



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SALA TRANSITORIA

Magistrado Ponente: LUIS EDUARDO PINEDA PALOMINO

D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

Proceso N°: 11001333170420110033701.
Demandante: ANÍBAL SARA VIA GÓMEZ.
Demandado: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
Controversia: Prima Especial 30% -- factor salarial.

Esta Sala del Tribunal asumió competencia para conocer de este medio de control en virtud de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA20-11482 del 30 de enero de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y en consecuencia, profiere fallo de mérito en el proceso promovido por ANÍBAL SARA VIA GÓMEZ identificado con cédula de ciudadanía N° 17.121.453, contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El señor ANÍBAL SARA VIA GÓMEZ, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el día 20 de septiembre de 2005, instauró demanda contra la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1.1. PRETENSIONES

“DECLARACIONES

1. Que se declare la nulidad del Oficio DSAFB-22 001589 del 26 de enero de 2005, expedida por la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual resuelve el derecho de petición interpuesto el día 14 de enero de 2005, en cuanto no autorizó incluir en la liquidación de las cesantías y prestaciones sociales del Doctor ANÍBAL SARA VIA GÓMEZ el 30% de prima especial como factor salarial.
2. Que se declare la nulidad del Oficio DSAFB 22 002723 de fecha 14 de febrero de 2005 expedida por la Directora Seccional Administrativa y Financiera mediante la cual resuelve el recurso de reposición que se interpuso contra el Oficio DSAFB-22001589 del 26 de enero de 2005 y concede el recurso de apelación.
3. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 000140 de fecha 4 de abril de 2005 del 18 de enero de 2005, notificada el 23 de mayo de 2005, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación y decide confirmar la decisión contenida en el oficio DSAFB 22-001589 del 26

¹ Folios 17 – 25 y 29 - 30

de enero de 2005, en el sentido de negar el pago de de las cesantías el 30% de prima especial como factor salarial para su liquidación.

CONDENAS

1. Que se condene a la Nación-Fiscalía General, al pago de las prestaciones sociales adeudadas al Dr. Aníbal Sarabia Gómez, como Fiscal Seccional 83 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, adscrito a la Dirección de Fiscalías de Bogotá, por el equivalente al 30% desde el 1 de enero de 1993 y en adelante, con todas sus consecuencias jurídicas.
2. Que las condenas que se hagan dentro del presente proceso, sean conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A.
3. Que las condenas sean actualizadas atendiendo la variación de precios al consumidor, conforme lo establezca el DANE o la entidad que tenga a su cargo esta actividad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 168 del C.C.A.”

1.1.1. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA

Que el demandante ANÍBAL SARAIVIA GÓMEZ, se vinculó a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, desde el 16 de marzo del 1994 hasta la fecha, en el cargo de Fiscal Seccional 83 de la Unidad primera de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá.

Por disposición de normas proferidas en el periodo de transición para los servidores de la Rama judicial y la Fiscalía General de la Nación y en virtud del nuevo régimen privado de fondos de cesantías y pensiones, que dispuso su liquidación anual por parte de la entidad, para ser enviadas al fondo escogido por el funcionario.

La Fiscalía liquido las cesantías sin tener en cuenta como factor salarial la prima especial del 30%, siendo percibida de manera permanente y si constituye factor conforme a la Ley 4 de 1992 y demás concordantes.

1.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante invocó como normas violadas, los artículos 23 y 25 de la Constitución Política; artículos 84, 85, 138, 139, 143, 176, 206 a 2014 del C.C.A.; Decreto 53 de 1993, Decreto 1386 de 1993, Decreto 717 de 1978 y demás normas concordantes.

Señalo que a partir de la expedición del Decreto 717 de 1978, el cual dispuso que toda remuneración que en forma permanente reciban los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación se constituye factor salarial; por lo que los actos demandados violaron de forma directa lo dispuesto en el Decreto 53 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional y el cual creo en sus artículos 12 y 3 una prima especial del 30% como factor salarial para el pago de las prestaciones.

Como sustento de dicha violación realizó un recuento jurisprudencial del H. Consejo de Estado con el que concluye que se debe reconocer tal porcentaje como actor salarial y no solo para tener en cuenta en la cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sostuvo que la mencionada prima nació como un sobresueldo y no para reducir el mismo, mucho menos como un detrimento de los funcionarios de la Rama judicial y de la Fiscalía General de la Nación; que al negar el reconocimiento y pago de la prima niegan su carácter, por lo que desconocen y vulneran derechos adquiridos por el demandante y establecidos en la constitución, así como las normas aplicables al caso; por lo que las autoridades deben velar y garantizar por que se cumplan.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. SENTENCIA APELADA (fls. 304 a 318). El proceso fue conocido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, el día 11 de diciembre de 2012, profirió sentencia donde resolvió: “**PRIMERO: DECLÁRESE** la nulidad del **Oficio DSAFB – 22001589** del 26 de enero de 2005, por el cual la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá concluyó que no es viable acceder a la solicitud de reliquidación de salarios y demás prestaciones sociales que resulten de aplicar el 30% de prima especial como factor salarial solicitada por el señor Aníbal Saravia Gómez identificado con la CC 17.121.453; del **Oficio DSAFB – 22002723** del 14 de febrero de 2005, que resolvió el recurso de reposición y concedió el recurso de apelación interpuesto contra el Oficio DSAFB – 22001589 y de la Resolución No. 000140 del 4 de abril de 2005, mediante el cual se confirmó el pronunciamiento realizado por la entidad demandada en el Oficio DSAFB – 22001589, conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENÁSE A LA Nación- Fiscalía General de la Nación** a reconocer y pagar al señor Aníbal Sanabria Gómez identificado con la CC 17.121.453, la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición aludida, dejados de percibir en los años 1998, 1999, 2000 y 2001, teniendo en cuenta el salario base sin deducir la denominada Prima Especial de Servicios. **TERCERO: NIÉGUESE** las demás pretensiones de la demanda. **CUARTO: ORDÉNASE** la actualización de la condena en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula: $R=RH \cdot I.F./I.I$. En la que R (valor presente) se determina multiplicando el valor histórico RH, que es lo que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el Índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas). **QUINTO:** Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva. **SEXTO:** La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A., y reconocer intereses conforme al 177 ibídem. **SÉPTIMO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría procédase a: **EXPEDIR** copia conforme lo dispuesto en el artículo 115 del C. de P.C., del fallo para su cumplimiento, **DEVOLVER** al interesado el remanente si hubiere lugar a ello, dejando constancia de dicha entrega y **ARCHIVAR** el expediente, previas las anotaciones y constancias de rigor.”

El Juzgado en su motivación hizo un análisis sobre la naturaleza jurídica del derecho a la prima especial del 30% establecida en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, la cual se fijó para los funcionarios allí enunciados con la excepción de los de la Fiscalía General de la Nación que optaran por la escala salarial, con efectos a partir del 1 de enero de 1993; y aquellos que obligatoriamente siguieran con el sistema salarial contenido en el Decreto 53 de 1993, es decir, los vinculados a la entidad con posterioridad a la vigencia del mencionado decreto, estarían excluidos de percibir la prima especial de servicios, la que a partir del 2003, desaparece de los decretos que rigen los salarios de tales servidores.

En el caso concreto indicó que como lo que el demandante pretende es la reliquidación de salarios y demás prestaciones sociales dando aplicación al 30% de la prima por las vigencias en que estuvo vinculado a la Fiscalía General, no obstante, realizó el reconocimiento en aplicación a la variada jurisprudencia del Consejo de Estado, las cuales declararon la nulidad de los artículos que contemplaban un sobresueldo del 30% como prima especial; además la hizo extensiva para su fallo, pero solo para los años de 1998 a 2001.

Finalmente, condeno en costas y agencias en derecho al demandante.

2.2. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, censurando la decisión del Juzgado específicamente por que no tuvo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, respecto al tema del 30% de prima especial como factor salarial y especialmente a las cesantías sobre todos los años reclamados.

Insistió en que se debe tener en cuenta que todo lo cancelado de manera periódica a un trabajador constituye factor salarial, y en consecuencia se debe incluir al momento de liquidar las prestaciones sociales, cesantías y para pensión, de conformidad con la sentencia 679 de 2003, que se deben tener en cuenta todos los Decretos desde el 53 de 1993 en adelante para el reconocimiento y pago de las prestaciones con la inclusión del 30% de prima especial.

Solicito entonces, revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder totalmente a las pretensiones de la demanda, esto es del año 1994 al 2001.

2.3. ADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Concedido el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, fue admitido el 10 de junio de 2016, en esta instancia corriéndose traslado mediante providencia del 1 de julio de 2016 a las partes y al Ministerio Público, para que alegaran de conclusión y éste conceptuara, por lo que las partes y la procuraduría aprovecharon dicho termino, y se pronunciaron así:

Por su parte la demandante insistió en los argumentos del recurso en el sentido de que se le debe reconocer, reliquidar y pagar las prestaciones sociales incluidas las cesantías que resulten de aplicar el 30% de prima especial de servicios como factor salarial, teniendo en cuenta las normas que se expidieron año por año y que fijaron la remuneración mensual del 30% como

prima especial que deben ser aplicados por vía de excepción por inconstitucionalidad en aras de garantizar los derechos laborales.

La Fiscalía General de la Nación por su parte insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda e indicó que de acceder a lo pretendido por el demandante, se desconocería de forma abierta e ilegal la presunción de legalidad que se predica de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el régimen salarial y prestacional para los servidores de la Fiscalía General de la Nación para los años pretendidos.

De otro lado, señaló que cuando se solicita la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión del 30% correspondientes a la prima especial, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 3135 de 1968, los derechos prescribirán en tres años contados desde el momento en que la obligación se hace exigible, y el demandante peticiono el 14 de enero de 2005, por lo que en el presente caso opero el fenómeno de la prescripción.

Por su parte el Ministerio Público emitió su concepto en el sentido de señalar que al demandante le asiste razón al pretender que las prestaciones sociales devengadas desde el 16 de marzo de 1994 hasta el 9 de mayo de 2006 deben ser reajustadas, incluyendo en la base de liquidación el 30% recibido mensualmente como prima especial; así mismo indicó que no opero la prescripción por cuanto la sentencia que declaró la nulidad de los decretos salariales es de fecha 29 de abril de 2014 y solicito se acceda a las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA.

Corresponde a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica para la revocatoria de la sentencia y que en su lugar se acceda a las pretensiones, así como hacerle control de legalidad al acto administrativo acusado.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico se circunscribe al control de legalidad que se le haga a la sentencia impugnada que negó las pretensiones de la demanda; analizar y decidir si la demandante tiene o no derecho a que la Nación - Fiscalía General de la Nación, le pague la prima consagrada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, como factor salarial, para efectos de liquidar sus prestaciones sociales, durante los extremos temporales laborados, por ejercer el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito.

3.3. MARCO JURÍDICO.

Para resolver este conflicto jurídico, la Sala se fundamenta en el Preámbulo de la Constitución que consagra entre otros los valores del trabajo y la justicia; y sus artículos 1 (Principios del Estado social de derecho), 2 (Fines del Estado), 4 (Excepción de inconstitucionalidad); 9 (Reconocimiento de los principios del derecho internacional), 13 (Derecho a la igualdad); 25 (Derecho al trabajo en condiciones dignas y justas); 29 (Debido proceso sustancial); 53 (Principios mínimos fundamentales de derecho de los trabajadores); 58 (Derechos adquiridos);

228 (Prevalencia del derecho sustancial); 229 (Derecho de acceso a la justicia); y 230 (Acatamiento del Imperio de la Ley).

De igual manera, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada mediante Ley 16 de 1972 y el Protocolo Adicional a ésta aprobada mediante Ley 319 de 1996. También los Convenios 95, 100 y 111 de la OIT, sobre la protección del salario, 1949, igualdad de remuneración, 1951, y discriminación en materia de empleo, 1958, respectivamente.

Además, la doctrina internacional del trabajo, plasmada en la **“Carta Socio Laboral Latinoamericana” aprobada por la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas “ALAL”**, como declaración de México, en octubre de 2009, que con 20 puntos resume los principios y garantías que deberían integrar un piso mínimo de derechos para todos los trabajadores latinoamericanos: Estos derechos son: “... 2. Relaciones laborales democráticas y sin discriminación de cualquier tipo, de manera tal que el trabajador, ciudadano en la sociedad, ciudadano en la sociedad, también lo sea en la empresa... 20. Principio de la progresividad, que significa no sólo la prohibición de retroceso social, sino el compromiso de los Estados de alcanzar progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos laborales”².

De conformidad con el bloque de constitucionalidad referente al tema de “a trabajo de igual valor, salario igual” constituido a partir de las normas jurídicas e instrumentos internacionales citados, y reiterando su jurisprudencia plasmada en sentencias de 15 de julio de 2005³, de 5 de mayo de 2010⁴ y 18 de mayo de 2010⁵, entre otras, además de los precedentes del Consejo de Estado, Sala de Conjuces, de fecha 18 de mayo de 2016⁶, donde hubo unificación jurisprudencial sobre el tema de que el auxilio de cesantías debe ser tenido en cuenta para realizar la liquidación de la prima especial de servicios de los funcionarios mencionados en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, quienes tienen derecho a percibir una suma equivalente a lo que por todo concepto devengan los destinatarios de la misma, y la orden de extender la jurisprudencia, este Tribunal atendiendo el deber constitucional consagrado en el artículo 25 de la Carta, de proteger especialmente al trabajador, aplicando la regla del *indubio pro operario* de la aplicación de la interpretación más favorable a éste y de darle prevalencia al derecho sustancial y al control de convencionalidad, accederá a las pretensiones de la demanda, por cuanto en el presente caso coinciden los mismos supuestos de hecho y de derecho que fueron objeto de estudio y decisión a través de esta última sentencia, en la cual se dejaron claros los planteamientos y las decisiones respecto a las controversias existentes en aplicación del mencionado Decreto 10 de 1993 y del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, y la no existencia de la prescripción trienal, bajo la tesis jurídica según la cual, de conformidad con el principio de igualdad, no existe razón suficiente que justifique el trato desigual entre **funcionarios que ocupan cargos semejantes**, como son los Magistrados de tribunales y su derecho frente a la misma jerarquía y cobijados bajo una misma normatividad laboral, pudieran recibir una asignación salarial diferente.

² CARTA SOCIAL LATINOAMERICANA. Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas “ALAL”. Revista Trabajo y Derecho N° 46, de la Asociación de Abogados Laboralistas de Trabajadores. Bogotá, Mayo de 2010. p 146 a 157.

³ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección C. Sala de Conjuces. Sentencia de 15 de julio de 2005. Rad. 1999 – 3972. Actor: Luis Ernesto Vargas Silva Vs. Rama Judicial. C.P. Luis Eduardo Pineda Palomino.

⁴ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección C. Sala de Conjuces. Sentencia de 18 de mayo de 2010. Rad. 25000 23 25 000 2008 00682 01. Actor: Antonio José Arciniegas Arciniegas Vs. Rama Judicial. C.P. Luis Eduardo Pineda Palomino

⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección D. Sala de Conjuces. Sentencia de 18 de mayo de 2010. Rad. 25000 23 25 000 2008 00872 01. Actora: Rosa Emilia Montañez de Torres Vs. Rama Judicial. C.P. Luis Eduardo Pineda Palomino.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sala de Conjuces. Rad. 250002325000201000246-02. Rad. Interna 0845-2015. Actor: Jorge Luis Quiroz Alemán y otros. Ddo. Nación – Rama Judicial.

3.4. DE LA DIFERENCIA SALARIAL DE LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS

En el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se autorizó al Gobierno Nacional para fijar una prima, que en la Ley 332 de 1996, en su artículo 1º se llamó “especial”, la cual no podía ser inferior al 30% ni superior al 60% **del salario básico sin carácter salarial**, para los magistrados de todo orden de los tribunales superiores del 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 optaran por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación con efectos a partir del 1º de enero de 1993.

Vale señalar que en el mencionado artículo 1º de la Ley 332, la prima especial se extendió para los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación, no nombro a Fiscales, no obstante el Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores al mencionado en su artículo 6º los incluye, así:

“ARTICULO 6º. El treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los siguientes servidores públicos se considera como prima especial de servicios sin carácter salarial.

*Jefe Unidad de Fiscalía ante Tribunal Nacional
Jefe Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito
Fiscal ante Tribunal Nacional
Jefe Unidad Regional de Fiscalía
Fiscal ante Tribunal de Distrito
Fiscal Regional
Jefe Unidad Seccional de Fiscalía
Fiscal Seccional
Secretario General
Directores Nacionales
Directores Regionales
Directores Seccionales
Jefes de Oficina
Jefes de División”*

Fue así como, el Gobierno Nacional expidió año por año una serie de decretos desde el año 93 hasta el año 2007 (Decretos: 51 de 1993-54 de 1993- 57 de 1993, 104-106-107 de 1994, 26-43-47 de 1995, 34-35 y 36 1996, 47 y 56 de 1997 y 76 1997, 64-65 -67-1998, 37-43-44 de 1999, 2734-3739-2740 de 2000, 1474-1475-1482-2720-2729 de 2001, 673-682-683 de 2002, 3548-3568-3569 de 2003, 4169-4171-4172 de 2004, 933-935-936 de 2005, 388-389-392 de 2006, 617-618-621-3084 de 2007), en los cuales señalaba que la prima establecida en el artículo 14º de la Ley 4ª de 1992, estaba constituida por el 30% del salario básico, situación que abrió paso para que la prima se tradujera en una reducción del salario básico al 70%, es decir que el otro 30% restante se debía entender como la prima especial.

Igualmente, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 2 de abril de 2009⁷ rectificó su jurisprudencia respecto de los aludidos decretos, cuando declaró la nulidad del artículo 7 del Decreto 618 de 2007 “*Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones*”, y explicó que la prima especial debe entenderse como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral; es decir, precisa en esta oportunidad que la prima se debe entender como un incremento o adición a la remuneración o como un “plus” al ingreso laboral del empleado.

Posteriormente, Sala de Conjueces, al examinar los artículos pertinentes de los decretos precitados, citando la sentencia del 31 de octubre de 2012, Expediente 2001-0642, de la misma Conjuez Ponente, dio claridad sobre lo siguiente:

*"En virtud de la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, que esta Sala de Conjueces 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 Judicial"*⁸

Por lo anterior, la Sala en dicha sentencia concluyó que “*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 consecuencia declaró la nulidad de los artículos 9º del Decreto 51 de 1993; 9º y 10º del Decreto 54 de 1993; 6º del Decreto 57 de 1993; 9º del Decreto 104 de 1994; 6º del Decreto 106 de 1994; 9º y 10º del Decreto 107 de 1994; 10º y 11º del Decreto 26 de 1995; 7º del Decreto 43 de 1995; 9º del Decreto 47 de 1995; 9º del Decreto 34 de 1996; 10º, 12º y 14º del Decreto 35 de 1996; 6º del Decreto 36 de 1996; 9º del Decreto 47 de 1997; 9º, 11º y 13º del Decreto 56 de 1997; 6º del Decreto 76 de 1997; 6º del Decreto 64 de 1998; 9º del Decreto 65 de 1998; 9º, 11º y 13º del Decreto 67 de 1998; 9º, 11º y 13º del Decreto 37 de 1999; 9º del Decreto 43 de 1999; 6º del Decreto 44 de 1999; 9º, 11º y 13º del Decreto 2734 de 2000; 9º del Decreto 2739 de 2000; 7º del Decreto 2740 de 2000; 9º del Decreto 1474 de 2001; 7º del Decreto 1475 de 2001; 9º, 11º y 13º del Decreto 1482 de 2001; 7º del Decreto 2720 de 2001; 9º del Decreto 2724 de 2001; 9º, 11º y 13º del Decreto 2730 de 2001; 6º del Decreto 673 de 2002; 9º del Decreto 682 de 2002; 8º, 10º y 12º del Decreto 683 de 2002; 8º, 10º y 12º del Decreto 3548 de 2003; 9º del Decreto 3568 de 2003; 6º del Decreto 3569 de 2003; 8º, 10º y 12º del Decreto 4169 de 2004; 9º del Decreto 4171 de 2004; 6º del Decreto 4172 de 2004; 8º, 10º y 12º del Decreto 933 de 2005; 9 del

⁷ Sentencia de 2 de abril de 2009, expediente 1831-07, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

⁸ Sentencia del 29 de abril de 2014, Expediente 1686-07, Conjuez Ponente: María Carolina Rodríguez Ruiz, Sección Segunda del Consejo de Estado.

Decreto 935 de 2005; 6° del Decreto 936 de 2005; 9° del Decreto 388 de 2006; 6 del Decreto 389 de 2006; 8°, 10° y 12° del Decreto 392 de 2006; 9° del Decreto 617 de 2007; 6° del Decreto 618 de 2007; 8°, 10° y 12° del Decreto 621 de 2007; y los Arts. 8°, 9°, y 11 del Decreto 3048 de 2007.

Todos esos artículos contienen la misma disposición del antes transcrito artículo 6° del Decreto 3569 de 2003, objeto también de la mencionada anulación, a la cual, dicha Sala le da los mismos efectos señalados en la Sentencia del 2 de abril de 2009⁹, 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".*

Lo anterior, en concordancia con los derechos laborales consagrados en la Constitución Política de Colombia –artículos 13, 25, 53, 58 y 93 entre otros – adquiridos e irrenunciables, los Convenios internacionales en la materia, y aplicando la regla del *in dubio pro operario*, deberá dársele prevalencia al control de convencionalidad y lo establecido en la Constitución Nacional.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Conjuez Ponente: María Carolina Rodríguez Ruíz, en sentencia ya citada, ilustra las anteriores interpretaciones en el siguiente ejemplo:

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 con prima:	\$ 13.000.000
Total a pagar al servidor:	\$10.000.000	Total a pagar al servidor:	\$ 13.000.000

De lo anterior, se desprende que la prima especial del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 equivale al 30% adicional al 100% salario básico, en virtud del principio de la progresividad, y no como parte del 100% del mismo, que es la interpretación errónea que se hizo en los artículos anulados.

Así pues, en la sentencia citada se explicó de manera esquemática que la prima es un incremento de carácter salarial, por lo cual, la consideración que realiza el Tribunal es en el sentido de acogerse al pronunciamiento hecho por el Consejo de Estado, el cual señaló que efectivamente el criterio que se tuvo cuando se expidió el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 es que la prima del 30% debe presentarse como un incremento remuneratorio y no una disminución, esto es, debe tener derecho al reconocimiento del 30% sobre el salario básico que debe representar un incremento y no una disminución al momento de tomarla como parte del salario. Pero dejo claro que la prima especial de servicios no tiene carácter salarial, por lo que no se debe tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de quienes la percibían.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, sentencia del 2 de abril de 2009, expediente No. 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831/07)

3.5. ANALISIS JURISPRUDENCIAL.

La Corte Constitucional mediante sentencia C – 279 de 1996, declaró exequible el aparte “**sin carácter salarial**” de la norma anterior, precisando que el porcentaje allí establecido no constituye factor de salario para la liquidación y pago de las primas de servicios, navidad, vacaciones, auxilio de cesantías y bonificación por servicios prestados.

Así se pronunció esa Alta Corporación:

“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 hacérseles 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 otro lado, el Consejo de Estado, también se ha pronunciado al conocer de la demanda de nulidad del artículo 7° del Decreto No. 618 de 2 de marzo de 2007, “*Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones*”, en cuanto calificó y ordenó considerar sin carácter salarial, un 30% de la remuneración mensual de algunos servidores de la Rama Judicial, dijo lo siguiente:

“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 2° 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 7º 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.

Desde una perspectiva complementaria, la Sala puntualiza que en lo doctrinario sobre el control de los decretos de leyes marco, las competencias del juez administrativo apuntan de manera preferencial al examen de valor, esto es, de contenido, en torno a los principios que usualmente son los que inspiran la sustancia de las leyes marco y, es, en esa dirección, como básicamente ha de comprenderse la rectificación jurisprudencial a que se aludió en párrafos anteriores.

EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD

La anulación del artículo 7º del Decreto No. 618 de 2007, de otra parte no ha de entenderse dentro del marco de un efecto restrictivo a la estipulación prevista para los servidores a que se refieren los numerales 1º, 2º y 3º de dicha norma, 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.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLÁRASE LA NULIDAD del artículo 7º del Decreto No. 618 de 2 de marzo de 2007, por las razones expuestas en la parte motiva ¹⁰

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de dos (2) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación No. 11001-03-25-000-2007-00098- 00 (1831-07). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En otra oportunidad, el Consejo de Estado, al analizar los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992 que crearon la prima especial, mantuvo su carácter no salarial que fue reafirmado por la Corte Constitucional al declarar exequibles las frases “sin carácter salarial” como se expuso en el acápite anterior.

La posición anterior, encuentra respaldo en la sentencia del 12 de septiembre de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sala de Conjuces – radicado 73001233300020120018302 (3546-2015) Conjuez ponente: Néstor Raúl Correa Henao, cuando al estudiar un caso similar, en el que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, resolvió no acceder a la solicitud de reajuste salarial y reliquidación de prestaciones sociales donde se incluyese el equivalente del 30% por concepto de prima especial de servicios, dijo lo siguiente: “(...) En un segundo momento, ya por vía jurisprudencial, el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de nulidad simple, anuló uno de estos decretos anuales y sostuvo que la prima especial de servicios se debe sumar al salario básico para llegar a la totalidad del ingreso mensual. Se trata de la sentencia del 2 de abril de 2009 la Sección Segunda del Consejo de Estado (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) que declaró la nulidad simple del artículo 7º del Decreto 618 de 2007, por exceder y desconocer los contenidos y valores de la Ley 4ª de 1992.

En ese sentido la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida dentro del proceso radicado bajo el número 47001233100020110007202 (2107-2015), con ponencia del Conjuez Jorge Iván Acuña Arrieta, preciso:

“(...) Exclusión de la bonificación por compensación como factor salarial. En este punto es preciso remitirnos al tenor literal del decreto 610 de 1998, norma que sirve de fundamento para el reconocimiento de la Bonificación por Compensación, a saber: “Artículo 1º (...) 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” (Subraya y negrilla fuera del texto)

Visto lo anterior, es claro que según el conjunto de normas del régimen laboral y prestacional aplicable al demandante, la bonificación por compensación y las primas especiales, no son factores salariales que se deban tener en cuenta al momento de liquidar las prestaciones sociales, así lo ratifica la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia.

IV. EL CASO CONCRETO.

El demandante argumentó, que el juzgado no tuvo en cuenta la jurisprudencia y las normas aplicables al caso, las cuales deben ser revisadas en aras de garantizar los derechos del actor. Por tanto, solicitó se acceda a sus pretensiones y en especial se declare la nulidad del acto administrativo que le negó el reconocimiento, reliquidación y pago de sus prestaciones sociales, primas, bonificaciones, cesantías y, a título de restablecimiento del derecho el pago de tales acreencias laborales, la actualización de las sumas que resulte a deber la entidad demandada, conforme al libelo demandatorio.

Así las cosas, la Sala procederá a realizar el siguiente análisis jurídico probatorio, a efectos de establecer la solución jurídica y racional de este conflicto jurídico.

A partir de la prueba documental aportada al expediente, está demostrado efectivamente que el demandante ANÍBAL SARAVIA GÓMEZ, laboró en la fiscalía general de la Nación como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito desde el 16 de marzo de 1994 hasta el 9 de mayo de 2006 fecha del retiro (fl. 229); que la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DER LA NACIÓN, le liquidó sus prestaciones sociales, sin incluir como factor salarial el 30% correspondiente a la prima especial prevista en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

Por tal razón, la entidad demandada debía reconocer al demandante, las diferencias adeudadas por concepto de prima especial de servicios, teniendo en cuenta para la liquidación de esta todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente devengados por los Fiscales de todo orden de la Fiscalía General de la Nación y otros destinatarios.

En efecto el Juzgado interpretó que los actos administrativos demandados no violaron las normas a las cuales estaba sujeta la administración al expedirlos, con la decisión de otorgarle a la prima especial carácter salarial únicamente para los efectos de la liquidación de jubilación y rechazar la petición del demandante dirigida a que dicha prima se le reconociera y pagara como remuneración mensual con carácter salarial con consecuencias prestacionales, en tanto, que esa interpretación la consideró que se ajusta a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 4° de 1992 y el artículo 1 de la Ley 332 del 1996, por haber optado por la escala salarial al estar vinculado a la Fiscalía General de la Nación.

De acuerdo con lo anterior sería del caso concluir que el demandante es destinatario del derecho a la prima especial del 30% contenida artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en los extremos temporales laborados como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de Bogotá, no obstante, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda están dirigidas a obtener la reliquidación de las prestaciones sociales como resultado de computar como **factor salarial** tal derecho, no se accederá a éstas, atendiendo la sentencia C-279 de 1996 donde la Corte Constitucional consideró que la prima especial de servicios consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, no constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, sin embargo, atendiendo el papel del Juez en el Estado Social de Derecho y el deber de aplicar el control de convencionalidad de conformidad con el artículo 27 de la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la Convención de Viena, se le dará prevalencia al Convenio 95 de la OIT, según el cual todo lo que recibe un trabajador como contraprestación por sus servicios es salario, sin importar el nombre o método de cálculo que se emplee, y por tal razón la citada prima será considerada factor salarial para la liquidación de pensiones que es un derecho irrenunciable e imprescriptible.

En consecuencia, la Sala REVOCARÁ la sentencia apelada, proferida el 11 de diciembre de 2012, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, mediante el cual accedió a las pretensiones del demandante respecto al reconocimiento, reliquidación y pago del 30% de la prima especial como factor salarial sobre las prestaciones sociales incluidas las cesantías, para los años de 1999 a 2001, en su condición de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, salvo que sí debe ser tomada en cuenta para la liquidación de aportes a pensión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala Transitoria, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá el 11 de diciembre de 2012 y en su lugar negar las pretensiones de la demanda presentada por ANÍBAL SARA VIA GÓMEZ contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de conformidad con las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

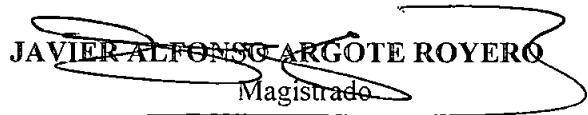
TERCERO: Ordénese que por Secretaría se proceda a liquidar los gastos ordinarios del proceso, y entréguese a la demandantes el remanente a que hubiere lugar.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

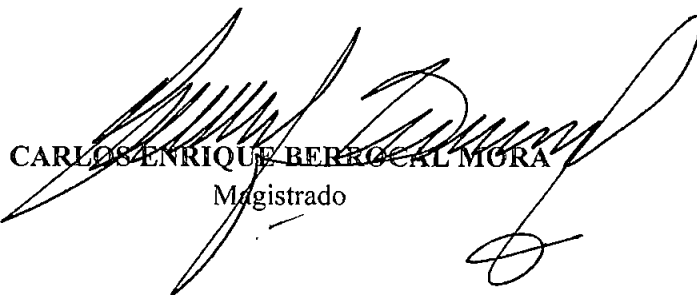
Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión el día 31 de agosto de 2020.



LUIS EDUARDO PINEDA PALOMINO
Magistrado Ponente



JAVIER ALFONSO ARGOTE ROYERO
Magistrado



CARLOS ENRIQUE BERROCAL MORA
Magistrado

NOU 5:20 AM 11-13