



Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Despacho de Origen	Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena
Radicado	13001-33-33-008-2018-00284-00
Demandante	Sarahi Pájaro Herrera
Demandado	La Nación – Fiscalía General de la Nación
Tema	Reliquidación de prestaciones sociales con inclusión de la bonificación judicial
Sentencia No.	124

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y, no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Y DEL DERECHO**, interpuesto por la señora **SARAHÍ PÁJARO HERRERA** contra la **NACION- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

I.I. LA DEMANDA.

La parte actora, a través de apoderado judicial, presentó, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demanda contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, mediante la cual elevó las pretensiones y hechos que se narran seguidamente:

1. PRETENSIONES¹.

DECLARATIVAS:

“Que previamente se inaplique la frase “(...) y constituirá únicamente factor salarial para la base de la cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”, del Artículo 1º, del Decreto 0382 del 06 de Marzo de 2.013 y del artículo 1º, del Decreto 0022 del 09 de Enero de 2.014, la cual procede para este caso en particular tal y como se establece en la sentencia C-197 de Abril 07 de 1.999 de la Corte Constitucional, con ponencia del Honorable Magistrado Antonio Barrera Carbonell, “...la norma inaplicable por ser contraria a la constitución en forma manifiesta no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas...”.

2. Que se declare la nulidad del oficio No. 31400-20540-474 del 13 de abril de 2018, suscrito por el Jefe de la Subdireccion Regional de Apoyo Caribe - de la Fiscalía General de la Nación, por el cual se resuelve un derecho de petición.

¹ Folios 3 a 5 del documento “01DigitalizacionInicial” del expediente digitalizado.





3. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2 2417 del 25 de julio de 2018, suscrita por el Subdirector de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, por el cual se resuelve un recurso de apelación.

DE CONDENA:

1. Que se reconozca y pague a: SARAHI PÁJARO HERRERA, la "bonificación Judicial" señalada en el Decreto 382 de 2013, subrogado por el Decreto 0022 de 2014, como constitutiva de factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas, desde el momento de su creación, y las que se causen a futuro, y en consecuencia, se pague el producto de la reliquidación de sus prestaciones sociales debidamente indexadas, a partir del 1 de enero de 2013, y hasta que se haga efectivo el pago; con incidencia en la prima de servicios, prima de productividad, sueldo de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, por tal motivo, deberá incluirse en nómina y reliquidarse teniendo en cuenta como base de liquidación la "bonificación judicial" a pagar mensualmente por servicios prestados, por ende, se deberá tener como base la totalidad del salario sin ningún tipo de deducción desde el momento de su origen.

2.- Que una vez acceda al reconocimiento de la "bonificación Judicial" señalada en el Decreto 382 de 2013, subrogado por el Decreto 0022 de 2014, como factor salarial y prestacional, deberá reliquidarse la bonificación por servicio prestado teniendo en cuenta que estas constituyen el treinta y cinco por ciento (35%) del sueldo básico mensual, y teniendo en cuenta que el hecho generador del precepto jurídico citado es la nivelación salarial constituyéndose en un mismo factor salarial, es decir, un solo valor en conjunto de la asignación básica mensual.

3. Que se deberá seguir liquidando a mi mandante la "bonificación judicial" señalada en el Decreto 382 de 2013, subrogado por el Decreto 0022 de 2014, teniendo como base el cien por ciento (100%) de la remuneración básica mensual de cada año y como también todos los demás factores salariales y prestacionales, sin deducir o descontar dicha remuneración.

4. Que se pague la indexación monetaria de la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.

5. Que deberá incluirse en nómina y seguir pagando la "Bonificación judicial" señalada en el Decreto 382 de 2013, subrogado por el Decreto 0022 de 2014, como factor salarial y prestacional dejado de percibir por mi prohijado en conjunto con la asignación básica, la cual tendrá efectos directos y consustanciales en la prima de servicio, prima de productividad, sueldo de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

6. Pagar la indemnización moratoria por el no pago de la totalidad de las cesantías, al Fondo de cesantías seleccionado por el servidor público de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, esto es no haber consignado la totalidad de las cesantías, en tiempo.

Página 2 de 30





7. Que se debe AJUSTAR dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustancias del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011 - Y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.

8. Que se paguen los intereses corrientes y de mora por las sumas de dinero no pagadas en tiempo, sobre la base de las reliquidaciones efectuadas en virtud de los factores salariales y demás prestaciones enlistadas anteriormente.

9. Solicitar además la indexación, la condena en costas, y las indemnizaciones moratorias a que haya lugar.

2. HECHOS²

En la demanda, génesis del presente proceso, se expusieron los hechos que a continuación se resumen:

La demandante, es servidor público activo, vinculado a la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Profesional de Gestión III.

Con fundamento en el Decreto 0382 de 2013, subrogado por el Decreto 0022 de 2014, se creó la "bonificación judicial" para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, con aplicación al primero de (1) de enero de 2013, pagadera de forma mensual.

La actora, ha devengado una remuneración mensual por concepto de la llamada "bonificación Judicial", la cual no ha sido tomada en cuenta como factor salarial.

Mediante derecho de petición, solicitó a la Fiscalía General de la Nación, que le reliquidaran todos los factores salariales, teniéndole en cuenta la bonificación judicial.

La entidad demandada, mediante actos administrativos contenidos en el Oficio No. 31400-20540-474 del 13 de abril de 2018 y la Resolución 2 2417 del 25 de julio de 2018, negó la reliquidación de las prestaciones legales solicitadas, argumentando, que la bonificación judicial no constituye factor salarial conforme con los decretos señalados en dichos actos.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

En el acápite denominado FUNDAMENTOS DE DERECHO y NORMAS VIOLADAS se señalaron las siguientes normas que se consideran vulneradas:

Normas o Tratados Internacionales:

Convención Americana de Derechos Humanos la cual fue aprobada en el orden interno con la Ley 16 de 1972.

² Folios 7 a 13 del archivo "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado.

³ Folios 17 a 33 del archivo "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado.





Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en América de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador, Aprobado mediante la Ley 319 de 1996.

El convenio de la OIT Nro. 95 y 100, sobre la protección del salario 1949, igualdad de remuneración 1951, discriminación en materia de empleo 1958.

Convenio 151 de OIT.

Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica.

Constitucionales:

Artículos 1,2,4,5,6,9,13,25,29,53,55,83,93,209 y 228 de la Constitución Política de Colombia.

Legales:

Leyes 21 de 1982, 50 de 1990, 4 de 1992, 270 de 1996, 411 de 1997, 1496 de 2011, 54 de 1962, 16 de 1972 y 319 de 1996.

Reglamentarias:

Acuerdo del 6 de noviembre de 2012, Decretos 1042 de 1978 y 1092 de 2012.

3.1. Concepto de violación

Como concepto de la violación normativa, sostuvo que la accionante, recibe como contraprestación directa del servicio y a causa del vínculo laboral con el Estado, "la bonificación judicial", lo que conforme a la norma de derecho administrativo y de acuerdo con los principios constitucionales y tratados internacionales, constituye salario, independiente de cómo lo haya denominado el Gobierno Nacional, ello teniendo en cuenta, que dicho concepto establecido conforme a la realidad de los hechos y pruebas documentales, es retribuido de manera habitual, permanente, periódica y directa por el servicio prestado con la Rama Judicial, adicional a ello, dicha "bonificación judicial" ingresan a su patrimonio y tienen como causa inmediata el servicio prestado por el solicitante a la accionada y son reconocidos como causa del vínculo legal y reglamentario con la entidad.

Manifestó que, en sentencia del 28 de octubre de 1993, expediente No. 5244. Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, precisó que; "por asignación mensual debe entenderse no solo la remuneración básica mensual, sino todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, vale decir, todo lo que se devengue como retribución de sus servicios", en consecuencia, la "bonificación judicial" y la "bonificación por servicio prestado" constituyen salario y el cual tiene efectos directos en las prestaciones sociales devengas por la demandante, toda vez que es una retribución que se percibe como retribución de sus servicios, no es una mera liberalidad del empleador, es fruto del trabajo realizado por el trabajador. Concluyó que, el legislador, al definir los elementos que integran el salario, incluyó no





sólo la remuneración ordinaria sino todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, y en tal caso se entiende que no deja de serlo, aun cuando se convenga de esa manera por las partes.

Concluyó que la indemnización moratoria de las cesantías es una sanción a cargo del empleador moroso y en favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causen a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación parcial o definitivo del auxilio de cesantías, sobre lo cual la entidad ha hecho caso omiso al no pagarlo de forma completa, según lo devengado por el demandante.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

No obstante haber sido notificada de su admisión en debida forma, la Fiscalía General de la Nación, no contestó la demanda.

5. TRÁMITE PROCESAL

Habiéndole correspondido por reparto el presente proceso al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante providencia de 29 de enero de 2019 admitió la demanda.

Posteriormente mediante auto del 18 de junio del 2019 el Juez, declaró su impedimento para conocer del presente asunto, tras lo cual, por medio de auto del 21 de agosto del mismo año, el Tribunal Administrativo de Bolívar declaró fundado dicho impedimento y ordenó, a través de sorteo, la designación de un Juez Ad Hoc para que asumiera la competencia del proceso de marras.

Posteriormente, por auto del 25 de octubre de 2021, este Despacho avocó el conocimiento del proceso de la referencia.

Mediante auto del 28 de octubre del 2021, prescindió de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, fijó el litigio, incorporó las pruebas documentales aportadas con la demanda y ordenó correr traslado a las partes para alegar por escrito por el término de diez (10) días

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante**, por medio de su apoderado judicial, remitió escrito radicado el 17 de noviembre de 2021⁴, en el cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda y se ratificó en todas y cada una de sus pretensiones.

La **parte demandada**, por medio de su apoderada judicial la entidad demandada radicó escrito el 29 de octubre del 2021, en el cual afirmó que las disposiciones contenidas en el Decreto 0382 de 2013, son producto de la facultad legal que es otorgada al Gobierno Nacional en la Constitución Política de Colombia,

⁴ Documento "09AlegatosDemandante" del expediente digitalizado.





regidas a su vez por los criterios señalados por el Congreso de la República en la Ley 4ª de 1992, para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional de los servidores públicos, entre ellos, los de la Fiscalía General de la Nación, por lo que de manera formal esta disposición goza de plena validez y eficacia jurídica, encontrándose amparada por el principio de legalidad.

Que al realizarse el estudio correspondiente sobre el tema no se encontró aparte normativo alguno a nivel nacional en el que se indique que todo lo que devengue un trabajador tenga que hacer parte de la base de liquidación de todos los factores salariales y prestacionales que el mismo reciba, y realizado el estudio correspondiente sobre el tema no se encontró aparte normativo alguno a nivel nacional en el que se indique que todo lo que devengue un trabajador tenga que hacer parte de la base de liquidación de todos los factores salariales y prestacionales que el mismo reciba.

Concluyó señalando que la Fiscalía General de la Nación actúo en cumplimiento de un deber legal, al aplicar estrictamente lo regulado por el Decreto 0382 de 2013 y demás normas concordantes, pues no podría ser otro el obrar de la entidad que realizar el pago conforme a lo estipulado en el Decreto 382 de 2013, y consecuentemente emitir respuesta a los requerimientos de la parte actora conforme a la normatividad legal y constitucional del caso.

El Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Cartagena a decidir, previas las siguientes consideraciones:

1. COMPETENCIA

De conformidad con los artículos 155, 156 y 157 del CPACA, le corresponde a este despacho, conocer de este tipo de procesos.

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PCSJA21-11764 de 11 de marzo de 2021, creó unos cargos con carácter transitorio para tribunales y juzgados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a nivel nacional y en el artículo 4º. del acuerdo antes mencionado, se estableció que éstos juzgados resolverán de manera exclusiva, los procesos que se adelantan contra la Rama Judicial y otras entidades con régimen jurídico salarial y prestacional similar a ésta, y en particular, el Juzgado Administrativo Transitorio de Cartagena tendrá competencia sobre los siguientes circuitos administrativos del país: Barranquilla, Cartagena, San Andrés y Riohacha.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

El Despacho debe resolver el siguiente problema jurídico, a fin de concluir si deben concederse las pretensiones de la demanda y, de ser así, con qué alcance:





a) Determinar si se debe inaplicar la expresión “únicamente” incluida en los Decretos por medio de los cuales el Gobierno Nacional ha dictado normas sobre el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, en lo pertinente a la bonificación judicial creada por el Decreto 382, en armonía con la Ley 4 de 1992, como prestación no constitutiva de salario, al ser contraria a la Constitución y a la Ley.

b) Establecer si, de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso y si, en virtud de la inaplicación de la expresión “únicamente” antedicha, la señora SARAHI PÁJARO HERRERA tiene derecho a que la NACIÓN –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN le reconozca que la bonificación judicial tiene carácter de factor salarial, si se debe declarar la nulidad de los actos acusados y como consecuencia de ello, si se debe proceder con el reconocimiento, reliquidación y cancelación de todas y cada una de las prestaciones sociales, teniendo como base la bonificación judicial como factor salarial.

Para resolver el problema jurídico que ocupa a esta judicatura, es preciso estudiar los siguientes aspectos:

3. LA NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA NIVELACIÓN DE LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

El artículo 53 de la Carta 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.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”



Con relación al régimen salarial y prestacional del sector público, la Constitución Política de Colombia en su artículo 150 numeral 19 literal e, señala las funciones del Congreso así:

“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 la Fuerza Pública (...) (Negrillas fuera de texto)

En observancia del mandato superior que antecede, el Congreso fijó los criterios a los que debió ceñirse el Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos; expidiendo la Ley 4 de 1992, “*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de 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.*”, norma que en sus artículos 1º. Literal b); 2º. literal a), 4º. Y 14, dispone, entre otros, aspectos la regulación de la fijación del régimen salarial y prestacional de los distintos empleados públicos, entre ellos los de la Fiscalía General de la Nación; de la modificación salarial anual de estos; de la revisión de la remuneración de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de nivelarlos salarialmente, atendiendo a los criterios de equidad, así:

ARTÍCULO 1º.- *El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de: a. Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico; 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;*

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 se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;*

(...)”

Por su parte, el artículo 4º. ibídem preceptúa:





“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.”

Mientras que, el artículo 14 ibídem, dispone:

“ARTÍCULO 14. La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio, harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.

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” (Subrayado fuera del texto).

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

Fue la Ley 4 de 1992, en atención a la brecha salarial existente entre los magistrados de las altas cortes y los demás funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, entre otros, la encargada de ordenarle al Gobierno Nacional disponer lo necesario para efectuar la nivelación de la remuneración de estos. Habida cuenta el incumplimiento del Ejecutivo, los empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación iniciaron un cese de actividades que trajo, finalmente, como resultado, la expedición del Decreto 382 de 2013.

4. EL CONCEPTO DE SALARIO

A la luz del artículo primero del convenio 095 de la OIT, “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.”



Así mismo, de acuerdo al Convenio 100 de 1951 de la OIT, aprobado por el Congreso de la República en virtud 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 concepto de remuneración, debe darse el siguiente alcance:

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

Es evidente que, para la OIT, cualquier pago que recibe el trabajador o empleado durante la relación laboral, encaja dentro del concepto de remuneración, sin exclusión de ninguno de ellos, en el entendido que no es admisible que algunos pagos, como las denominadas prestaciones sociales, no sean remuneratorias del trabajo.

Para nuestra legislación laboral, conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, los elementos que integran el salario son los siguientes:

"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del 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."

De dicha norma se desprende el concepto de salario, el cual, ha sido definido en la ley laboral colombiana como la retribución por el servicio prestado, entendiéndose por tal, todo pago recibido del empleador que, además de tener un propósito retributivo, constituya un ingreso personal y habitual del empleado, es decir, todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, independientemente de la forma o denominación que adopte, constituye salario.

5. MARCO JURISPRUDENCIAL APLICABLE.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el concepto de salario, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Desde la expedición de la Ley 83 de 1931, se llama sueldo el pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debe hacerse por períodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario; se acepta como una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública. El salario, en cambio, es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., 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 (Decreto - ley 1042 de 1978, art. 42). Este concepto, aplicable a la relación legal y reglamentaria, propia del vínculo del servidor público, guarda similitud sustancial con la noción aplicable a las relaciones laborales de carácter privado cuando el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dice que 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 adopte. Lo cual permite afirmar que salario es la remuneración ordinaria o contraprestación directa de los servicios prestados por el servidor o trabajador, en una relación laboral de índole legal, reglamentaria o contractual".⁵

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto a la noción de salario, señala que:

"Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresa real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero, en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones..."⁶

También, la Corte Constitucional ha sentado como tesis, que la remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.⁷

Respecto a los factores que constituyen salario, el Consejo de Estado, ha señalado lo siguiente:

"La Sala considera que son todos los 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 y que difieran de los enunciados en la norma que solo se señalaron a título ilustrativo. Lo anterior, obedeciendo la pauta jurisprudencial sentada por esta Corporación de atar la pensión al salario, pues es válido tener en cuenta todos los factores que lo constituyen, es decir aquellas sumas que percibe el empleado de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé y si no han sido objeto de descuento por aportes pensionales, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social deberá realizar las deducciones pertinentes."⁸

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en torno a la definición de salario, así:

"En virtud del principio de primacía de la realidad, todo pago que reciba un trabajador como contraprestación por sus servicios constituye salario, salvo que corresponda a pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador. Por ministerio del mencionado postulado, el nombre que le asigne el empleador a un determinado rubro,

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Susana Montes De Echeverri, Bogotá, septiembre 11 de 2003, Referencia: Radicación: 1.518.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 521 de 1995.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T – 649 de 2013.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá 6 de abril de 2017, Rad. No.: 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16)





es irrelevante, pues las partes no pueden restarle connotación salarial a un pago que en realidad retribuye inmediatamente el servicio⁹

Sobre los principios constitucionales de a trabajo igual, salario igual y eficacia de los derechos a la igualdad y al trabajo digno, señaló la Corte Constitucional¹⁰ 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; (ñ) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos. De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la protección constitucional del principio de a trabajo igual, salario igual, tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor, como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral. Con todo, esa consagración constitucional no genera la procedencia general de la acción de tutela para lograr la satisfacción de esas posiciones jurídicas. En contrario, la admisibilidad del amparo es excepcional y depende que en el caso concreto se compruebe la ausencia de idoneidad de los mecanismos judiciales ordinarios, los cuales conservan la competencia general para asumir problemas jurídicos de esta índole"

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

"El principio de favorabilidad laboral como mandato constitucional

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

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

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

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 40907 del 20 de octubre de 2015.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-833/12





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

Sobre el principio de progresividad en materia laboral, la Corte Constitucional, en sentencia del 5 de noviembre de dos 2014, expediente T-4406447, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, indicó:

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

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

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

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

La del Decreto 382 de 2013, corresponde a una bonificación pagadera mensualmente, es decir, que es una redistribución habitual y obligatoria por el servicio prestado, elementos que, incontrovertiblemente, le dan la característica de un emolumento de naturaleza salarial, pues, además de tener un carácter remuneratorio del servicio, fue creada con el propósito de cumplir el mandato contenido en el Parágrafo del artículo 14 de la ley 4ª. de 1993, cuyo espíritu fue garantizar la nivelación de la remuneración de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, lejos de circunscribirse a que fuera tenida en cuenta como factor salarial únicamente para la cotización a la seguridad social en salud y pensiones.

Sobre la precisión hecha por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado acerca del concepto de salario, el Tribunal del Valle del Cauca, mediante la sentencia de segunda instancia No.135 del 24 de julio de 2020, Rad.76-001-33-33-020-2018-00184-00, M.P. ZANDRA CECILIA CAICEDO URREA, trajo a colación lo dicho por las Honorables corporaciones, en la Sentencia C-892 de 2009, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva y en la Sentencia del 11 de julio de 2013, Expediente 0102-12, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, respectivamente, posturas



que no admiten dudas en torno al tema en mención y que arrojan luces a este Despacho, de cara al proceso por decidir:

“La H. Corte Constitucional ha precisado que el salario cobija a las distintas modalidades de ingreso del trabajador, generadas por la retribución del servicio personal que presta al empleador. Esta definición excluye, por ende, otro tipo de ingresos laborales que no están dirigidos a retribuir dicho servicio, sino a asumir riesgos o gastos de otra naturaleza. Así, dentro de la categoría de pagos no constitutivos de salario quedan incorporados (i) las indemnizaciones que asume el patrono por daños o demás detrimentos que sufra el trabajador en el marco de la relación laboral; (ii) la remuneración del trabajador durante el descanso obligatorio (vacaciones y días no laborables de naturaleza legal y/o estipulados en el contrato respectivo); (iii) las sumas o bienes que recibe el trabajador con el fin de ejercer cabalmente sus funciones, como sucede con el auxilio de transporte de que trata la Ley 15/59, al igual que los demás conceptos que enlista el artículo 128 CST.; y (iv) aquellos montos que recibe el trabajador por simple liberalidad del empleador y no como contraprestación por el servicio personal que presta, según lo dispone el citado precepto del Código Sustantivo del Trabajo¹. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido enfática en precisar que el salario es una noción que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Al efecto, ha indicado que “cuando la Ley se refiere expresamente al salario como unidad de medida, todo pago que tenga un propósito retributivo, constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene naturaleza salarial” y “cuando se refiera al salario debe entenderse que todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual, tiene tal naturaleza o característica”². (Subrayado fuera de texto)

Este Despacho Transitorio, comparte el criterio del Honorable Tribunal del Valle del Cauca, al estimar que la disposición que trajo a la vida jurídica la bonificación judicial a que se contrae el Decreto 382 de 2013, es abiertamente inconstitucional en el entendido que solo constituye factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en pensiones y salud, puesto que deja a un lado principios que garantizan las prerrogativas de este tipo de servidores públicos, tales como: el de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así el derecho a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estipulados en el artículo 53 de la Carta Política, así:

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





(...)

Como quiera que la entidad discrepa en el recurso de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad hecha por el a quo, la Sala la considera 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 apelada que concedió las pretensiones de la demanda.”

Siguiendo la misma línea, al decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia No. 22 del 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Veinte Administrativo Mixto Oral del Circuito de Cali-Valle del Cauca que concedió las pretensiones de la demanda, similares a las del caso en estudio por este Despacho, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, con ponencia de la Magistrada Castillo Otálora, en sentencia de segunda instancia adiada el 24 de julio de 2020, Rad.76-001-33-33-020-2018-00184-00, afirmó que:

“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.

Con base en dicho Decreto, la Fiscalía General de la Nación negó la reclamación administrativa realizada por la accionante con el argumento de que el Decreto 0382 de 2013 no da lugar a interpretaciones o alcances distintos a los expresamente definidos en su contenido y de manera categórica expresa que la bonificación judicial solo constituye factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, parámetro que se encuentra vigente y al no existir decisión de un organismo competente declarando que la norma o la restricción que en ella se incluye transgrede el ordenamiento jurídico interno, no es factible darle un alcance distinto.

Con lo visto tenemos que, el Decreto 0382 de 2013 norma jurídica vigente y amparada por la presunción de legalidad estipula de manera diáfana que la bonificación judicial reconocida a los servidores de la Fiscalía General de la Nación sólo constituye factor salarial para los efectos allí indicados, por lo que, en principio, descartaría su reconocimiento como factor salarial en los términos pretendidos por el accionante. Sin embargo, teniendo en cuenta que la pretensión de los demandantes busca que se inaplique por inconstitucional el mentado Decreto en el aparte 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 del caso definir si la transgresión alegada existe y para tal efecto se acudirá a una ⁹ interpretación sistemática y finalista de las normas que regulan tanto la prestación reclamada como la definición legal y jurisprudencial de salario (...) (Subrayado fuera de texto)

ii) Salario. Definición jurisprudencial De acuerdo con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado 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 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.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, dispone 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, constituye salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

(...)"

6. EL CARÁCTER SALARIAL DE LA BONIFICACIÓN ESTABLECIDA EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1º. DEL DECRETO 382 DE 2013.

Teniendo en cuenta la brecha salarial existente entre la remuneración de los magistrados de las altas cortes y los demás funcionarios y empleados de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, se firmó el Acuerdo de 7 de noviembre de 2012 para nivelar la remuneración de los empleados en los términos de la Ley 4ª. de 1992, el cual finalmente se consagró en el Decreto 382 de 2013.

Sin atender al espíritu de la Ley 4ª. de 1992, el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 382 de 2013, materializó la nivelación de la remuneración de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, pero en virtud de una bonificación que se consideró factor salarial solo para "la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud".

Al respecto, los artículos 1º. y 2º. del Decreto en cita sostienen:

ARTÍCULO 1. *Creáse (sic) 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.* (Subrayado fuera del texto)

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año, al valor que se fija en la siguiente tabla (...)

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.*

El Ejecutivo, el 09 de enero del 2014, a través del Decreto 022 de 2014, modificó el Decreto 382 de 2013, en sus artículos primero y segundo, ratificando que el carácter salarial de la bonificación judicial solo se tendrá en cuenta para la base de cotización al



Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como se desprende de su tenor literal:

“ARTÍCULO 1º. Modificar el Decreto 0382 de 2013, mediante el cual se creó 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 2014, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año, al valor que se fija en la siguiente tabla: (...)

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 2014 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.

Sobre los alcances del inciso primero del artículo 1º. del Decreto 382 de 2013, se advierte que, tal como fue concebida, la bonificación pretende no tener una naturaleza salarial, lo que permite que no se tome en consideración para liquidar todos los emolumentos salariales y prestaciones de los empleados y funcionarios destinatarios de la misma que desnaturaliza el querer del legislador consagrado en la Ley 4ª. de 1992, la cual ordenó al Gobierno Nacional que nivelara la remuneración de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

La noción de remuneración contenida en los Convenios sobre Igualdad de Remuneración y Protección al Salario de la OIT, comprenden 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.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a través del concepto No.433 del 26 de marzo de 1992, consejero ponente Humberto Mora Osejo, sostuvo, vigente y aplicable al caso concreto, en torno al concepto de remuneración:

“(…)

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

El artículo 2º. 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^o de julio de 1948, prohíja el criterio expuesto, en cuanto define el salario como lo que percibe el trabajador por causa del contrato de trabajo.

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

En este orden de ideas, emerge diáfananamente que según los tratados y convenios internacionales de aplicación en nuestro ordenamiento laboral, a la luz de los artículos 53 y 93 de nuestra Carta Política; del artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, según el cual, *"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"*, sumado a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la bonificación creada a través del Decreto 382 de 2013 es de naturaleza salarial y, por tal razón, y atendiendo a que la finalidad de su creación, con base en la Ley 4ª. de 1992, fue para nivelar la remuneración de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, debe tenerse como factor de salario para todos los efectos y no "únicamente" para las cotizaciones a salud y pensiones. (Subrayado fuera del original)

7. TESIS DEL DESPACHO

Para el Despacho hay lugar a conceder las pretensiones solicitadas en la demanda, en consideración a que, con la expedición de los actos administrativos acusado la demandada tiene por cierto que la bonificación salarial del Decreto 382 de 2013, constituye *"únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud"*; desconociendo el precedente jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado, mediante el cual el alto tribunal de lo contencioso administrativo, da prevalencia plena a las normas constitucionales, tratados internacionales y



jurisprudencia de las Altas Cortes que definen el concepto de salario y las implicaciones de este, aunado a los recientes fallos emitidos a nivel nacional sobre la condición de componente salarial que ostenta la bonificación creada por el Decreto 382 de 2013.

Los actos administrativos demandados van en contravía de principios y garantías constitucionales y desconoce el efecto útil de la norma con el que fue concebida, por lo que, en virtud a ello, se considera que hay lugar al reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial para el reconocimiento de las prestaciones que de ella se deriven.

En este orden de ideas, conforme con las normas antes vistas, emerge con absoluta claridad que al interior de la Fiscalía General de la Nación coexisten dos regímenes salariales y prestacionales que regulan la situación laboral de sus trabajadores, de suerte que el primero es aplicable a aquellos trabajadores que se vincularon a la Fiscalía antes del primero de enero de 1993, y, que, al no haberse acogido al nuevo régimen ínsito en el Decreto 53 del mismo año, conservan el régimen salarial y prestacional del que gozaban antes; y el segundo, amparado por el decreto 53 de 1993, el cual se aplica de manera obligatoria para quienes se vincularon a la Fiscalía General de la Nación a partir del primero de enero de 1993, o para quienes, habiendo ingresado antes de dicha fecha, decidieran acogerse a este último.

Son los empleados a quienes se les aplica este último régimen salarial quienes, desde el año 2013, conforme a la expedición del Decreto 382, se encuentran percibiendo la bonificación judicial.

8. PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR.

- Petición radicada el 10 de abril de 2018, mediante la cual, la demandante, a través de apoderado, solicitó el reconocimiento de la bonificación salarial como factor salarial, el pago de las diferencias salariales y reliquidación de prestaciones sociales (fls. 37 y 38 del archivo denominado “01DigitalizacionInicial” del expediente digitalizado).
- Oficio No. 31460-20540-474 del 13 de abril del 2018, por medio del cual el Subdirector Regional de Apoyo Caribe, resolvió desfavorablemente petición de reliquidación de prestaciones sociales y salariales de la demandante (fls. 31 al 36 del archivo “01DigitalizacionInicial” del expediente digitalizado).
- Recurso de apelación presentado en contra del Oficio 31460-20540-474 del 13 de abril del 2018, proferido por el Subdirector Regional de Apoyo Caribe. (fl. 30 del archivo “01DigitalizacionInicial” del expediente digitalizado).
- Resolución No. 2 2417 del 25 de julio de 2018, suscrita por la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el Oficio señalado previamente, confirmando. (fls. 25 al 29 del archivo “01DigitalizacionInicial” del expediente digitalizado).





- Certificación suscrita el 10 de abril de 2018, por el Subdirector Regional Caribe de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual hace constar que la demandante se encuentra vinculado a esa entidad desde el 5 de mayo de 1995, sin solución de continuidad, que su último cargo desempeñado es el de Profesional de Gestión III y que percibe la Bonificación judicial. (fl. 39 del archivo denominado "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado).

9. CASO CONCRETO

De conformidad con el material probatorio allegado al proceso, el Despacho considera que los siguientes hechos se encuentran acreditados:

- Que la demandante se vinculó a la Fiscalía General de la Nación 5 de mayo de 1995 y que su último cargo desempeñado es el de Profesional de Gestión III.
- Del certificado salarial aportado al proceso, se puede evidenciar que la actora pertenece al régimen del Decreto 53 de 1993 y que percibe la bonificación Judicial creada para los empleados de la Fiscalía General de la Nación mediante el Decreto 382 del 2013.
- Que el 10 de abril de 2018 la accionante interrumpió la prescripción mediante petición en donde solicitó a la entidad demandada que le reconozca como salario para todos los efectos legales, la bonificación judicial y como consecuencia de ello, que proceda con la reliquidación y pago de las diferencias salariales y de todas las prestaciones sociales por el recibidas.

Así, el Despacho, de acuerdo con el problema jurídico ya delimitado, deberá determinar si la señora Sarahi Pájaro Herrera tiene derecho a que la Nación – Fiscalía General de la Nación, reconozca que la bonificación judicial tiene carácter salarial, y como consecuencia de ello, proceda con el reconocimiento, reliquidación y cancelación de todas y cada una de las prestaciones sociales, bonificaciones y aportes a seguridad social teniendo como base la bonificación judicial como factor salarial.

En efecto, de la confrontación de los actos acusados con las normas superiores ampliamente citadas en esta providencia, se desprende que la bonificación judicial creada por el decreto 382 de 2013, las contraría, pues establecer que dicha bonificación *"constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud."* Es contrario a la Constitución Política y el convenio 095 de la OIT entre otras normas.

En igual sentido, el artículo 127 del C.S.T como ya se indicó, en los acápites anteriores, estableció que constituye salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, independientemente de la forma o denominación que adopte.

De manera que, bajo este panorama, resulta claro que el ejecutivo en su actividad reglamentaria se ha extralimitado en sus facultades al establecer a través de los Decretos 382 de 2013 y 22 de 2014 el carácter no salarial de la bonificación judicial,





desconociendo los postulados internacionales, constitucionales y legales que rigen la materia.

En efecto, el artículo 53 de la Constitución Política señala lo siguiente:

*“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.”*

En igual sentido, el artículo 2° de la ley 4 de 1992, fijó los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía acoger al momento de fijar el régimen salarial de los funcionarios así:

“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 se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales** (...).”*

Por consiguiente el Despacho considera que con el Decreto 382 de 2013 sobre el cual la demandante pide su inaplicación, se desconocieron los postulados internacionales y constitucionales respecto de la aplicación de los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, así como los objetivos y principios señalados en la Ley 4 de 1992, toda vez que se despojó de efectos salariales a la bonificación judicial creada, con lo que disminuyó el monto de las prestaciones sociales de los empleados públicos de la Fiscalía General de la Nación.

Por lo anterior, le asiste derecho al demandante a la reliquidación de todas sus prestaciones sociales con inclusión de la bonificación judicial como factor salarial. En dicha reliquidación se entenderán comprendidas las bonificaciones devengadas por la parte actora, debido a que las mismas están inmersas en el concepto de prestaciones sociales, concebidas como los beneficios legales y adicionales al salario que el empleador debe pagar al trabajador para cubrir los riesgos o necesidades de este, originados durante la relación del trabajo o con ocasión de la misma.

En cuanto a la reliquidación de los aportes a seguridad social, advierte el Despacho que ello no es procedente, toda vez que tal como lo establece el Decreto 382 de 2013,





la entidad demandada, al liquidar los aportes a seguridad social de sus empleados, si tiene en cuenta la bonificación judicial.

En consecuencia, la expresión “únicamente” contenida en artículo 1º. de los Decretos 382 de 2013, 022 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016, 1015 de 2017, 341 de 2018 y en los que se hayan expedido con idéntico alcance, se traduce en una franca violación a los principios y valores contenidos en la Constitución Política de Colombia en su artículo 53, en el convenio 095 de la OIT y en el artículo 2 de la ley 4 de 1992.

Como resultado de ello se declarará la nulidad de los actos acusados, pues estos se fundamentan en los Decretos 382 de 2013, 022 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016, 1015 de 2017, 341 de 2018 y de los que se hubieren expedido posteriormente con idéntico alcance, y se ordenará el consecuente restablecimiento del derecho.

No obstante, respecto a la pretensión de reconocer la sanción moratoria por el incumplimiento del empleador de consignar de manera completa el auxilio de cesantías, se hace necesario señalar que el Consejo de Estado expresó que la sanción moratoria no es accesoria a las cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, teniendo como finalidad apremiar al empleador a la consignación oportuna de las cesantías anualizadas, en atención a la importancia de dicho emolumento dada por la Corte Constitucional; en los siguientes términos¹¹:

"(...) De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la finalidad del legislador al contemplar la sanción moratoria fue apremiar al empleador a la consignación oportuna de las cesantías anualizadas, debido a la importancia de esta prerrogativa laboral destinada a cubrir necesidades básicas del servidor público relacionadas con educación y vivienda de su núcleo familiar. En consecuencia, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia pacífica de esta Corporación, en los eventos en que se reconozcan una diferencia respecto del salario base de liquidación del auxilio de cesantías con ocasión de una nivelación salarial, ello no implica el reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que al tratarse de una sanción que se configura por una conducta determinada en la ley en cabeza del empleador que incumpla el plazo señalado en la ley para consignar el valor liquidado por la anualidad o fracción correspondiente en el fondo administrador seleccionado por el empleado y no podrá aplicarse a otras situaciones fácticas, en tanto ello desconoce el principio de legalidad y a su vez, la garantía esencial del debido proceso.

(...)

Igualmente, es necesario señalar que contrario a lo aducido por la parte actora, tal como lo estableció la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016 15, la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social - cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 07 de septiembre de 2018, Radicación: 08001-23-33-000-2014- 00334-01 (1172-16).





origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento, según lo señalado por la Corte Constitucional.

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

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anteriormente reseñada, no es dable acceder a la pretensión de reconocer la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como quiera que la misma no es accesoria al reajuste de las cesantías con la inclusión de la bonificación judicial; aunado a lo anterior, al tratarse de una sanción que se configura por una conducta determinada en la ley no puede aplicarse a otras situaciones fácticas, en tanto ello desconocería el principio de legalidad y a su vez, la garantía esencial del debido proceso.

10. EXCEPCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD O INAPLICACIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD:

La llamada excepción de inconstitucionalidad “es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.”¹²

Tal criterio ha sido tomado en consideración al momento de decidir casos como el resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Conjuces, al emitir sentencia de segunda instancia del 24 de julio de 2020, Rad. 15001333301520170015901, Conjuez Ponente SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO, corporación que sostuvo al respecto:

(...)

En el ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido la figura del control constitucional que de forma concentrada ejercen en abstracto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en lo de sus respectivas competencias, así como el control constitucional difuso a cargo de cada uno de los jueces en los procesos sometidos a su consideración, en aplicación directa del artículo 4 de la carta política.

(...)

¹² Corte Constitucional, sentencia SU - 132 de 2013





Así las cosas, la Sala estima acertada la decisión del a quo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 4 de la Constitución Política, en relación con el aparte pertinente del artículo primero del Decreto 382 de 2013 que restringe el alcance de la bonificación judicial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en tanto que tal condición contraría cánones superiores y como quiera que no se ha producido un pronunciamiento con autoridad acerca de su constitucionalidad.

De modo que la expresión “constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”, consignada en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013, constituye una exclusión irracional y violatoria de los artículos 25 y 53 constitucionales, al desconocer la protección especial del trabajo a los servidores de la Fiscalía General de la Nación y la primacía de la realidad sobre las formalidades, pues 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 anterior, la Sala encuentra desvirtuada la presunción legal de los actos enjuiciados, razón por la que procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

(...)”

A través de la sentencia T-681 DE 2016, la Corte Constitucional dejó taxativamente señalado un listado de causales de procedencia para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, tal como sigue:

“(...)”

Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

(i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado;

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales.”



Si, bien, la parte actora solicitó 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”, lo cierto es que esta instancia judicial considera que, solo la expresión “*únicamente*” contraría los fines perseguidos por la Constitución y la Ley, teniendo en cuenta el concepto de salario y el propósito que animó al legislador a crear la bonificación judicial, esto es, nivelar la remuneración de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

La expresión “*únicamente*”, ínsita en los referidos decretos, viola los derechos fundamentales de la demandante que aquí se han abordado, por lo tanto, y en ejercicio de esta facultad se ordenará su inaplicación al caso estudiado.

En virtud de todo lo expuesto, y con el fin de otorgar a la providencia total coherencia, el Despacho inaplicará por inconstitucional e ilegal la expresión “*únicamente*”, contenida en artículo 1º. de los Decretos 382 de 2013, 022 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016, 1015 de 2017, 341 de 2018 y demás normas que, en el mismo sentido, se hayan expedido durante el tiempo de vinculación laboral de la parte actora con la demandada.

11. EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD

El artículo 12 de la Ley 153 de 1887, dispone que los actos administrativos tendrán obligatoriedad siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las Leyes.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado **Jorge Octavio Ramírez Ramírez**, en sentencia del 31 de mayo de 2018, Radicado No. 08001-23-31-000-2006-00871-01 (21911), refiriéndose a la procedencia de la excepción de ilegalidad frente a casos particulares, señaló:

(...)

Si se trata de una infracción de la carta política- excepción de inconstitucionalidad- cualquier funcionario puede acudir a dicho medio de control y que, si se trata de una norma de rango de ley- excepción de ilegalidad-, solo puede hacerlo el juez administrativo.

En ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional o legal deben subordinarse, se ajusta a nuestra carta y a nuestra tradición constitucional.

Aunque en principio se ha utilizado en relación con actos generales o de carácter reglamentario, tales como circulares, acuerdos municipales, ordenanzas departamentales, entre otros, nada impide que proceda frente a actos particulares.

En las sentencias 76001-23-31-000-2009-00555-01 de abril 15 de 2015, 68001-23-31-000-2002-00279-01 del 2 de mayo de 2013, y 63001-23-31-000-2001-00675-01 de enero 24 de 2008, las secciones primera y cuarta del Consejo de Estado inaplicaron actos particulares que eran contrarios a las normas en que debían fundarse o a las cuales estaban sometidos por virtud de la jerarquía normativa.

Todo, porque la naturaleza y definición de la figura supone que las condiciones para su procedencia son, de un lado, que se trate de un acto que vulnere los principios de legalidad y



jerarquía normativa, y, de otra parte, que este incida o determine en forma directa la legalidad del acto o situación objeto del juicio.

Sobre ese último aspecto-que incida en la legalidad-, debe recordarse que la excepción no reemplaza al juicio de validez propiamente dicho, y en esa medida, se repite, no podría recaer, con carácter general y definitivo, sobre el acto directamente enjuiciado.

Este, como medio exceptivo que es, procede ante situaciones en las que el juez evidencie (bien sea porque las partes lo manifestaron, o porque el estudio del expediente lo lleve a esa conclusión) que para la solución del caso concreto es necesario dejar de aplicar un acto que guarda relación directa con el objeto del litigio, decisión que solo produce efectos en el caso particular, y que **no expulsa a aquel del ordenamiento normativo.** (...)"

(...)

Tratándose de **actos particulares**, es necesario que además de las condiciones anteriores, no se haya realizado previamente un juicio de validez en el que se haya declarado su legalidad.

(...)

Recuérdese que, al juez contencioso le está permitido inaplicar una norma o un acto administrativo, porque es este el competente para conocer de los juicios de legalidad de los mismos y el único habilitado para despojarlos de manera **definitiva** de la presunción de legalidad, luego, también debe ser este quien levante **temporalmente** dicha presunción. Lógica que responde al aforismo de "quien puede lo más, puede lo menos".

Para el Consejo de Estado, la excepción de ilegalidad viene a constituirse en una regla general que dirime la confrontación de dos normas, en la que se genere una tensión entre los alcances que se deriven de un acto administrativo frente a una regla superior:

(...)

Cabe agregar que, con todo y esas limitaciones, la excepción de ilegalidad supone, por **regla general**, un juicio sobre la base de la confrontación de dos normas: una contenida en un acto administrativo y la otra -regla o principio- en el ordenamiento de carácter superior, razón por la que cuestiones de orden fáctico son, en principio, ajenos a este medio de control, habida cuenta de su ejercicio excepcional y particular, lo que supone que aspectos probatorios, su aporte, regularidad, conducencia, pertinencia, contradicción, apreciación, en síntesis la demostración de los hechos sean ajenos a él, amén de que su incidencia en el juicio de valor que debe hacer el Juez para inaplicar el acto administrativo, tiene que ser directa y no por vía de inferencia.

(...)

En la sentencia en cita, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tomó en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional, en Sentencia C-037 de 26 de enero de 2000, con ponencia del Magistrado: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, sobre la excepción de ilegalidad:

"De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, **la**



posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional.” (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 148 del CPACA, prevé la posibilidad de inaplicar, con efectos interpartes, los actos administrativos que resulten contrarios a la Constitución Política o a la Ley.

Visto lo anterior y, con la expresión: "únicamente": contenida en artículo 1º del Decreto 382 de 2013 y las normas que lo sustituyen y modifica, el Gobierno Nacional desbordó las facultades otorgadas mediante la Ley 4ª de 1992, pues bajo la apariencia de una bonificación judicial despojó de efectos salariales tal emolumento para la liquidación de las prestaciones sociales de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, lo cual desconoce evidentemente los principios establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política dentro de los que encontramos el de favorabilidad y el criterio establecido en el literal a) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, según el cual, para la fijación del régimen salarial y prestacional de sus servidores, el Gobierno Nacional "(...) en ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales".

12. DE LA PRESCRIPCIÓN.

Procederá el Despacho a estudiar de oficio la excepción de prescripción.

Para determinar si hay lugar a declarar la prescripción de los derechos reclamados ante esta sede judicial, el Despacho considera preciso hacer un análisis profundo sobre esta figura jurídica, tal como sigue:

La prescripción extintiva del derecho para este caso, se da de forma trienal y está consagrada en el artículo 41¹³ del Decreto 3135 de 1968, que fuera aclarado o reglamentado por el artículo 102¹⁴ del Decreto Nacional 1848 de 1969, el cual se computa a partir del momento en que se haya hecho exigible la obligación. Es decir, dicha normatividad establece: (i) que el termino es de tres (3) años, contado a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe con un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

¹³ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41º.- 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.

¹⁴ Decreto 1848 de 1969. Artículo 102º.

1. Las acciones que emanen 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.





En atención a lo anterior, se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo los 3 años anteriores a la interrupción. Esto, de conformidad con lo emanado por el Consejo de Estado en Sentencia Unificación del 2 de septiembre de 2019¹⁵, que además dice:

“Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.”

Tal y como está citado, este Despacho aplicará la postura emanada del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 2 de septiembre de 2019, la cual, aunque no aborda la bonificación judicial del decreto 382 de 2013, si realiza un juicioso estudio de la prescripción, el cual se encuentra plenamente aplicable al caso objeto de análisis.

En este orden de ideas, se tomará la fecha en la cual la demandante presentó la reclamación administrativa ante la entidad demandada, y de ahí, se contarán tres años atrás para determinar desde que momento surgió la prescripción.

Así, tenemos que el 10 de abril de 2018 la demandante interrumpió la prescripción mediante petición en donde solicitaba reconocer como salario para todos los efectos legales, la bonificación judicial y como consecuencia de ello, se procediera con la reliquidación de todas las prestaciones salariales por ella percibidas.

Como resultado de lo anterior, el fenómeno prescriptivo tiene validez a partir 10 de abril de 2015, fecha desde la cual se le concederá el derecho a la actora.

Las sumas de dinero reconocidas serán ajustadas, desde la fecha que se hicieron exigibles, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 195 del CPACA

En consecuencia, se declarará de oficio parcialmente probada la excepción de prescripción.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 02 de septiembre de 2019, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos. Expediente No. 41001-23-33-000-2016-000041-02.





13. COSTAS.

Sobre este punto, tenemos que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que:

“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Al efecto, este Despacho considera que es procedente condenar en costas a la parte demandada, pues la conducta asumida por esta, nunca tuvo en cuenta la abundante jurisprudencia que sobre el tema ya existía antes de presentarse la demanda, por lo tanto, aunque no se puede calificar como un actuar temerario o de mala fe, si es reprochable que aun cuando existen antecedentes sentados por el Consejo de Estado sobre el asunto aquí debatido, la parte demandada no la aplique ni la reconozca. Por lo que, a juicio de esta judicatura, proceden las costas.

Así, atendiendo lo establecido en el artículo que precede, en armonía con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, esta sede judicial condenará en costas a la parte que resultó vencida.

La condena en costas a la parte demandada se hará tal como lo establecen los artículos citados, y para el efecto, se fija como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de la presente sentencia. Por la Secretaría se liquidarán estas y los demás gastos probados en el proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**, 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 concreto, la expresión “*únicamente*” contenida en el artículo 1º. de los Decretos 382 de 2013, 022 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016, 1015 de 2017, 341 de 2018 y los que se hubieren expedido posteriormente, con idéntico alcance, durante la vinculación de la demandante al cargo, en consideración a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. 31460-20540-474 del 13 de abril del 2018 y la Resolución No. 2 2417 del 25 de julio de 2018, mediante los cuales se negó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a reconocer a favor de la señora **SARAHÍ PÁJARO HERRERA** creada a través del Decreto 382 de 2013 como factor salarial,



desde el día 10 de abril de 2015 en adelante, por el tiempo que efectivamente ha laborado en la Fiscalía General de la Nación y hasta la terminación de su vínculo laboral, reliquidando todas las prestaciones sociales devengadas por la demandante.

CUARTO: DECLARAR DE OFICIO PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, a partir del 10 de abril de 2015 hacia atrás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por consiguiente, las sumas causadas con anterioridad al 10 de abril de 2015, se encuentran prescritas.

QUINTO: ORDENAR que se hagan los descuentos de ley a la parte demandante, respecto de las sumas que reciba tras la reliquidación que dispuso este Despacho, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: CONDENAR a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a la demandante las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada.

SÉPTIMO: CONDENAR a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a actualizar el valor de las sumas de dinero adeudadas al demandante, en los términos del artículo 187 del CPACA, dando aplicación la fórmula matemática de indexación utilizada por el Consejo de Estado, relacionada en la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO: CONDENAR a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar al demandante los intereses moratorios contemplados en el inciso tercero del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se causen a partir de la ejecutoria de esta sentencia hasta la fecha en que produzca el pago de las condenas.

NOVENO: CONDENAR a la parte demandada a pagar a la demandante las costas del proceso. Para tal efecto, se fija como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de la presente sentencia. Por la Secretaría liquídense estas y los demás gastos probados en el proceso.

DÉCIMO: DENEGAR las demás suplicas de la demanda.

DÉCIMO PRIMERO: DISPONER que el cumplimiento de esta sentencia debe efectuarse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO SEGUNDO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI y TYBA.

DÉCIMO TERCERO: Una vez ejecutoriado este fallo, expídanse las copias previstas en el artículo 114 del C.G.P. y archívese el expediente.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LIDA DEL CARMEN CARAZO ORTÍZ
Juez