

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, dieciséis (16) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 73001-33-33-006-2020-00216-00
Demandantes: EDGAR LOZANO ROMERO Y OTRO
Demandada: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

A través de apoderado judicial, los señores EDGAR LOZANO ROMERO y YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauraron demanda en contra de la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por medio de la cual pretenden que se inaplique el artículo 1 del Decreto 0382 del 06 de marzo de 2013, modificado por el Decreto 022 del 09 de enero 2014 párrafos finales que establecen “(…) y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”, por considerarlo ilegal e inconstitucional. A su turno, que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio número 31500-2666 de fecha 30 de julio de 2019, así como la declaratoria de existencia de un acto administrativo ficto negativo, producto del silencio de la administración, consistente en no desatar el recurso de apelación en contra del mencionado acto, así como la nulidad del mismo.

ANTECEDENTES

Los demandantes promovieron el medio de control referenciado, ante los jueces administrativos de Ibagué, habiéndole correspondido por reparto al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, el 14 de octubre de 2020, teniéndose que, mediante providencia del 22 de octubre de 2020, la titular del Despacho Dra. Juanita del Pilar Matiz Cifuentes se declaró impedida. Posteriormente en auto del 11 de marzo de 2021, el Tribunal Administrativo del Tolima aceptó el impedimento manifestado y declaró separados del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos del Circuito de Ibagué.

En diligencia realizada el 06 de julio de 2021, por parte del Tribunal Administrativo del Tolima, se llevó a cabo el sorteo para ejercer como Juez Ad-Hoc, siendo designado el Dr. Juan Manuel Aza Murcia.

HECHOS DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos:

1. Su poderdante EDGAR ALEJANDRO LOZANO FORERO, presta sus servicios en la Fiscalía General de la Nación desde el 2006-08-10. A la fecha de la presentación de la demanda, su poderdante ocupa el cargo de TECNICO INVESTIGADOR II.

2. Su poderdante YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA presta sus servicios en la Fiscalía General de la Nación desde el 13 de junio de 1997. A la fecha de la presentación de la demanda, su poderdante ocupa el cargo de ASISTENTE DE FISCAL IV.
3. Sus poderdantes han permanecidos vinculados a la Nación, Fiscalía General de la Nación de manera continua y permanente durante todo este lapso de tiempo, desempeñando las labores con los más altos estándares de calidad, mostrando un desempeño ejemplar y eficiente.
4. Sus poderdantes fueron favorecidos por el Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014, por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones, que desde el 01 de enero del año 2013 se inició el pago de las bonificaciones establecido en el mencionado decreto, sin embargo, esta bonificación no ha sido tomada en cuenta como factor prestacional salvo en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión.
5. La bonificación judicial es recibida de forma mensual por parte de sus poderdantes, por lo que se considera que es habitual, y de acuerdo a los últimos pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado y de la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, han indicado que todo lo que reciba el trabajador de forma permanente o habitual constituye salario y hace parte integral del mismo, por lo que dicha bonificación debe ser incluida en la liquidación de todas las prestaciones sociales.
6. Se realizó reclamación administrativa ante la Fiscalía General de la Nación – Talento Humano, mediante oficio No. derecho de petición con radicados No. 20190140242072 y 20190140242082 del 11 de julio de 2019, con el fin de que se les reconociera y pagara la reliquidación de las prestaciones sociales por la no inclusión en su liquidación de la bonificación judicial.
7. Posteriormente la Fiscalía General de la Nación procedió a dar respuesta mediante oficio No. 31500-2666 del 30 de julio de 2019, negando lo peticionado.
8. Contra la decisión relacionada en el oficio enlistado anteriormente, se interpuso recurso de apelación ante el Jefe Departamento de Personal mediante oficio radicado 20190140344242 del 01 de octubre de 2019. A la fecha de la presentación de la demanda, la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN no ha dado respuesta, constituyéndose la existencia del silencio administrativo negativo.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos que anteceden, incoa como pretensiones:

PRIMERA: Que se proceda a inaplicar por inconstitucional 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, modificado por el Decreto 022 de 2014.

SEGUNDA: Que previa inaplicación de 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, se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el en el oficio radicado 31500-2666 del 30 de julio de 2019 con el cual se niegan las pretensiones solicitadas en los derechos de petición con radicado No. 20190140242072 del 11 de julio de 2019 y 20190140242082 del 11 de julio de 2019.

TERCERA: Que previa inaplicación de 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, se declare la existencia del silencio administrativo negativo por la omisión de Fiscalía General de La Nación de no dar respuesta, ni notificar la decisión al recurso de apelación interpuesto con radicado No.20190140344242 del 01 de octubre de 2019.

CUARTA: Qué como consecuencia de la declaratoria de la existencia del silencio administrativo negativo, se proceda a declarar la nulidad del acto ficto presunto.

QUINTA: Que como consecuencia de la declaración de nulidad tanto del acto administrativo contenido en el oficio radicado 31500-2666 del 30 de julio de 2019, como del acto ficto presunto y a título de restablecimiento del derecho ordénese a la Fiscalía General de la Nación, reconocer que la bonificación judicial que percibe mi mandante es constitutiva de factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas y las que se causen a futuro, y en consecuencia, pague a mi mandante el producto de la reliquidación de todas sus prestaciones sociales debidamente indexadas, a partir del 1 de enero del año 2013 hasta que se haga efectivo el reconocimiento del pago.

SEXTA: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordene dar aplicación a los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 del 2011.

SÉPTIMA: Sean pagadas las costas y agencias en derecho que resultaren del proceso, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera que con la expedición del acto administrativo demandado, se están vulnerando las normas contenidas en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 49, 53, 55, 83, 90, 93, 209 y 228 de la Constitución Política; Ley 21 de 1992, 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, ley 1437 de 2011, ley 1755 de 2015; el Acuerdo del 06 de noviembre de 2012, el Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 1092 de 2012.

Solicitó que se tenga en cuenta el Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014, pues dicho decreto mantiene la desigualdad respecto a que la bonificación judicial solo será tomada en cuenta para la liquidación de los aportes al Sistema General de Pensiones y de Seguridad Social en Salud, siendo esto contrario a los postulados del artículo 53 superior y sobre las normas del Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 127 C.S.T, que establece que las bonificaciones habituales también constituyen salario.

Hizo referencia a cada una de las normas enlistadas, de lo que concluyó que la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN quebranta cada uno de estos preceptos, por cuanto desmejora y reduce el salario y prestaciones laborales del accionante como empleado de esa entidad, con pleno desconocimiento de los principios de progresividad, remuneración vital y móvil proporcional al trabajo y de prohibición a reducir sus garantías mínimas laborales.

Citó los apartes jurisprudenciales que considera aplicables al caso concreto proferidas tanto por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, aunado a los tratados internacionales suscritos en materia de garantías laborales, específicamente en lo que a la noción de salario se refiere, con la finalidad de acreditar que, la bonificación judicial creada mediante el Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, debe ser incluida en un 100% como factor salarial para efectos de la liquidación de todas las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales percibidos por los demandantes.

De igual manera, se apoya y utiliza como fundamento de sus pretensiones, el fallo proferido por el juzgado 19 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá de fecha 21 de junio de 2017, en el cual procede a incluir dentro de la liquidación de las prestaciones sociales la bonificación judicial, como factor salarial, como también el fallo de fecha 17 de julio de 2017, proferido por el juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, en el cual procedió a incluir la BONIFICACION JUDICIAL, dentro de la liquidación de las prestaciones sociales del Señor AUDIEL OSPINA DEVIA.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN contestó la demanda de la referencia, actuando por intermedio de apoderada judicial, Dra. Angelica Maria Liñan Guzmán dentro del término legal concedido, indicando lo siguiente frente a los hechos descritos en la demanda:

Con respecto a las pretensiones formuladas por la parte demandante, manifestó que se opone a la prosperidad de todas y cada una de ellas, por carecer de fundamentos facticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad, solicitando que las mismas sean despachadas de manera desfavorable, por cuanto los actos demandados 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.

Manifestó que la Entidad que representa, ha dado estricto cumplimiento, respecto al acogimiento del régimen salarial y prestacional permitido a través de los Decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional, para los empleados de la Fiscalía, a fin de no vulnerar los derechos adquiridos.

La entidad expuso como argumentos de defensa:

La Bonificación Judicial se creó para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que a la puesta en vigencia del Decreto No. 0382 de 2013 se estuvieran rigiendo salarial y prestacionalmente por lo establecido en el Decreto No. 53 de 1993 y consecuentemente por el Decreto No. 875 de 2012, o por las normas que lo llegaren a modificar o a sustituir, es decir, solo para esta clase de funcionarios.

Resaltó que la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013, norma que se solicita inaplicar, responde a un **proceso de negociación laboral** adelantado con los representantes de las agremiaciones sindicales de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, quienes estuvieron de acuerdo con su naturaleza de factor salarial únicamente para la *“base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud”*.

Consideró que el hecho de que la bonificación judicial del artículo 1° del Decreto 382 de 2013 no se constituya como factor salarial sino únicamente para la base de cotización al sistema al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en salud, no puede ser considerado ilegal ni tampoco como un indebido ejercicio de las competencias del Ejecutivo Nacional.

Concluyó que el artículo 2° del Decreto 382 de 2013 lejos de vulnerar los derechos de los funcionarios, se ajustan con rigor a nuestros bloques de constitucionalidad y legalidad, así como al Acuerdo realizado con los representantes de las organizaciones de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

Afirmó que resulta improcedente incluir la bonificación judicial como un factor a tener en cuenta dentro de la base de liquidación de las prestaciones sociales y emolumentos laborales recibidos por los funcionarios de la Entidad, pues ello conllevaría directamente una modificación a las normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los servidores, sin que en su contra se haya dictado norma posterior que las derogue o sentencia que declare su inconstitucionalidad o ilegalidad, es decir que a la fecha cuentan con plena presunción de legalidad, y en consecuencia no es válido afectar su integralidad normativa.

Por tanto, precisó que la Fiscalía General de la Nación, solo está actuando en cumplimiento de un deber legal, acatando textualmente lo que dice la norma en cuanto a que *“Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10° de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”*.

Propuso las siguientes excepciones: “constitucionalidad de la restricción del carácter salarial”; “prescripción de los derechos laborales”; “cumplimiento de un deber legal”; “cobro de lo no debido”; y “buena fe”.

TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES

Según constancia secretarial del 01 de abril de 2022, la cual reposa en el expediente, se evidencia que venció en silencio el término de traslado para que la parte demandante se pronunciara sobre las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada; conforme el artículo 175 parágrafo 2 del C.P.A.C.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Según constancia secretarial, el 17 de mayo de 2022, **venció en silencio** el traslado para que las partes y el Ministerio Público, presentaran escrito con alegatos de conclusión (Art 181 C.P.A.C.A).

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en la disposición prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que permite que toda persona que se considere lesionada en un derecho subjetivo pueda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular y se le restablezca su derecho.

En ese orden de ideas, conforme al artículo 155 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Juzgado Administrativo es competente para conocer del presente asunto.

PROBLEMA JURÍDICO

Tal y como se indicó en auto del 28 de abril de 2022, el problema jurídico en el presente asunto consiste en establecer si ¿Debe reconocerse a los accionantes la bonificación judicial como factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas y las que se causen a futuro mientras mantengan vinculados, pagando a los demandantes el producto de la reliquidación de todas sus prestaciones sociales debidamente indexadas, a partir del 1 de enero del año 2013 hasta que se haga efectivo el reconocimiento del pago y, mientras se mantengan vinculados a la Rama Judicial dentro de los términos del Decreto 382 de 2013?

Previamente a resolver el fondo del asunto, el Despacho se pronunciará frente a la oportunidad de la demanda y a las excepciones propuestas por la entidad accionada.

Constitucionalidad de la restricción del carácter salarial.-

El Despacho considera que 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”, es una exclusión irracional y violatoria de los principios y garantías constitucionales tales como los artículos 4, 25 y 53 de la Constitución Política, en cuanto desconoce la protección especial del trabajo a los servidores de la Fiscalía General de la Nación y, la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En consecuencia, no se declara probada la excepción de *Constitucionalidad de la restricción del carácter salarial*, y 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, debido a que contrarían postulados constitucionales.

Prescripción de los derechos laborales.-

Observa el Despacho que es procedente en esta etapa, estudiar la prescripción como forma de extinguir un derecho sustancial y según el criterio fijado por la Honorable Corte Constitucional¹, la misma cumple funciones sociales y jurídicas invaluable, por cuanto contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales.

¹ Sentencia C-381/00

A partir de lo anterior, es necesario precisar que la Constitución Política, en los artículos 25 y 53 establece la protección del derecho al trabajo y como tal la existencia de unas condiciones mínimas que garanticen la dignidad del trabajador.

Es por ello que existe una gama de leyes sociales que son ampliamente favorables al trabajador, considerado la parte débil dentro de la relación laboral, pero también dichas disposiciones buscan garantizar la seguridad jurídica.

En tal sentido, se concede al trabajador la oportunidad para reclamar todo derecho que le ha sido concedido pero imponiendo un límite temporal, el cual una vez transcurrido hace presumir que no le asiste ningún interés en el reclamo, puesto que no ha hecho ninguna manifestación dentro de la oportunidad que razonablemente le fue otorgada. En consecuencia y una vez transcurrido el lapso otorgado por el legislador para efectuar el reclamo, bien puede el empleador proponer la excepción de prescripción extinguiendo de esta forma el derecho del empleado.

Así las cosas, tenemos que el decreto 3135 de 1968, artículo 41 dispone:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

A su vez, el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, señala:

“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.”

De lo anterior se puede inferir, que el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y que la interrupción se presenta en un lapso igual contados desde presentación de la reclamación administrativa. En este caso, el derecho a la Bonificación judicial se hizo exigible desde el 1° de enero de 2013, por ende, el interesado contaba con 3 años para demandar el reconocimiento del derecho, en caso de que la entidad requerida sea renuente a dar respuesta a la misma, so pena de activarse el fenómeno prescriptivo, y de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo.

En el caso que nos ocupa, tenemos que los demandantes solicitaron el reconocimiento de la bonificación judicial el 11 de julio de 2019, es por esto, que en aplicación del fenómeno prescriptivo, debe sólo tenerse en cuenta los derechos reclamados con tres años de anterioridad a la radicación de la petición, razón por la cual los derechos del peticionario se reconocerán a partir del 11 de julio de 2016,

hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y subsiguientes, mientras se mantenga vinculado a la Rama Judicial.

Conforme a lo anterior, se procederá a declarar la prescripción de todos los derechos de los poderdantes, con anterioridad al 11 de julio de 2016.

Cumplimiento de un deber legal.-

Se aclara que en el caso en concreto, no es la calificación que hace el legislador lo que determina si un factor es salario, sino la naturaleza habitual y remuneratoria del mismo; por lo que la demandada desconoce el efecto útil de la norma con el cual fue concebida. Por lo que no se declarará probada esta excepción propuesta.

Cobro de lo no debido.-

Si bien es cierto que la Entidad demandada ha venido cancelando mensualmente la bonificación judicial a los demandantes, también es cierto que la misma no ha sido tenida en cuenta por parte de la Fiscalía, para el cálculo de las prestaciones que se desprenden de la relación legal y reglamentaria sostenida entre ambos, salvo en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión. Por lo que es claro, que al ser un pago habitual, ésta debe ser considerada con carácter salarial, y por ende a la Entidad le corresponde pagar las diferencias entre lo percibido hasta el momento y los valores resultantes al incluir la bonificación judicial para la liquidación de las prestaciones. Así las cosas, esta excepción no está llamada a prosperar.

Buena fe.-

Respecto a este principio, la Corte Constitucional ha dicho:

“El principio de la buena fe parte del supuesto ético de que en general los hombres proceden de buena fe: es una regla que se presume. La ruptura de este principio, es decir la actuación de mala fe, cuando media una relación jurídica, es contraria al orden jurídico y sancionada por éste.”

Lo que demuestra que al momento que la Entidad demandada actuó en contra del ordenamiento jurídico, ya sea constitucional, doctrinal, y jurisprudencial, se configura un rompimiento del principio de la buena fe. Por lo que no se declarará probada esta excepción propuesta.

ANÁLISIS PROBATORIO

Dentro del expediente obran los documentos que se relacionan a continuación:

- Poder del señor EDGAR LOZANO ROMERO al abogado GABRIEL FUENTES RAMIREZ (págs. 9-10 archivo no. 02 del E.D.)
- Poder de la señora YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA al abogado GABRIEL FUENTES RAMIREZ (págs. 11-12 archivo no. 02 del E.D.)
- Reclamación administrativa de la poderdante YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA ante la entidad demandada de fecha 11 de julio de 2019. (págs. 13 - 16 archivo no. 02 del E.D.)

- Reclamación administrativa del poderdante EDGAR LOZANO ROMEROA ante la entidad demandada de fecha 11 de julio de 2019. (págs. 17 - 20 archivo no. 02 del E.D.)
- Oficio número 31500-2666 del 30 de julio de 2019, el cual da respuesta negativa a los derechos de petición interpuestos por los demandantes el 11 de julio de 2019. (págs. 21 - 25 archivo no. 02 del E.D.)
- Recurso de apelación contra el oficio número 31500-2666 del 30 de julio de 2019. (págs. 26 -30 archivo no. 02 del E.D.)
- Constancia de servicios prestados de la señora YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA. (pág. 31 archivo no. 02 del E.D.).
- Comprobante de nómina de la señora YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA. (pág. 32 archivo no. 02 del E.D.).
- Copias de liquidaciones periódicas de la señora YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA. (págs. 33-35 archivo no. 02 del E.D.).
- Constancia de servicios prestados del señor EDGAR LOZANO ROMERO. (pág. 37 archivo no. 02 del E.D.).
- Comprobantes de nómina del señor EDGAR LOZANO ROMERO (págs. 38 - 39 archivo no. 02 del E.D.).
- Copias de liquidaciones periódicas de la señora YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA. (págs. 40-41 archivo no. 02 del E.D.).

De lo anterior, se concluye que la bonificación judicial devengada por los poderdantes ha sido pagada mensualmente y de manera periódica, sin que se incluya como factor salarial en la liquidación de sus prestaciones sociales y únicamente se tome en cuenta como tal, al momento de efectuar la cotización al sistema de seguridad social en salud y pensión.

CUESTION DE FONDO

Se permite traer como preceptos normativos aplicables al caso, los siguientes:

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 150 numeral 19 literal e), consagra como atribución del Congreso de la República, lo siguiente: "*e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;(…)*"; por lo anterior se expidió la Ley 4 de 1992, en la que se dispuso:

"ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

(…)

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la fiscalía general de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;(..)".

En virtud de ello, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 52 de 1993 "*Por el cual se fija la escala de remuneración para los empleos de la Fiscalía General de la Nación y del Instituto Nacional de Medicina Legal y de Ciencias Forenses y se dictan otras disposiciones en materia salarial*", estableció que sus disposiciones se aplicarían a los servidores

públicos de la Fiscalía General de la Nación que no optaran por el régimen especial establecido en desarrollo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y para los funcionarios y empleados del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

BONIFICACIÓN JUDICIAL DE LOS SERVIDORES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

Por su parte, el Gobierno Nacional, en desarrollo del mandato establecido en la Ley 4 de 1992 expidió el Decreto 382 de 2013 "Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", este consagró el régimen salarial y prestacional para quienes se vincularán a la entidad con posterioridad a su entrada en vigencia y son precisamente los trabajadores a quienes se les aplica este último régimen salarial quienes a partir del año 2013, en virtud de la expedición del Decreto 0382 de 2013, se encuentran percibiendo la bonificación judicial.

Dicho Decreto en su Artículo 1º reza así:

"Artículo 1. Crease para los servidores de la fiscalía general de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 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.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio..."

Por otra parte, el artículo segundo de la misma norma dispuso:

"ARTÍCULO 2º. Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y que continúan con el régimen del Decreto 839 de 2012 y las disposiciones que lo modifican o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el decreto 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio."

Así se tiene que, la bonificación judicial creada en favor de los servidores de la Fiscalía General de la Nación como un emolumento que se reconoce mensualmente, únicamente constituye factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, es decir, fue voluntad del Gobierno Nacional excluirla como factor salarial para la liquidación de las otras prestaciones sociales percibidas por los servidores de dicha entidad estatal.

Sin embargo, es posible afirmar que la Bonificación Judicial de que trata el Decreto 382 de 2013, constituye salario, en contravía de lo establecido en la norma señalada, toda vez que dicha retribución ha sido percibida por los demandantes de manera habitual y periódica (mensualmente) como contraprestación directa de sus

servicios, tan es así que sobre dicho valor se efectúan cotizaciones mensuales dirigidas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de lo que se desprende que dicha bonificación se debe tomar como factor salarial al momento de liquidar la pensión correspondiente.

Por otra parte, conforme con lo establecido en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para la expedición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. En virtud de lo anterior, el 18 de mayo de 1992 se expidió la ley 4ª, convirtiéndose de esta manera en la ley marco para que el señor presidente de la República fijara el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

Los decretos reglamentarios expedidos con fundamento en la Ley 4ª de 1992, por los cuales se regula, entre otras materias, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos pertenecientes a la Rama Judicial, deben estar acordes con lo dispuesto en las normas vigentes, porque de esa manera se respeta el orden jurídico, especialmente en lo que tiene que ver con la legalidad. Ello permite materializar aquellos postulados que imponen a la administración la obligación de obedecer la Constitución y la ley, haciéndose realidad que *“El acto administrativo no es un fin en sí mismo sino uno de los medios institucionales conferidos a la administración para llevar a cabo las políticas, programas y fines que la Constitución y la Ley establecen al Estado”* (Tron Petit & Ortiz Reyes, 2009, p. 75).

En este mismo sentido, y como quiera que el Decreto 382 de 2013, creó una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, resulta imperativo que dicho acto administrativo esté acorde con los fines constitucionales y legales del Estado. El referido decreto expedido por el presidente de la República, en uso de las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992, estableció una bonificación permanente reconocida mensualmente a los servidores públicos, constituyendo factor salarial únicamente para la base de cotización del Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora, si bien es cierto la Ley 4 de 1992 otorgó al Presidente de la República las facultades para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, también lo es que los actos administrativos proferidos en virtud de esa ley, deben estar encaminados a cumplir con los fines y propósitos de la Constitución y la ley y, en ese sentido, en tanto se regulan derechos laborales en el Decreto 382 de 2013, este debió estar sujeto a los principios normativos que desarrollan expresamente los elementos constitutivos de salario y los pagos que no constituyen salario, y no, como se hizo, simplemente disponer del derecho por mera liberalidad.

No se puede olvidar que los decretos reglamentarios, como es el caso del referido 382 de 2013, a la luz de lo expuesto por la doctrina, tienen la función *“de desarrollar y permitir la ejecución de las leyes, o de la regulación, teniendo por lo mismo sus enunciados, fuerza vinculante inferior a la de la ley”* (Quinche Ramírez, 2009, p. 135).

De esa manera, cuando un acto administrativo de carácter laboral (i) omite seguir los principios constitucionales referidos a la construcción de un orden justo, (ii) desobedece el bloque de constitucionalidad y los preceptos referidos a la

protección del trabajador y (iii) restringe el contenido y alcance de lo que se entiende por remuneración para todos los fines prestacionales, se está ante normatividad que debe ser considerada ilegal y, por ello, susceptible de control judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con miras a hacer prevalecer la Constitución y la ley.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el salario, según lo expone la jurisprudencia del Consejo de Estado, es *“toda suma que remunere el servicio prestado por el trabajador”* y que no hace parte de éste, *“(i) los pagos ocasionales y que por mera liberalidad efectúa el empleador, como bonificaciones (ii) los pagos para el buen desempeño de las funciones a cargo del trabajador, como el auxilio de transporte (iii) las prestaciones sociales y (iv) los beneficios o bonificaciones habituales u ocasionales de carácter extra legal si las partes acuerdan que no constituyen salario”* (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2011-00336, 2014).

Es válido afirmar que en línea con lo anterior, la bonificación judicial creada por el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, constituye salario en su integralidad, pues esta bonificación remunera el servicio como contraprestación del trabajo, todo esto, como lo ha pronunciado la Corte Constitucional cuando indicó que *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio”* (Corte Constitucional, C- 521, 1995).

El estudio del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, expedido en virtud de la Ley 4 de 1992, permite establecer que la bonificación judicial allí prevista, al limitar su alcance como salario solamente para las cotizaciones que se hacen al Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin que afecte la liquidación de las prestaciones sociales, que dicha normatividad se torne violatorio del principio de legalidad por desconocer que salario, para todos los efectos legales y prestacionales, incorpora remuneraciones permanentes como la prevista en el aludido decreto.

Y es que la norma transcrita creó una bonificación judicial que constituye salario de forma restringida, pues para la base de cotización del Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud es constitutivo de salario, pero para la liquidación de las prestaciones sociales no lo es, razón que convierte en ilegal dicha restricción. Visto lo anterior, se concluye que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 382 de 2013, expedido en virtud de la Ley 4 de 1992, tiene vicio de ilegalidad por no ajustarse a lo que la doctrina, la jurisprudencia y la Ley ha determinado como elementos constitutivos de salario.

Igualmente se tiene en cuenta el fallo proferido por el juzgado 19 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá de fecha 21 de junio de 2017, donde se incluye dentro de la liquidación de las prestaciones sociales la BONIFICACIÓN JUDICIAL como factor salarial, y se le asiste la razón al apoderado de la parte demandante al citar el caso del señor AUDIEL OSPINA DEVIA en el fallo de fecha 17 de julio de 2017, proferido por el juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, a quien en donde se incluye la BONIFICACIÓN JUDICIAL, dentro de la liquidación de sus prestaciones sociales.

De otro lado, la Constitución Política también dispuso que los convenios internacionales del trabajo, previamente ratificados y aceptados en debida forma, fueran parte de la legislación interna. De esa manera, según la teoría y la composición del bloque de constitucionalidad, los tratados y convenios

internacionales son también aplicables y de obligatorio cumplimiento, como parámetro de legalidad de las actuaciones del Estado, de tal forma que si no se aplican se estaría vulnerando la propia Constitución Política, pues la forma en la que se legitiman estos tratados y convenios internacionales son a través de la norma fundamental, pues para que las normas supra nacionales puedan ser convalidadas debe haber una compenetración jurídica donde los principios y valores constitucionales se vean salvaguardados (Londoño Ayala, 2010, p. 39- 43).

Ante este panorama, es necesario hacer alusión al concepto de salario, siendo pertinente traer a colación la sentencia SU-995 de 1999 de la Corte Constitucional, con Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, la cual se refirió al tópico, en los siguientes términos:

“A. Sobre el concepto de salario. Principio del bloque de constitucionalidad.

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados², sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"³.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en

² En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

³ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

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 éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que, por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir⁴, en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior." (Subrayado por fuera del texto)

Es conveniente precisar que, si bien el Código Sustantivo del Trabajo regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares, se estima que es necesario hacer mención del artículo 127, en virtud de que contiene de manera general los preceptos que deben tener las relaciones laborales con independencia de su naturaleza.

De manera análoga, la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, el 4 de diciembre de 2014 con radicado 11001-03-06-000-2014-00057-00(2205) y consejero Ponente Álvaro Namén Vargas, definió el concepto de salario y los criterios que permiten identificarlo, como se presenta a continuación:

"1. El concepto de factor salarial y los criterios que permiten identificarlo

Sea lo primero recordar que el Código Sustantivo de Trabajo no aplica a las relaciones laborales individuales de los empleados públicos, sin embargo, contiene una serie de principios y conceptos propios que rigen todas las relaciones laborales, independiente de su naturaleza. En este sentido interesa advertir sobre el contenido de las definiciones positiva y negativa de salario contenidas en este estatuto. Los artículos 127 y 128 delimitan el concepto de salario así:

4 Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

“Artículo 127. Elementos integrantes. (Modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990). El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”⁵

Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. (Modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990). El nuevo texto es el siguiente: No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”⁶.

La definición normativa que trae el Código Sustantivo del Trabajo sirve como criterio hermenéutico en todo lo relativo al régimen jurídico laboral del salario, contribuyendo a su delimitación⁷. Por tal razón, con el objeto de precisar la noción de salario y factor salarial, la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado retomó un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el particular había anotado:

“(…) El salario (…) aparece (…) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…)”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador

⁵ Texto original del Código Sustantivo del Trabajo: *“Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas comisiones o participación de utilidades”.*

⁶ Texto original del Código Sustantivo del Trabajo: *“Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX”.*

⁷ También es importante tener en cuenta que conforme al artículo 53 del Código Sustantivo de Trabajo los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. En esa medida gran parte de la definición del código respecto del concepto de salario es similar a la descripción de salario que trae la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio No. 95 sobre la protección del salario, ratificado el 7 de junio de 1963 que señaló: *“Artículo 1. 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.”*

en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece 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.”

(...)

*Según el artículo 42 ibidem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)”.*⁸

Dando alcance a la expresión “todos los factores que constituyen salario” señaló la Sección Segunda en la sentencia de unificación:

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que, a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002.

deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.”⁹ (Resalta la Sala).

Como se puede advertir del texto transcrito de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, la noción de salario que adoptó la Sección Segunda del Consejo de Estado aplicable a la relación legal y reglamentaria propia del vínculo del servidor público guarda similitud sustancial con la noción que se emplea frente a las relaciones laborales de carácter privado que describe el Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, la definición de factor salarial de la providencia corresponde a un concepto que se relaciona con la forma en que efectivamente se desenvuelven las relaciones laborales y resigna a un segundo plano la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal. Indica la sentencia de unificación que todo aquello que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario y recoge algunos emolumentos de los más paradigmáticos o frecuentes que sirven para ilustrar al lector, pero que no agotan la variedad de esquemas retributivos que pueden ser considerados dentro de dicha noción.

Se debe resaltar que conforme a la jurisprudencia el concepto de salario ha superado el ámbito jurídico, y lo ha extendido a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que la remuneración que recibe el trabajador no está comprendida, exclusivamente, por la retribución del servicio prestado al empleador, sino también por todos los beneficios, o contraprestaciones básicas para atender sus necesidades personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana¹⁰. Es así como en el campo del derecho administrativo laboral por cuenta del legislador y de las interpretaciones jurisprudenciales, se puede afirmar que existe un esquema de categorías retributivas que comprende innumerables formas de compensación económica del servidor público, razón por la cual corresponderá al desarrollo casuístico concretar cuáles de estas pertenecen a la noción de salario...

... La Sección Segunda del Consejo de Estado, como lo anuncia en el aparte de jurisprudencia de unificación transcrito, no desconoce la competencia que en materia salarial y prestacional corresponde, de manera privativa, exclusiva y concurrente al legislador y en segundo término al presidente de la República. Sin embargo, aclara que es posible que la denominación que el legislador le asigne a una determinada clase de prestación pueda no corresponder con su naturaleza, pues aun cuando dentro del marco legal preestablecido se señale que es una prestación social, el carácter de esta puede corresponder en realidad a la noción de salario.” (Subrayado ajeno al texto original).

De manera que, con lo expresado se puede colegir que son factores constitutivos de salario, aquellas sumas de dinero que de manera habitual y periódica perciba el trabajador como retribución directa de sus servicios “sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley” (Corte Constitucional, SU-995 de 1999) incluso, como lo determina el Código Sustantivo del Trabajo “sea cualquiera la forma

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C- 521 de 1995 y C-1218 de 2001, entre otras.

o denominación que se adopte”, en ese sentido, lo pueden ser las bonificaciones que se han percibido de manera periódica.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el salario, según lo expone la jurisprudencia del Consejo de Estado, es *“toda suma que remunere el servicio prestado por el trabajador” y que no hace parte de éste, “(i) los pagos ocasionales y que por mera liberalidad efectúa el empleador, como bonificaciones (ii) los pagos para el buen desempeño de las funciones a cargo del trabajador, como el auxilio de transporte (iii) las prestaciones sociales y (iv) los beneficios o bonificaciones habituales u ocasionales de carácter extra legal si las partes acuerdan que no constituyen salario”* (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2011-00336, 2014), se puede afirmar que la bonificación judicial creada por el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, constituye salario en su integralidad, pues esta bonificación remunera el servicio como contraprestación del trabajo, todo esto, como lo ha pronunciado la Corte Constitucional cuando indicó que *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio”* (Corte Constitucional, C- 521 de 1995).

Siendo así, el acto administrativo que creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la fiscalía general de la Nación, esto es, el Decreto 382 de 2013, en su artículo 1º, es violatorio del principio de legalidad, si tenemos que el referido principio comprende el apego al ordenamiento jurídico de todas las actuaciones administrativas, y la referida disposición no se sometió al derecho vigente. Por esa razón, se logra demostrar que la bonificación judicial allí prevista restringe el concepto de salario determinado por la ley, las normas internacionales ratificadas por Colombia y la jurisprudencia, pues el acto administrativo del Gobierno Nacional determinó que la bonificación judicial, para las cotizaciones que se hacen al Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud, si constituye salario, pero, para el pago y liquidación de las demás prestaciones no lo será.

CASO CONCRETO

Para el caso objeto de estudio se encuentra que, efectivamente conforme los certificados emitidos por la Nación – Fiscalía general de la Nación, de los pagos efectuados desde el 2013 se tiene que los señores EDGAR LOZANO ROMERO y YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA, han devengado la bonificación judicial mensualmente y de manera periódica, sin que se incluya como factor salarial en la liquidación de sus prestaciones sociales y únicamente se tome en cuenta como tal, al momento de efectuar la cotización al sistema de seguridad social en salud y pensión.

Lo anterior, en virtud de la previsión contemplada en el artículo 1 del Decreto 382 de 2013 por medio de la cual se crea la bonificación judicial que establece:

*" (...) 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." (Resaltado ajeno al texto original)*

Es así como se debe tener en cuenta que no se les han cancelado la totalidad de las acreencias laborales, pues, solo se les incluyó la bonificación judicial para efectos de determinar la base de liquidación del sistema de Seguridad Social en salud y pensión, sin que esta hubiese sido incluida para establecer la base de liquidación de las demás prestaciones sociales devengadas; por lo que será necesario que la demandada incluya la bonificación judicial como factor salarial.

Según sentencia reciente del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda, de fecha 06 de abril de 2022, Conjuetz Ponente Carmen Anaya de Castellanos con radicación 76001233300020180041401 (0470-2020), en la cual se resuelve el tema de Bonificación Judicial (Decreto 382 de 2013) – Reconocimiento mensual y carácter salarial de la bonificación judicial prevista para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación no acogidos al régimen salarial del Decreto 53 de 1993; la Sala llega a la conclusión que la Ley no hace discriminación alguna entre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, ya sean antiguos o nuevos; por lo que el beneficio que allí se ordena crear cobija a los acogidos y no acogidos al régimen del Decreto 53 de 1993 y establece lo siguiente:

“...consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales.”¹¹

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”

De igual manera indica que ha de aplicarse el principio de la norma más favorable, pues: *“...esta favorabilidad no solo es aplicable ante el conflicto que surge entre dos normas de distinta fuente formal del Derecho o incluso entre dos normas de la misma fuente de derecho sino también ante las diversas interpretaciones que puede admitir una norma que para el caso en concreto se refiere al régimen de los no acogidos, y el de los acogidos, la aplicación de la Bonificación judicial contenida en el decreto 382 de 2013, “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social”, de acuerdo a esto el operador judicial determina en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador.”*

¹¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Sub –Sección B – Sentencia de 22 de marzo de 2018. M. P. Luis Gilberto Ortigón Ortigón – Expediente 110013335025201400345-01 Dte. Pedro Fernando Gómez Núñez, entre muchas otras.

Continuando, en el medio de control de la referencia, tenemos que los señores EDGAR LOZANO ROMERO y YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA, a través de su apoderado, pretenden la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en el **oficio No. 31500-2666 de fecha 30 de julio de 2019**, expedido por el Subdirector Regional de Apoyo Centro- Sur Tolima de la Fiscalía General de la Nación, por el cual niega el reconocimiento y pago de la reliquidación de las prestaciones sociales que desde el año 2013 hasta la fecha han percibido los poderdantes, tomando el 100% de la bonificación judicial como factor salarial para todos sus efectos legales y no únicamente para el pago de seguridad social integral.

Así mismo, pretenden que se declare la existencia de un acto administrativo ficto negativo, derivado del silencio en que incurrió la demandada, en resolver el recurso de apelación presentado en contra de dicho acto administrativo, como también pretenden la nulidad absoluta del mismo.

Tomando como base los argumentos planteados y las consideraciones expuestas a lo largo de esta decisión, se tendrá que la bonificación judicial reconocida a los señores EDGAR LOZANO ROMERO y YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA, constituyen factor salarial, por lo que sus salarios y prestaciones deberán ser reliquidados con la inclusión de la referida bonificación, esto en virtud de la inaplicación por inconstitucionalidad y con efectos *inter partes* de las expresiones "*únicamente*" y "*para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", contenidas en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013.

En ese orden de ideas, se procederá declarar la nulidad del acto administrativo particular **oficio No. 31500-2666 de fecha 30 de julio de 2019**, expedido por el subdirector Regional de Apoyo Centro- Sur Tolima de la Fiscalía General de la Nación, Dr. Pedro Ariel Cubillos Ibatá.

Así mismo, teniendo en cuenta que a la fecha la entidad demandada no ha resuelto el recurso de apelación interpuesto, corresponderá dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, la configuración del silencio administrativo negativo frente al recurso de apelación interpuesto, por lo que así se decretará.

Como medida de restablecimiento se ordenará la reliquidación de las prestaciones sociales y demás emolumentos salariales de los señores EDGAR LOZANO ROMERO y YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA, con la inclusión de la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013, razón por la cual deberá pagar la diferencia resultante entre lo pagado y lo que se debió cancelar, teniendo en cuenta el valor que resulte de incluir la referida bonificación judicial.

ACTUALIZACIÓN DE LAS SUMAS.

Las diferencias prestacionales reconocidas tendrán los reajustes de ley. Igualmente, que el monto de la condena que resulte se ajustará, tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por los poderdantes por concepto de las condenas impuestas, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente al día de la exigibilidad de la obligación.

Sin costas por no darse los presupuestos exigidos en el artículo 188 del Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal, para el caso en concreto las expresiones “*únicamente*” y “*para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, referidas en el artículo 1 del Decreto 0382 de 2013, de conformidad con lo expuesto en precedencia. Por consiguiente, para el presente asunto la bonificación judicial constituirá factor salarial para la liquidación de todas las prestaciones sociales del actor.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de acto administrativo contenido en el oficio **No. 31500-2666 de fecha 30 de julio de 2019**, expedido por Pedro Ariel Cubillos Ibatá en calidad de Subdirector Regional de Apoyo Centro - Sur- Tolima de la Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la configuración del acto administrativo presunto negativo, derivado del silencio en que incurrió la entidad demandada, en desatar el recurso de apelación, ni notificar la decisión al recurso de apelación interpuesto con radicado No.20190140344242 del 01 de octubre de 2019, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo presunto negativo, derivado del silencio en que incurrió la entidad demandada, en desatar el recurso de apelación, ni notificar la decisión al recurso de apelación interpuesto con radicado No.20190140344242 del 01 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación - Fiscalía General de la Nación , a reconocer, reliquidar, reajustar y pagar a los señores EDGAR LOZANO ROMERO y YOLANDA MARIA BASTIDAS PANTOJA, desde el 11 de julio del año 2016 hasta la fecha de la sentencia y en adelante mientras permanezca vinculado, la suma que resulte como diferencia existente entre lo pagado hasta ahora y la reliquidación de todas sus prestaciones y emolumentos laborales, tales como primas, bonificaciones, cesantías y seguridad social, que se obtenga teniendo como base de liquidación incluyendo la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013 de su asignación básica legal. Lo anterior, teniendo en cuenta que operó el fenómeno de la prescripción trienal.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de: *“constitucionalidad de la restricción del carácter salarial”*; *“prescripción de los derechos laborales”*; *“cumplimiento de un deber legal”*; *“cobro de lo no debido”*; y *“buena fe”*.

SÉPTIMO: Las sumas que sean reconocidas como consecuencia de esta sentencia, serán actualizadas de acuerdo con el índice de Precios al Consumidor, según la fórmula expuesta.

OCTAVO: ORDENAR a la entidad demandada, a que dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término consignado en el artículo 192 del Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO: Sin costas.

DÉCIMO PRIMERO: Notificar a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN MANUEL AZA MURCIA
Juez Ad Hoc