

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 264

Santiago de Cali, seis (06) de diciembre del año dos mil diecinueve (2019)

PROCESO : 76001-33-33-001-2018-00193-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y REST. DEL DERECHO
DEMANDANTE : IVÁN AGUIRRE BENAVIDES
DEMANDADO : NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. ANTECEDENTES

El señor Iván Aguirre Benavides, a través de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Nación - Fiscalía General de la Nación para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

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-31000-252 del 16 de noviembre de 2017, suscrito por la Subdirectora de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación por medio del cual se niega la solicitud del demandante sobre el reconocimiento de la bonificación judicial con carácter salarial para todos los efectos legales.

1.3. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 20561 del 22 de febrero de 2018, proferida por la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se resolvió en forma desfavorable el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el Oficio que antecede.

1.4. 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 percibe el demandante Iván Aguirre Benavides 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 1º de enero de 2013 hasta que se haga efectivo el reconocimiento y pago total de la obligación.

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

1.6. 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 Iván Aguirre Benavides, sostiene una relación legal y reglamentaria con la Fiscalía General de la Nación, ejerciendo el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cali.

2.2. 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 tiene derecho el actor.

2.3. Que el demandante realizó 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 el oficio No. SRAP-31000-252 del 16 de noviembre de 2017, negando el derecho invocado

2.4. Que contra la decisión anterior se interpuso el recurso de apelación y este fue resuelto en forma desfavorable por la administración mediante la Resolución No. 20561 del 22 de febrero de 2018.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Cita como normas violadas las siguientes:

Normas internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos

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.

Convenio 97 de 1949 de la OIT

Constitución Política artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 53, 55, 83, 93 209, 228 y 230.

Ley 54 de 1962

Decreto 1042 de 1978

Ley 16 de 1972

Ley 21 de 1982

Ley 50 de 1990

Ley 4 de 1992

Ley 270 de 1996

Ley 319 de 1996

Ley 411 de 1997

Ley 1496 de 2011

Acuerdo 06 de noviembre de 2012

Decreto 1092 de 2012

Explica el concepto de la violación, refiriendo las normas antes descritas y 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 violario 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

La entidad accionada, Nación – Fiscalía General de la Nación, contestó oportunamente la demanda¹, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y al respecto argumentó que los actos administrativos acusados se limitaron a señalar el cumplimiento de un deber legal que le impuso el legislador a la Fiscalía General de la Nación, a través del Decreto 0382 de 2013.

En este sentido, expuso que la entidad ha dado estricto cumplimiento al régimen salarial y prestacional que le resulta aplicable a los empleados de la Fiscalía General de la Nación, a fin de no vulnerar los derechos adquiridos, pues la norma es clara en determinar que la bonificación judicial únicamente constituirá factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Así mismo, expuso que la bonificación judicial creada mediante el Decreto 0382 de 2013, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, responde al desarrollo de las atribuciones que el orden jurídico le confiere al Legislativo y consecuentemente al Ejecutivo en relación con el tema del salario del trabajador, sin que dicha situación pueda considerarse vulneradora de normas constitucionales y legales.

Finalmente y en atención a los argumentos antes expuestos, propuso como excepciones de fondo las denominadas *“constitucionalidad de la restricción del carácter salarial, aplicación del mandato de sostenibilidad fiscal en el Decreto*

¹ Folios 34 a 54 del expediente.

0382 de 2013, legalidad del fundamento normativo particular, cumplimiento de un deber legal, cobro de lo no debido, prescripción de los derechos laborales, buena fe y genérica”.

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 06 de agosto de 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. 1083 del 19 de septiembre de 2018, resolvió declarar fundado el impedimento, por estar incurso en la causal contemplada en el artículo 141 numeral 1º del C. G. del P., razón por la cual mediante proveído del 22 de octubre 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 el día 02 de diciembre de 2019, en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno, se incorporaron las pruebas aportadas por las partes y al no haber pruebas por practicar el Juzgado dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran de manera escrita sus alegatos de conclusión.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante

El apoderado judicial de la parte demandante al momento de rendir sus alegatos de conclusión expuso que la ley 4ª en sus artículos 14 y 15, determina la forma de salario que deben percibir los empleados de la Fiscalía General de la Nación, así mismo refirió que lo solicitado se fundamenta en derechos constitucionales en especial el consagrado en el artículo 53 que prevé el principio de favorabilidad, el cual se debe resolver a favor del demandante, en razón a que no es justo que el Decreto 383 de 2013, determine que la bonificación judicial es factor salarial para efectuar los descuentos para salud y pensión y que no sea factor salarial para el aumento de las demás prestaciones o emolumentos que perciben los empleados o funcionarios. Seguidamente, hizo referencia a diversas providencias proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para lo cual solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda.

6.2. Parte demandada

La apoderada judicial de la Fiscalía General de la Nación, se ratificó en los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda, así como también en las excepciones propuestas.

6.3. Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público emitió concepto solicitando que se acceda a las pretensiones de la demanda, en uso de la facultad prevista en el artículo 278 del CPACA y se inaplique por inconstitucional la expresión contenida en el Decreto 382 de 2013, toda vez que viola los preceptos constitucionales previstos en el artículo 53 que señala que hay una irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los cuales deben ser protegidos en este caso, dado que la Ley 4ª de 1992, fue clara en señalar en su artículo 2º que en ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales del

trabajador y siendo este caso la bonificación judicial una prestación que se percibe de manera periódica e ininterrumpida por el actor, la misma debe tenerse en cuenta no sólo para efectos del sistema de seguridad social en salud y pensiones, sino también como lo ha señalado el Consejo de Estado, para efectos de liquidar las prestaciones sociales del trabajador.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Presupuestos de la Acción

Capacidad jurídica de las partes

El demandante compareció por conducto de apoderada 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 a folio 55 del expediente.

Caducidad de la Acción

En el presente proceso no opera el fenómeno jurídico de la caducidad, como quiera que mediante Resolución No. 2-0561 del 22 de febrero de 2018, la Fiscalía General de la Nación resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el oficio que le negó el derecho reclamado y la solicitud de conciliación fue radicada ante la Procuraduría 18 judicial I para asuntos administrativos el 15 de junio de 2016² y la demanda fue radicada el día 07 de mayo de 2018³, estando dentro del término de caducidad que establece la ley en el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

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 este juzgador que el mismo se encuentra satisfecho con el acta que obra a folio 7 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 la parte demandante y resuelto por la administración mediante la Resolución acusada.

7.2. Presupuestos de la demanda

Competencia

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

² Folio 7 del expediente.

³ Folio 64 y 65 del expediente.

155 del CPACA.

Demanda en forma

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

7.3. Problema jurídico

Consiste en establecer si el señor IVÁN AGUIRRE BENAVIDES tiene 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. Del caso en concreto.

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 Republica 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 *ibídem* 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;** (Negritas 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 Estado⁴:

“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

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación 25000-23-25-000-1998-48045-01 de noviembre 21 de 2002, M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

trabajo. En efecto:

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, prohija 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"⁵ 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

⁵ Decreto 1042 de 1978, artículo 42.

Sobre el **principio constitucional de a trabajo igual salario igual y eficacia de los derechos a la igualdad y al trabajo digno**, señaló Corte Constitucional⁶ lo siguiente:

“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 (2.016) 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.*

⁶ Corte Constitucional Sentencia T-833/12

*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**”⁷*

*(...) 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**”⁸*

(...) Ahora bien, para dar aplicación al principio de favorabilidad, ha dicho la Corte⁹ 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 cinco (5) de noviembre de dos mil catorce (2.014), 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 social***¹⁰.

*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 propugnar por generar una efectividad en la ampliación de los beneficios y la creación de garantías más favorables para la población*¹¹.

16. De esta manera, el Estado tiene el deber de no

⁷ Sentencia T-631/02 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁸ Sentencias T-001/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-800/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

⁹ Sentencia T-599/11 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

¹⁰ Corte Constitucional. T-950/2010. Nilson Pinilla Pinilla.

¹¹ Corte Constitucional. T-166/2010. Gabriel Eduardo Mendoza.

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 disminución¹²” (...)

En conclusión, la bonificación establecida por el artículo 1º del Decreto 382 de 2013, resulta ser 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 providencia¹³, 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

¹² Corte Constitucional. C-566/2009. Humberto Sierra Porto.

¹³ 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

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.

(...)

*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) Caso Concreto

De la parte considerativa del Oficio No. SRAP-31000-252 del 16 de noviembre de 2017 (folio 2), se logra extraer que el señor Iván Aguirre Benavides, labora para la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito Especializados de Cali.

Así mismo de los argumentos expuestos por la entidad accionada en los actos administrativos demandado, se observa que la Fiscalía General de la Nación le 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.

Al respecto, observa el Despacho de la normativa y análisis antes realizado así como de la jurisprudencia del Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, 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 del demandante.

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 Parágrafo 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 de los actos administrativos acusados y ordenar entonces la reliquidación y reajuste de las prestaciones sociales del demandante 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 jueces¹⁴ 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 del hoy demandante.

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 el señor **Iván Aguirre Benavides** tiene 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.

¹⁴ Tal como así lo dispone el artículo 148 del CPACA

PRESCRIPCIÓN

En lo que corresponde a la “*prescripción trienal*”, se tiene que ésta se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, el cual en su artículo 102 establece que: “*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*”.

En virtud de lo anterior, observa que en el caso *sub-examine* no tiene lugar su declaratoria, como quiera que entre la fecha en que fue expedida la Resolución No. 2-0561 del 22 de febrero de 2018, por medio de la cual se resolvió en forma desfavorable un recurso de apelación contra el Oficio No. SRAP-31000-252 del 16 de noviembre de 2017, y la fecha de presentación de la demanda, 27 de julio de 2018¹⁵, no había transcurrido más de tres (3) años de que trata la norma antes referida.

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:

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

En donde R es el valor presente que se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es la diferencia entre lo que venía percibiendo las demandantes por concepto de prestaciones sociales sin inclusión de la bonificación judicial como factor salarial y el reajuste ordenado en esta providencia, desde el 1º de enero de 2013¹⁶, por el 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 3º del artículo 192 concordante con el artículo 195 del CPACA.

8. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “*dispondrá*” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2019¹⁷ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si

¹⁵ Folios 18 reverso y 19 del expediente.

¹⁶ Fecha a partir de la cual se hizo el reconocimiento de la bonificación judicial contemplada en el Decreto 382 de 2013.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019): (...) En el numeral quinto de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandada. Al respecto,

en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

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:

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional el artículo 1º 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*”.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. DSRAP-31000-252 del 16 de noviembre de 2017, proferido por la Subdirectora Seccional de Apoyo de la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual se niega la solicitud del demandante **IVÁN AGUIRRE BENAVIDES**, identificado con cedula de ciudadanía No. 6.401.571, sobre el reconocimiento de la bonificación judicial con carácter salarial para todos los efectos legales

TERCERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 2-0561 del 22 de febrero de 2018, proferida por la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se resolvió en forma desfavorable un recurso de apelación y se confirmó en todas sus partes la decisión contenida en el Oficio No. DSRAP-31000-252 del 16 de noviembre de 2017.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la Fiscalía General de la Nación, reconocer y pagar al señor **IVÁN AGUIRRE BENAVIDES**, identificado con cedula de ciudadanía No. 6.401.571, desde el **1º de enero de 2013** 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.

QUINTO: 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 del demandante, 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

la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. (...)

(Vh), que es la diferencia entre lo que venía percibiendo las demandantes por concepto de prestaciones sociales sin inclusión de la bonificación judicial como factor salarial y el reajuste ordenado en esta providencia, desde el 1º de enero de 2013, por el 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.

SEXTO: 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 ibídem.

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

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

NOVENO: ARCHIVAR 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

Lcms.