar el poder adquisitivo del dinero, no es posible acceder a la pretensión segunda de la demanda en lo relacionado con el pago de intereses moratorios solicitado sobre las sumas adeudadas que por tener el mismo propósito resultan excluyentes.

2.5 Costas procesales

Ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, como quiera que no se accedió a la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta como factor salarial la Bonificación por Compensación prevista creada por el Decreto 610 de 1998, así como tampoco la sanción moratoria y el pago de intereses moratorios de las sumas resultantes adeudadas, la Sala se 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,

FALLA:

PRIMERO: Inaplíquense por inconstitucionales e ilegales los artículos 8º de los Decretos 1391 de 2010, 1043 de 2011, 841 de 2012, 1016 de 2013, 9º del Decreto 186 de 2014 y los Decretos 1257 de 2015 y 245 de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declárase la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio S.G. 3335 de 21 de agosto de 2013, suscrito por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, por el cual no se accedió a la petición de reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas las pretensiones sociales – prima, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, bonificaciones y las demás a las que haya lugar, teniendo en cuenta el 100% del salario mensual del accionante, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación, como factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar y pagar todas las prestaciones sociales.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho condénase a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a la doctora MERCEDES ALFONSO APONTE, **únicamente** la diferencia que resulte de reliquidar sus prestaciones sociales devengadas como Procuradora Judicial II durante el tiempo comprendido entre el 1 de marzo de 2010 y el 10 de octubre de 2016, teniendo en cuenta para efecto el 30% de su salario básico de cada año, correspondiente a la Prima Especial de Servicios prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, como un 'plus' que se ha debido añadir a su remuneración mensual y no como integrante de la misma. En lo relativo a las cesantías e intereses a las cesantías, deberán consignarse en el fondo de cesantías en que se encuentra afiliada la accionante. El valor resultante de la reliquidación será reajustado de acuerdo con la fórmula explicada en la parte motiva.

CUARTO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ordénase dar cumplimiento a la presente providencia en la forma y términos establecidos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: Archívese el expediente previas las anotaciones del caso, una vez ejecutoriada esta providencia.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN HERNÁNDEZ SÁNCHEZ
Conjuez

PEDRO SIMÓN GARROTE BECERRA
Conjuez

DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ
Conjuez

15/08/18
141
24/08/18