

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 120

Santiago de Cali, veintiuno (21) de junio del año dos mil diecinueve (2019)

PROCESO : 76001-3333-001-2018-00074-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y REST. DEL DERECHO
DEMANDANTES : ALVEIRO SUAREZ MEDINA, SORAYA NARANJO
HERRERA Y PATRICIA PAYAN GARCES
DEMANDADO : NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Los señores **ALVEIRO SUAREZ MEDINA, SORAYA NARANJO HERRERA y PATRICIA PAYAN GARCES**, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauraron demanda contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para que se hagan las siguientes

1. DECLARACIONES:

1.1. Que se inaplique la frase “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” registrada en el primer párrafo del artículo 1 del Decreto No. 0382 de 2013

1.2. Que se declare la nulidad del oficio No. SRAP-31000-083 del 02 de octubre de 2017 proferido por la Subdirectora de Regional de Apoyo a la Gestión del Pacífico de la Fiscalía General de la Nación por medio del cual se niega la solicitud del demandante **ALVEIRO SUAREZ MEDINA** sobre el reconocimiento de la bonificación judicial con carácter salarial para todos los efectos legales

1.3. Que se declare la nulidad del oficio No. SRAP -31000-085 del 02 de octubre de 2017 proferido por la Subdirectora de Regional de Apoyo a la Gestión del Pacífico de la Fiscalía General por medio del cual se niega la solicitud de la demandante **SORAYA NARANJO HERRERA** sobre el reconocimiento de la bonificación judicial con carácter salarial para todos los efectos legales

1.4. Que se declare la nulidad del oficio No. SRAP -31000-084 del 02 de octubre de 2017 proferido por la Subdirectora de Regional de Apoyo a la Gestión del Pacífico de la Fiscalía General por medio del cual se niega la solicitud de la demandante **PATRICIA PAYAN GARCES** sobre el reconocimiento de la bonificación judicial con carácter salarial para todos los efectos legales

1.5. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2-3237 del 26 de octubre de 2017 proferida por el Subdirector de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación por medio del cual resuelve los recursos de apelación formulado por los demandantes **ALVEIRO SUAREZ MEDINA, SORAYA NARANJO HERRERA y**

PATRICIA PAYAN GARCES contra los oficios que anteceden, confirmándolos en cada una de sus partes.

1.6. Que como consecuencia de la declaración de nulidad anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Fiscalía General de la Nación, reconocer que la bonificación judicial que perciben los demandantes **ALVEIRO SUAREZ MEDINA, SORAYA NARANJO HERRERA y PATRICIA PAYAN GARCES** es constitutiva de factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas y las que se causen a futuro, y en consecuencia se pague a las actoras el producto de la reliquidación de todas sus prestaciones sociales debidamente indexadas a partir del 12 de junio de 2014 hasta que se haga efectivo el reconocimiento y pago.

1.7. Que se cumpla la sentencia en los términos de los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.8. Que se paguen las costas y agencias en derecho que resultaren en el proceso conforme lo previsto en el artículo 188 del CPACA

Fundamenta su demanda en los siguientes

2. HECHOS:

2.1. Que el actor **ALVEIRO SUAREZ MEDINA** sostiene una relación legal y reglamentaria con la Fiscalía General de la Nación desde el 16 de junio de 1994 ejerciendo actualmente el cargo de Técnico Investigador II en la Subdirección Seccional de Policía Judicial CTI con sede en Cali-Valle.

2.2. Que la actora **SORAYA NARANJO HERRERA** sostiene una relación legal y reglamentaria con la Fiscalía General de la Nación, desde el 16 de agosto de 1994 ejerciendo actualmente el cargo de Técnico Investigador II en la Subdirección Seccional de Policía Judicial CTI con sede en Cali-Valle.

2.3. Que la actora **PATRICIA PAYAN GARCES** sostiene una relación legal y reglamentaria con la Fiscalía General de la Nación, desde el 9 de octubre de 1992 ejerciendo actualmente el cargo de Asistente de Fiscal II en la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana con sede en Cali-Valle.

2.4. Que el Gobierno Nacional expidió el decreto 0382 de 2013 mediante el cual se creó una bonificación judicial para los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, la cual constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud y deja por fuera su aplicación como factor salarial en la liquidación y cancelación de otras prestaciones a que tienen derecho los demandantes.

2.5. Que los demandantes realizaron reclamación administrativa a la entidad demandada solicitando se reconociera dicha bonificación como factor salarial para todos los efectos legales y esta fue respondida por la Fiscalía mediante los actos acusados negando el derecho invocado

2.6. Que contra las decisiones anteriores se interpuso el recurso de apelación y este fue resuelto por la administración mediante la Resolución No. 2-3237 del 26 de octubre de 2017 confirmando las anteriores en todas sus partes.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Cita como normas violadas las siguientes:

Normas internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos

Protocolo de San Salvador

Convenios 95, 100 y 11 de la OIT sobre protección al salario 1949, igualdad de remuneración 1951 y discriminación en materia de empleo 1958

Convenio 151 de la OIT

Pacto de San José de Costa Rica

Constitución Política artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 53, 55, 83, 93 209 y 228

Ley 21 de 1982

Ley 50 de 1990

Ley 4 de 1992

Ley 270 de 1996

Ley 411 de 1997

Ley 1496 de 2011

Ley 54 de 1962

Ley 16 de 1972

Ley 319 de 1996

Acuerdo 06 de noviembre de 2012

Decreto 1042 de 1978

Decreto 1092 de 2012

Explica el concepto de la violación, argumentando que la entidad demanda al negar que la bonificación judicial es constitutiva de factor salarial para liquidar y cancelar todas las demás prestaciones sociales que percibe la demandante desconoce su naturaleza salarial y legal, la cual se ha hecho de manera periódica e ininterrumpida.

Aduce que la naturaleza legal de la bonificación Judicial está desarrollada en el artículo 14 de la ley 50 de 1990.

Acota que esta discriminación que hace la Fiscalía viola los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que fueron ratificados por Colombia a través de los cuales el Estado Colombiano se comprometió a respetar la Dignidad Humana y el derecho al trabajo.

Agrega que la discriminación que se hace por parte de la entidad demandada hacia los derechos de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación anula sus derechos salariales y prestacionales lo que permite entrever que la aplicación del decreto 0382 de 2013 es violatorio de una norma superior, el artículo 53 constitucional y en ese orden se debe inaplicar la misma por parte del Juez.

Expresa además que en el acuerdo 06 de 2012 nunca se estipuló que las prebendas laborales de los funcionarios y empleados de la Fiscalía lo fueran sin carácter salarial y que por ello el decreto 382 tantas veces citado viola el derecho a la igualdad pues discrimina sin justificación esta ganancia laboral de los trabajadores

Concluye diciendo que la entidad hoy demandada falta al principio de confianza

legítima como elemento incorporado en la buena fe, porque con ello anuló una expectativa legítima que ya había sido reconocida a través del acuerdo 06 de noviembre de 2012.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderada judicial, esta entidad mediante escrito presentado dentro del término de ley, señaló que la facultad para fijar la remuneración de los servidores públicos radica exclusivamente en el Congreso y que la Fiscalía General de la Nación, como órgano ejecutor, se encuentra sometida al imperio de la ley y no le está dado dar alcance a las normas cuya competencia no le es atribuible.

En tal sentido, indicó que los actos demandados gozan de la presunción de legalidad. Agregó que la entidad obró de conformidad con los parámetros señalados en las normas que rigen la materia y que no tiene competencia para extender los efectos de las normas salariales a servidores en situaciones diferentes a las contempladas en las mismas.

Finalmente, trajo a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la cual, a su juicio, establece salvedades al principio que otorga la naturaleza de factor salarial para efectos prestacionales a la totalidad de contraprestaciones percibidas como retribución de los servicios laborales prestados por un trabajador.

En dichas providencias, se muestran ejemplos de emolumentos percibidos periódicamente por trabajadores que no fueron tenidas en cuenta como factor salarial para efectos prestacionales, en razón a la salvedad consagrada en sus respectivas normas de creación.

Con base en los anteriores argumentos propuso como excepciones las que denominó *“constitucionalidad de la restricción de carácter laboral”*, *“cumplimiento de un deber legal”*, *“cobro de lo no debido”* y *“buena fe”*.

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez la demanda correspondió por reparto, mediante proveído del 26 de abril del 2018 se declaró el impedimento para conocer del presente medio de control, ordenándose remitir al H. Tribunal Administrativo del Valle con el fin de que sea estudiado el impedimento, Corporación que mediante Auto Interlocutorio No. 201 del 23 de julio de 2018 resolvió declarar infundado el impedimento y devolvió el expediente a este Juzgado, razón por la cual mediante proveído del 24 de agosto de 2018 se admitió la demanda, llevándose a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma, igualmente se practicó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno, se decretaron las pruebas y al no haber pruebas por practicar el Juzgado se constituyó en la audiencia de alegatos y Juzgamiento, ordenándose correr traslado a la partes para alegar de conclusión en forma oral, el cual fue aprovechado por ambas partes.

Parte Demandante: Se pronuncia solicitando acceder a las pretensiones incoadas, ratificando en lo expuesto en la demanda, expresa que conforme a las pruebas allegadas la bonificación judicial percibida por los demandantes de forma mensual

e ininterrumpida desde el 1 de enero de 2013, es constitutiva de factor salarial para liquidar todas sus prestaciones sociales por cumplir con los requisitos de salario que exige el artículo 14 de la ley 50 de 1990.

De la misma manera expone que la entidad demandada vulnera normas de rango constitucional especialmente el artículo 53 y legal, de la misma manera viola el concepto de salario y la copiosa jurisprudencia del Consejo de Estado.

Parte Demandada: Hace lo propio ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación, los cuales expone en similares términos, solicitando negar las pretensiones de la demanda.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos de la Acción:

1. Capacidad jurídica de las partes

Las demandantes comparecieron por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia.

La Fiscalía General de la Nación se encuentra legitimada para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderado judicial, tal y como se comprueba en el poder obrante en el expediente.

2. Caducidad

En el presente proceso no opera el fenómeno jurídico de la caducidad, como quiera que mediante Resolución No. 2-3237 del 26 de octubre de 2017 la Fiscalía General de la Nación resolvió el recurso de apelación interpuesto por las hoy demandantes, contra los oficios que les negaron el derecho reclamado y dicho acto administrativo fue notificado a su apoderado el día 2 de noviembre de 2017, la solicitud de conciliación radicada ante la Procuraduría 58 judicial I para asuntos administrativos el 28 de febrero de 2018, declarándose fallida mediante acta expedida el 6 de abril de 2018 y la demanda fue radicada el día 10 de abril de 2018, estando dentro del término de caducidad que establece la ley en el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

3. Requisito de procedibilidad

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la ley 1437 de 2011, observa esta juzgadora que el mismo se encuentra satisfecho con el acta que obra a folio 58 del expediente.

Frente al agotamiento de la actuación administrativa previsto en el numeral 2 del artículo 161 ibídem, en el asunto de marras se observa que los actos administrativos demandados establecieron que contra ellos procedía el recurso de apelación y este fue debidamente interpuesto por las hoy demandantes y resuelto por la administración mediante la Resolución acusada.

6.2. Presupuestos de la demanda

1. Competencia

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente este Juzgado para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

2. Demanda en forma

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer si los demandantes **ALVEIRO SUAREZ MEDINA, SORAYA NARANJO HERRERA y PATRICIA PAYAN GARCES** tienen derecho a que se le reconozca la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de todas sus prestaciones sociales y si como consecuencia de lo anterior los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos conforme a los cargos expuestos en la demanda.

Para resolver el problema jurídico antes planteado, el Juzgado procederá al estudio del asunto en el siguiente orden:

- i. Naturaleza jurídica y fundamento normativo de la nivelación de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación
- ii. Carácter salarial de la bonificación establecida en el inciso del artículo 1 del decreto 382 de 2013
- iii. Marco Jurisprudencial aplicable
- iv. Pruebas obrantes en el expediente
- v. Del caso en concreto.
- vi. De las costas

i) Naturaleza jurídica y fundamento normativo de la nivelación de la remuneración de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación

El artículo 53 de la Constitución Política establece:

*“ARTICULO 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 (...) (Negrillas del despacho).

A su vez, el literal e) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, establece entre otras funciones para el Congreso de la República las siguientes:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública (...) (Negrillas fuera de texto).

En virtud de lo anterior el Congreso de la República expidió la ley 4° de 1.992, *“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 y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”* que en su artículo 2 estableció:

“Artículo 2º.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

*a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. **En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales (...)*** (Negrillas del despacho).

En ese sentido el artículo 4 *ibidem* indicó:

“Artículo 4º.- Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2 el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1 literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.

Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados. (...)”

La ley 4ª de 1992 en su artículo 14 dispone:

“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.”

Como se observa, esta normativa dispuso la revisión de la remuneración de funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación con el fin de nivelarlos salarialmente, atendiendo criterios de equidad.

Ello, por supuesto, teniendo como base la brecha salarial gigantesca existente entre la remuneración de los magistrados de las altas cortes y los demás funcionarios de la Rama Judicial, de la Fiscalía General de la Nación y entre los empleados vinculados a las mismas. Luego, es la ley 4ª de 1992 la que ordenó al Gobierno Nacional que procediera a nivelar la remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación. Pero, como se dijo antes, ante el incumplimiento por parte del Gobierno Nacional de este mandato, los empleados y funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía dieron inicio a un paro, consiguiendo así un Acuerdo que fue publicado en el acta del 7 de noviembre de 2012 para nivelar su remuneración en los términos de la ley 4ª de 1992, que concluyó con la expedición del decreto 382 de 2013.

ii) Carácter salarial de la bonificación establecida en el inciso 1o del artículo 1o del decreto 382 de 2013

Empero, el decreto 382 desconociendo el mandato de la ley 4a de 1992 y el Acta de Acuerdo a que se ha hecho mención anteriormente, materializó la nivelación de la remuneración de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación por medio de la creación de una bonificación **no constitutiva de salario**, salvo para “la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Dispone el artículo 1o del decreto 382:

“Artículo 1º. Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto número 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto número 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

De esta manera, la norma en cita despoja a la bonificación de su carácter salarial, impidiendo que se tenga en cuenta para la liquidación de todos los derechos salariales y prestacionales de los empleados y funcionarios destinatarios de la misma. Se recorta así lo conquistado durante el cese de actividades y contenido en el Acta de Acuerdo en cuanto a la nivelación en la remuneración en los términos de la ley 4a de 1992 y se desnaturaliza este mandato en cuanto ordenó al Gobierno Nacional que nivelara la remuneración de los empleados y

funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

La bonificación sin carácter salarial sustrae a los servidores públicos destinatarios de la misma de una buena parte de los beneficios salariales y prestacionales que el incremento de la remuneración representa, en la medida que al ser un factor salarial debe tenerse en cuenta para liquidar todos sus derechos económicos, como primas, vacaciones, cesantías, etc.

En efecto, el concepto de remuneración, en principio, enmarca todos los pagos que recibe el trabajador o empleado como consecuencia o contraprestación del trabajo. Con dicha expresión se designan, entonces, los pagos derivados de una relación laboral. Por ello, esta noción difiere sustancialmente de la de honorarios, en la que no existe vínculo laboral.

Según el Convenio 100 de 1951 de la OIT; aprobado por el Congreso de la República por medio de la ley 54 de 1962, sobre igualdad en la remuneración de hombres y mujeres, ratificado por Colombia el 7 de junio de 1963, al término remuneración debe darse el siguiente alcance:

*“el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, **y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador**, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; (Negrillas fuera de texto)*

Coincidente con la anterior definición de remuneración es la contemplada por el Convenio No 95 de la OIT, relativo a la Protección al Salario, aprobado mediante ley 54 de 1962, el cual también equipara la noción de salario a la de remuneración, al señalar en su artículo 1o que:

“A los efectos del presente Convenio, el término ‘salario’, significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”

Como puede verse, la noción de remuneración contenida en los convenios de la OIT comprende todos los pagos que recibe el trabajador o empleado durante la relación laboral, sin exclusión de ninguno de ellos, pues para dicha Organización no resulta admisible que algunos pagos, como las denominadas prestaciones sociales, no sean remuneratorias del trabajo.

Sobre el alcance del concepto de remuneración, ha dicho el Consejo de Estado¹:

“La remuneración, según la ley, equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia, directa o indirecta, de su relación laboral. Comprende, en consecuencia, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente, por causa o razón del trabajo o empleo, sin ninguna excepción. Es equivalente al salario, pero esta denominación de ordinario se reserva a la retribución que perciben las personas vinculadas por contrato de trabajo. En efecto:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación 25000-23-25-000-1998-48045-01 de noviembre 21 de 2002, M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

El artículo 2° de la Ley 5a de 1969, en armonía con la disposición antes transcrita, prescribe que 'la asignación actual' o la última remuneración 'es el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios, tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc...'

El artículo 42 del Decreto-ley 1042 de 1978 reitera el mismo concepto en cuanto prescribe que '...constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios...'

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en el mismo orden de ideas, define el salario como 'todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma de denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor de trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio...' (La Sala subraya).

En fin, la Organización Internacional del Trabajo, en convenio del 1° de julio de 1948, prohíja el criterio expuesto, en cuanto define el salario como lo que percibe el trabajador por causa del contrato de trabajo.

De manera que, en conclusión, las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales deben liquidarse con fundamento en el correspondiente estatuto. La remuneración, para estos efectos, es todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa, directa o indirecta, de su vinculación laboral."

Acorde, pues, con los tratados y convenios internacionales que prevalecen en el orden interno, conforme a los artículos 53 y 93 de nuestra Carta Política; a la normatividad que nos dice que "Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios"² y a la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, la bonificación establecida por el decreto 382 de 2013 es de naturaleza salarial y, por tal razón, y dada la finalidad de su creación con base en la ley 4a de 1992 para nivelar la remuneración de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General, debe tenerse como factor de salario para todos los efectos y no "únicamente" para las cotizaciones a salud y pensiones.

iii) Marco Jurisprudencial aplicable

En este punto, bien vale la pena recordar la posición del H. Consejo de Estado sobre el alcance de las primas en nuestro sistema remuneratorio de los servidores públicos. Ello es pertinente en el juzgamiento de la presente causa, en tanto la bonificación del decreto 382 de 2013 no es otra cosa que una prima, esto es, un incremento salarial.

Al declarar la nulidad del artículo 7o del decreto 618 de 2007 que reiteraba que la prima del 30% del artículo 14 de la ley 4a de 1992 no tenía carácter salarial, el Consejo de Estado precisó el carácter salarial de las Primas, lo que implicó una rectificación jurisprudencial. Dijo el Consejo de Estado en esa ocasión³:

² Decreto 1042 de 1978, artículo 42.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación No. 11001-03-25-000-2007-00098- 00 (1831- 07) de 02 de abril de 2009, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“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 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 nexos 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.”

Resalta el Despacho

En igual sentido el Consejo de estado con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez⁴ sobre un tema similar al que hoy ocupa la atención del despacho llegó a la conclusión que el Gobierno Nacional había disminuido el monto de las prestaciones sociales de los funcionarios de que trata el artículo 14

⁴ Sentencia del 19 de mayo de 2010 Radicación numero: 25000-23-25-000-2005-01134 01(0419-07) Actor: LEONOR CHACON ANTIA

de la ley 4 de 1992 así:

*“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 laborales.”

En cuanto hace al tema que ahora se estudia, y concretamente el factor salarial denominado prima de servicios para el personal de la Fiscalía General de la Nación, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 14 de febrero de 2002, con ponencia del Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, indicó⁵:

“Por consiguiente, dada su discordancia con las disposiciones legales que debía acatar el Gobierno Nacional al establecer el régimen salarial de los servidores públicos a que se contrae la Ley 4ª de 1992, más exactamente por desconocer lo previsto en el Artículo 14 ibídem, se impone infirmar la norma enjuiciada.

No obstante lo anterior, ha de precisarse que tal decisión no implica que el salario fijado en el Artículo 4º del Decreto 38 de 1999 para los funcionarios sustraídos de la posibilidad de establecer a su favor la prima de servicios, sufra alteración alguna, más exactamente deterioro o disminución, ya que en dicho artículo se estableció el sueldo mensual de los empleos de esa entidad, entre los que ellos (sic) se encuentran, sin que se advirtiera que parte alguna de tales salarios tenía una condición jurídica diferente a la de remuneración por los servicios prestados, o más exactamente, la naturaleza de prima de servicios.

Al desaparecer del concierto jurídico el Artículo 7º del Decreto 38 de 1999 que otorgó al 30% del salario básico mensual de esos funcionarios el carácter de prima especial de servicios, sólo subsiste el Artículo 4º del citado decreto mediante el cual, se insiste, se fijó la escala salarial de los citados servidores públicos, sin que se hiciera precisión en él acerca de que determinado porcentaje de dicha remuneración ostentara la connotación de prima especial de servicios.

Por consiguiente, ha de concluirse que la anulación del artículo enjuiciado no

⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil dos (2002) - Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA - Radicación número: 11001-03-25-000-1999-0031-00(197-99).

tiene incidencia alguna en la escala de remuneración establecida en el Artículo 4º del Decreto 38 de 1999, pues de la no existencia de esa norma lo único que se desprende es que la remuneración prevista en él para los servidores de la Fiscalía a que se hace mención en los Artículos 1º y 2º ejusdem, en su totalidad, sin excepción alguna, esto es, incluyendo a los funcionarios mencionados en el Artículo 7º, tiene exclusivamente una connotación salarial y no otra distinta, como sí la tuvo para estos últimos el 30% de sus salarios durante la vigencia de la norma demandada.” (Negrillas del despacho).

Con posterioridad la Alta Corporación en sentencia del 15 de abril de 2004, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, al declarar la nulidad del artículo 8º del decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000, indicó⁶:

“Debe señalarse que el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 332 de 1996, introdujo un solo cambio a la ley marco, cual es el de que la prima especial sin carácter salarial de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 hará 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 en la ley.

Y la Ley 476 de 1998 es apenas de carácter aclaratorio y no tiene incidencia en el contenido de la ley marco, la cual, al conservar su contenido en lo fundamental debió ser acatada por el gobierno cuando expidió el decreto acusado.

Debe añadirse, con el propósito de rectificar parte de la jurisprudencia contenida en el fallo de fecha 14 de febrero de 2002, del expediente 197 de 1999, que al decretarse la nulidad deprecada por el actor respecto de la referida prima especial sin carácter salarial a que se contrae el artículo 8º del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000, se reduce el ingreso mensual de los funcionarios a que esta norma se refiere en un 30%, pues este porcentaje en que consiste la prima establecida constituye un sobresueldo que contraviene, como ya quedó explicado, el mandato del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992. A esta conclusión se llega luego de examinarse la propuesta hecha en tal sentido por la honorable conjuez que intervino en el debate del presente asunto.

Finalmente, no sobra advertir que sin embargo de la conclusión que precede, los funcionarios que hayan recibido el referido 30% antes del presente fallo como prima de servicio sin carácter salarial, no estarán obligados a reembolsarlo a la fiscalía, por cuanto ello ocurrió dentro del marco de la buena fe, tal como se desprende de los hechos a que se contrae la litis”. (Negrillas y Subrayas del despacho).

Mediante sentencia del 4 de agosto 2010⁷ la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado unificó su posición y señaló que la prima especial de servicios si constituye factor salarial en el caso de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

En la providencia mencionada la Sala precisó:

⁶ Consejo de Estado, sentencia del 15 de abril de 2004, magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, expediente 712-01, se pronunció declarando la nulidad del artículo 8º del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000, mediante el cual se dictaron normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación

⁷ Expediente 230-2008. Actor: Rosmira Villescas Sánchez. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

“La inclusión de este porcentaje en la base liquidatoria de las prestaciones sociales de la actora para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, encuentra sustento no sólo en las sentencias anulatorias proferidas por el Consejo de Estado, como ya se dijo, sino en la decisión reciente de la Sala Plena que decidió anular el 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.

Aunque dicho precedente analiza la legalidad de un Decreto que regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, resulta aplicable en este evento, porque, el tema central no es otro que el que aquí se reclama, esto es, el carácter salarial del porcentaje del 30% que a título de prima especial han venido percibiendo los empleados de la Fiscalía General de la Nación y que no ha sido incluido en la liquidación de sus prestaciones sociales. Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular. El anterior argumento no desconoce el contenido de las sentencias de anulación, sino que muestra en forma fehaciente que la jurisprudencia laboral en su desarrollo y evolución, debe propender por la real y efectiva protección de los derechos laborales económicos constitucionalmente previstos, máxime cuando el contenido de cada una de las normas era el mismo, es decir era una reproducción en la que solamente variaba el porcentaje en que se incrementaba el salario en cada una de las anualidades, pero frente a la prima especial se siguió manteniendo el mismo porcentaje y su carácter no salarial [...]”.

Y finalmente en sentencia del 2 de septiembre de 2015 Conjuez Ponente Dra CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS Exp No. interno (0744-2008) precisó lo siguiente:

*“para esta Sala de Conjueces 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 xxxxxxxxxx, durante el periodo demandado”** Subrayas del Despacho*

Sobre el principio constitucional de a trabajo igual salario igual y eficacia de los derechos a la igualdad y al trabajo digno, señaló Corte Constitucional⁸ lo siguiente:

⁸ Corte Constitucional Sentencia T-833/12

“El principio a trabajo igual, salario igual, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Se insiste entonces en que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable, que justifique la diferenciación. Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos. De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la protección constitucional del principio de a trabajo igual, salario igual, tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor, como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral. Con todo, esa consagración constitucional no genera la procedencia general de la acción de tutela para lograr la satisfacción de esas posiciones jurídicas. En contrario, la admisibilidad del amparo es excepcional y depende que en el caso concreto se compruebe la ausencia de idoneidad de los mecanismos judiciales ordinarios, los cuales conservan la competencia general para asumir problemas jurídicos de esta índole”

Respecto al **principio de favorabilidad**, indicó la Corte Constitucional en sentencia del veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016) M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO, lo siguiente:

“El principio de favorabilidad laboral como mandato constitucional

36. El artículo 53 de la Constitución Política consagró el principio de favorabilidad en materia laboral en los siguientes términos: **“principios mínimos fundamentales: (...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”**. A partir de esta norma, esta Corporación ha analizado diversos casos en los que se presentan controversias de tipo laboral que tienen un elemento en común, la diversidad de interpretación de una misma norma respecto a un asunto determinado o diversas normas aplicables a un mismo caso.

Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que“(...) los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional en el artículo 53 de la C.P., conllevan la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad, **la favorabilidad, la condición más beneficiosa, el principio pro operario**, la justicia social y la intangibilidad de la remuneración”⁹

(...) ha dicho que la favorabilidad opera, no sólo cuando se presenta un conflicto entre normas, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, en estos casos **“el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica”**¹⁰

⁹ Sentencia T-631/02 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁰ Sentencias T-001/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-800/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

(...) Ahora bien, para dar aplicación al principio de favorabilidad, ha dicho la Corte¹¹ que es necesario analizar los elementos de dicho principio teniendo en cuenta que (i) la duda debe ser seria y objetiva, pues ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, se debe considerar la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; además, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que las mismas puedan ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”

Sobre el **principio de progresividad** en materia laboral, la Corte Constitucional, en sentencia del 5 de noviembre de 2014, expediente T-4406447, Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, indicó:

“(...) El principio de progresividad ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación, como una carga estatal de orden constitucional e internacional, en virtud de la cual el Estado debe propender por realizar reformas que permitan cada vez mayor inclusión y ampliación en los niveles de cobertura y calidad de la seguridad social en el país, por lo cual, dicho principio no puede generar situaciones regresivas para los derechos y beneficios adquiridos en materia de seguridad social¹².

En razón de esta progresividad, no sólo no se establecen condiciones mínimas que por regla general no pueden ser desmejoradas y menos desconocidas, sino también debe propugnarse por generar una efectividad en la ampliación de los beneficios y la creación de garantías más favorables para la población¹³.

16. De esta manera, el Estado tiene el deber de no regresividad, es decir, velar porque no se adopten medidas que disminuyan o atenúen los derechos sociales ya adquiridos, puesto que la normatividad constitucional ha sido enfática en propender por una evolución y mejora en la calidad de vida de sus administrados, a tal punto que le ha impartido al Estado determinadas cargas para que en el ejercicio de sus finalidades, desarrolle y materialice un beneficio en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Así las cosas, una norma regresiva en materia de seguridad social, permite deducir su inconstitucionalidad, debido a que la libertad de configuración legislativa para la adopción de normas en esa materia, debe ceñirse a los presupuestos constitucionales y al principio de proporcionalidad y junto con ello, tener “una clara justificación superior para la excepcional disminución¹⁴” (...)

En conclusión, la noción de prima en nuestro sistema remuneratorio, y la bonificación no son otra cosa, antes y después de la Carta Política de 1991, “y conforme a su ley marco¹⁵, que un incremento, un “plus” para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.”

Las primas y de igual forma las bonificaciones, pues, representan un incremento en la remuneración básica de los servidores públicos, no pudiendo asignarse otro sentido 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.

¹¹ Sentencia T-599/11 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

¹² Corte Constitucional. T-950/2010. Nilson Pinilla Pinilla.

¹³ Corte Constitucional. T-166/2010. Gabriel Eduardo Mendoza.

¹⁴ Corte Constitucional. C-566/2009. Humberto Sierra Porto.

¹⁵ Ley 4 de 1992 Artículo 14

Se debe agregar que tampoco puede asignarse otro alcance a la bonificación establecida por el artículo 1o del decreto 382 de 2013, esto es, que se trata de un incremento remuneratorio constitutivo de factor salarial.

Por lo tanto, cuando el artículo 1o del decreto 382 de 2013, en desarrollo de lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 14 de la ley 4a de 1992, reconoció una bonificación judicial, la cual se reconocería mensualmente y constituiría únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no puede entenderse nada distinto a que se trata de un auténtico incremento en su asignación básica con efectos salariales en todos sus derechos económicos y no únicamente para la cotización a la seguridad social en salud y pensiones.

No puede pasarse por alto, que se trata de una bonificación pagadera mensualmente, es decir, es un redistribución habitual y obligatorio, elementos que de manera incuestionable le dan la característica de un emolumento de naturaleza salarial, pues es remuneratorio del servicio, en tanto, además, responde al dispositivo contenido en el Parágrafo del artículo 14 de la ley 4a de 1993, cuya finalidad es la de nivelar la remuneración de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.

Finalmente es preciso citar que en un proceso en el cual se debatieron similares supuestos facticos y fundamentos jurídicos al que hoy nos ocupa, el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en reciente providencia¹⁶, se pronunció confirmando la sentencia proferida por este Juzgado que accedió a las pretensiones, tendiente al reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial, al respecto sostuvo:

(...) Bajo los criterios descritos y teniendo en cuenta que la bonificación judicial reconocida a los servidores de la Fiscalía General de la Nación a través del Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 y el Decreto 0382 de 2013, fue creada con la finalidad de cerrar la brecha de funcionarios y empleados regidos por una misma norma, la ley 4 de 1992, esto es como su nombre lo indica nivelar los salarios de jueces y empleados frente a las asignaciones de los Magistrados de tribunal y altas cortes, todos regidos por la misma Ley marco, pero que en la práctica presentaban diferencias inequitativas entre unos y otros, a juicio de esta Sala de Decisión dicho emolumento tiene una naturaleza salarial intrínseca en la medida que se percibe de manera habitual y periódica, pero además, como retribución directa del servicio personal que prestan los trabajadores de la Entidad. En tal sentido, su consagración como factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en pensiones y salud, se torna abiertamente inconstitucional, desconoce principios como la primacía de la realidad sobre las formalidades, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, previstos en el artículo 53 de la Carta Política³, luego entonces, contrario a lo planteado por el apelante, la incompatibilidad del artículo 1 Decreto 3703 de 2013 con la Carta Política emerge palmario.

¹⁶ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, 23 DE ENERO DE 2019, MAGISTRADA PONENTE: DRA. ZORANNY CASTILLO OTÁLORA, DEMANDANTE: VÍCTOR MOSQUERA CAICEDO, DEMANDADO: NACIÓN-FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, MEDIODE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA. PROCESO No: 76-001-33-33-001-2016-00212-01

(...)

Como quiera que la entidad discrepa en el recurso de la excepción de inconstitucionalidad aplicada por el **a quo** lo primero que ratificará la Sala es que ésta deviene procedente conforme al artículo 4 de la Constitución Política, en cuanto el Decreto 0382 de 2013 en la parte que dispone **"y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud"**, resulta contrario a principios y garantías constitucionales y desconoce el efecto útil de la norma con el que fue concebida, como se explicó **in extenso** en precedencia.

En consecuencia, los actos administrativos acusados, por medio de los cuales la Entidad accionada negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales deben declararse nulos tal como lo ordenó la Juez de Primera Instancia, en la medida en que se sustentan en argumentos y disposiciones que contrarían postulados constitucionales y por ello confirmará la Sentencia No. 168 de 27 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali. (...)"

(iv) Pruebas obrantes en el expediente

En el expediente reposan las siguientes pruebas documentales allegadas por la parte actora

- A folio 123 obra constancia de servicios prestados expedida por el Jefe de la Sección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación en donde se observa que la demandante ZORAYA NARANJO HERRERA, labora para dicha entidad en el cargo de TECNICO INVESTIGADOR II de la Subdirección Seccional de Policía Judicial CTI desde 1994-08-16.
- A folios 124 a 129 obran copias de liquidación de cesantías y constancias del salario y prestaciones devengadas por la señora ZORAYA NARANJO HERRERA.
- A folios 130 a 132 del expediente obran copia de la Resolución No. 0-1373 del 18 de julio de 1994 mediante la cual se efectúa uno nombramientos, entre ellos, el de la señora ZORAYA NARANJO HERRERA y el acta de posesión No. 2037 del 16 de agosto de 1994.
- A folio 133 figura constancia de servicios prestados expedida por el Jefe de la Sección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación en donde se observa que la demandante PATRICIA PAYAN GARCES labora para dicha entidad en el cargo de ASISTENTE DE FISCAL II de la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana desde 1994-08-29.
- A folios 134 a 140 obran copias de liquidación de cesantías y constancias del salario y prestaciones devengadas por la señora PATRICIA PAYAN GARCES.
- A folios 8 a 10 y 13 obran las reclamaciones administrativas que los señores ALVEIRO SUAREZ MEDINA, SORAYA NARANJO HERRERA y PATRICIA PAYAN GARCES le hicieron a la Fiscalía General de la Nación, a través de apoderado, solicitando que la bonificación judicial consagrada en el Decreto 382 de 2013 tuviese el carácter salarial a efectos de la

reliquidación y reajuste de sus prestaciones sociales.

- A folios 15 a 17, 19 a 20 y 22 a 24 obran copias de los actos administrativos demandados por los cuales la Subdirectora Regional de Apoyo del Pacífico de la Fiscalía General de la Nación negó el derecho invocado por los demandantes.
- A folios 33 a 35 obra copia de la Resolución No. 2- 3237 del 26 de octubre de 2017, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación contra los actos administrativos citados anteriormente, confirmándolos en todas sus partes.

(v) Caso Concreto

Dentro del expediente obra los certificados expedidos por el Jefe de la Sección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación en donde se observa que la demandante ZORAYA NARANJO HERRERA, labora para dicha entidad en el cargo de TECNICO INVESTIGADOR II, desde el 16 de agosto de 1994 y la demandante PATRICIA PAYAN GARCES labora para dicha entidad en el cargo de ASISTENTE DE FISCAL II desde el 29 de agosto de 1994.

Así mismo de la revisión de los desprendibles de pago de las hoy demandantes ZORAYA NARANJO HERRERA y PATRICIA PAYAN GARCES, se observa que, a las mismas, la Fiscalía General de la Nación les aplicó los Decretos anuales que fijaron el salario y las prestaciones sociales de los servidores de dicha entidad y la bonificación judicial fue pagada sin carácter salarial.

Respecto al demandante ALVEIRO SUAREZ MEDINA, se observa que, si bien no se aportan certificaciones, nombramientos y actas de posesión, desde la reclamación inicial se efectuó en calidad de Técnico Investigador III en la Subdirección Seccional de Policía Judicial CTI de la Fiscalía, solicitando la bonificación judicial desde el año 2014, lo cual fue replicado en la demanda, aspecto que no fue controvertido por la entidad demandada, ni en sede administrativa, ni en sede judicial, aceptando en el acto administrativo demandado, -fl. 15-, que el citado ejerce el cargo de Técnico Investigador III.

Adicionalmente, de la normativa y análisis antes realizado, así como de la jurisprudencia del Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y de las pruebas aportadas se establece que dicha bonificación judicial se trata de una remuneración permanente y periódica que nació para mejorar el salario de los citados funcionarios y en ese entendido constituye base para efectos de la liquidación prestacional y pensional de los mismos.

Y es que del estudio de las sentencias traídas a colación no queda duda de que la bonificación judicial obedece a un incremento adicional al sueldo básico que necesariamente debe tenerse en cuenta a efectos de la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios y empleados para los cuales fue creada ya que ella constituye una porción para mejorar el salario de los servidores a los cuales les es aplicable, es claro para esta Juzgadora que el espíritu del legislador al establecer la bonificación judicial, fue la de conceder un ingreso adicional a la remuneración mensual ordinaria de los servidores enlistados y no una disminución en la misma, y en ese orden al hacerlo así la Fiscalía General de la Nación contraría ese espíritu y va en menoscabo de los derechos de los demandantes.

En consecuencia, por resultar violatorio de los tratados y convenios internacionales en materia del trabajo que prevalecen en el orden interno y que definen el alcance del concepto de remuneración, tanto como del párrafo del artículo 14 de la ley 4 de 1992 que ordenó nivelar la remuneración de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, debe declararse la nulidad del acto acusado y ordenar entonces la reliquidación y reajuste de las prestaciones sociales de los demandantes con inclusión de la bonificación judicial a la que se refiere el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, como **factor salarial** para todos efectos legales.

Ahora bien, respecto del artículo 1 del Decreto 382 de 2013 que establece que la bonificación judicial, "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", el despacho ordenará su inaplicación frente a este aparte, atendiendo a los mismos argumentos esgrimidos en la referida sentencia anulatoria por tornarse inconstitucionales con nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Y es que la excepción de inconstitucionalidad es un control constitucional por vía de excepción que puede ser aplicado oficiosamente por los jueces¹⁷ en casos particulares y concretos cuando la norma es incompatible con la constitución. Por lo tanto el juez que advierta la transgresión normativa, está en la obligación de hacer prevalecer el ordenamiento fundamental sobre la normatividad inferior, con el objeto de mantener el orden jurídico y garantizar la protección de los derechos de las personas sean fundamentales o no.

En el caso en estudio dichos decretos violan lo prescrito en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, que tratan sobre el derecho a la igualdad y a la irrenunciabilidad de los derechos laborales y en consecuencia como se dijo antes, lo pertinente es aplicar la excepción de inconstitucionalidad para cesar la violación de estos derechos en cabeza de las hoy demandantes.

Así las cosas, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarando por esta razón la nulidad de los actos administrativos demandados y en consecuencia, se declarará que los demandantes tienen derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales devengadas como primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, bonificaciones y las que se causen a futuro incluyendo en ellas como base para su liquidación la bonificación judicial con carácter salarial.

PRESCRIPCIÓN

El inciso 2 del artículo 187 del CPACA, faculta al Juez a pronunciarse sobre cualquier excepción que encuentre probada, hallando el Juzgado que en el caso sub-examine se ha configurado la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, y se decretará con fundamento en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y su Reglamentario Decreto 1848 de 1969, artículo 102¹⁸, el cual establece como término de la prescripción un período de **3 años** contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho, teniendo en cuenta que el reclamo escrito interrumpe la

¹⁷ Tal como así lo dispone el artículo 148 del CPACA

¹⁸ Artículo 102º.- *Prescripción de acciones.*

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

prescripción pero solo por un lapso igual.

Así, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispuso:

“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”.

Respecto a lo anterior, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 03 de junio de 2010 (M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado No. 08001-23-31-000-2003-01606-01), señaló:

“El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 regula la prescripción de las prestaciones de que trata dicho cuerpo normativo, vacaciones, prima de navidad, auxilio funerario, pensiones de invalidez y vitalicia de jubilación o vejez, auxilios por enfermedad o por maternidad, subsidio familiar, entre otras. La ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto de otros derechos laborales, no incluidos en el Decreto citado, no implica la imprescriptibilidad de los mismos; por vía de analogía debe aplicarse la disposición normativa contenida en el artículo 151 del C.P.T. y siguientes, a menos que existan cánones que regulen este tópico en puntos específicos.”.

En el caso que nos ocupa, siendo que se encuentra acreditado que el demandante **ALVEIRO SUAREZ MEDINA** radicó la reclamación administrativa el 29 de septiembre de 2017, por lo tanto, las diferencias en el derecho que le asiste reconocerán a partir del 29 de septiembre de 2014.

Respecto a la actora **SORAYA NARANJO HERRERA**, está demostrado que radicó la reclamación administrativa el 29 de septiembre de 2017, por lo tanto, las diferencias en el derecho que le asiste se reconocerán a partir del 29 de septiembre de 2014.

En cuanto a la demandante **PATRICIA PAYAN GARCES**, está demostrado que radicó la reclamación administrativa el 25 de septiembre de 2017, por lo tanto, las diferencias en el derecho que le asiste se reconocerán a partir del 25 de septiembre de 2014.

Las sumas adeudadas por los conceptos antes solicitados, serán reajustadas, en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A, atendiendo para ello las pautas jurisprudenciales del H. Consejo de Estado que acepta tal indexación para esta clase de asuntos, por lo tanto la fórmula a aplicar será:

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

En donde R es el valor presente que se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es la diferencia entre lo que venía percibiendo los demandantes por concepto de prestaciones sociales sin inclusión de la bonificación judicial como

factor salarial y el reajuste ordenado en esta providencia, desde el 29 de septiembre de 2014 para **ALVEIRO SUAREZ MEDINA y SORAYA NARANJO HERRERA** y desde el 25 de septiembre de 2014 para **PATRICIA PAYAN GARCES**, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial vigente.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste prestacional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Igualmente se dispondrá que los intereses moratorios se devenguen a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el artículo 195 del CPACA.

(vi) De las Costas

Finalmente en cuanto a la condena en costas, debe el despacho decir que cuando la norma del artículo 188 del CPACA prescribe que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, lo que en verdad está señalando es que el operador judicial en cada caso particular debe observar la procedencia e improcedencia de dicha condena conforme se acredite probatoriamente su causación así lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER¹⁹

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

- 1. INAPLICAR** por inconstitucional el artículo 1 del Decreto 382 de 2013 en la frase que establece que la bonificación judicial, *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”*
- 2. DECLARAR** probada de oficio la excepción de las diferencias resultantes y causadas con anterioridad el desde el **29 de septiembre de 2014** para los demandantes **ALVEIRO SUAREZ MEDINA y SORAYA NARANJO HERRERA**.
- 3. DECLARAR** probada de oficio la excepción de las diferencias resultantes y

¹⁹ Dijo la citada sentencia: *“Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”*

causadas con anterioridad el desde el **25 de septiembre de 2014** para la demandante **PATRICIA PAYAN GARCES**.

4. DECLARAR la nulidad del oficio No. SRAP-31000-083 del 02 de octubre de 2017 proferido por la Subdirectora Regional de Apoyo del Pacífico de la Fiscalía General de la Nación por medio del cual se niega la solicitud del demandante **ALVEIRO SUAREZ MEDINA** sobre el reconocimiento de la bonificación judicial con carácter salarial para todos los efectos legales

5. DECLARAR la nulidad del oficio No. SRAP -31000-085 del 02 de octubre de 2017 proferido por la Subdirectora Regional de Apoyo del Pacífico de la Nación por medio del cual se niega la solicitud de la demandante **SORAYA NARANJO HERRERA** sobre el reconocimiento de la bonificación judicial con carácter salarial para todos los efectos legales

6. DECLARAR la nulidad del oficio No. SRAP -31000-084 del 02 de octubre de 2017 proferido por la Subdirectora Regional de Apoyo del Pacífico de la Nación por medio del cual se niega la solicitud de la demandante **PATRICIA PAYAN GARCES** sobre el reconocimiento de la bonificación judicial con carácter salarial para todos los efectos legales

7. DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 2-3237 del 26 de octubre de 2017 por la cual se resuelve el recurso de apelación entre otras contra las decisiones anteriores confirmándolas en todas sus partes.

8. Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la Fiscalía General de la Nación, reconocer y pagar al señor **ALVEIRO SUAREZ MEDINA**, desde el **29 de septiembre de 2014 y en el futuro** los valores que, por concepto de reliquidación de sus prestaciones sociales, como primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, bonificaciones, le adeuda, teniendo en cuenta la bonificación judicial, con carácter salarial.

9. Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la Fiscalía General de la Nación, reconocer y pagar a la señora **SORAYA NARANJO HERRERA** desde el **29 de septiembre de 2014 y en el futuro** los valores que, por concepto de reliquidación de sus prestaciones sociales, como primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, bonificaciones, le adeuda, teniendo en cuenta la bonificación judicial, con carácter salarial.

10. Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la Fiscalía General de la Nación, reconocer y pagar a la señora **PATRICIA PAYAN GARCES** desde el **25 de septiembre de 2014 y en el futuro** los valores que, por concepto de reliquidación de sus prestaciones sociales, como primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, bonificaciones, le adeuda, teniendo en cuenta la bonificación judicial, con carácter salarial.

11. ORDENAR a la entidad demandada Fiscalía General de la Nación, ajustar los valores que resulten de la reliquidación que se practique a las prestaciones sociales de los demandantes **ALVEIRO SUAREZ MEDINA, SORAYA NARANJO HERRERA y PATRICIA PAYAN GARCES**, conforme lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Vh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde R es el valor presente que se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es la diferencia entre lo que venía percibiendo los citados por concepto de prestaciones sociales sin inclusión de la bonificación judicial como factor salarial y el reajuste ordenado en esta providencia, desde el 29 de septiembre de 2014 para ALVEIRO SUAREZ MEDINA y SORAYA NARANJO HERRERA y desde el 25 de septiembre de 2014 para PATRICIA PAYAN GARCES, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial vigente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

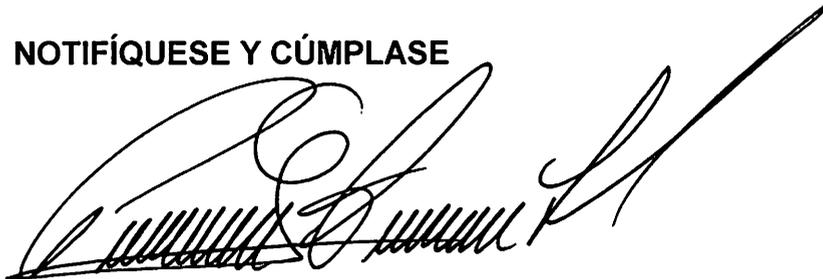
12. ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el artículo 195 ibidem.

13. NEGAR la condena en costas conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

14. COMUNICAR a la entidad demandada, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA.

15. LIQUIDAR los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez

Rlm