



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	13001-33-33-008-2019-00067-00
Demandante	Julio Cesar Grondona Cuadro
Demandado	La Nación – Fiscalía General de la Nación
Tema	Reliquidación de prestaciones sociales con inclusión de la bonificación judicial
Sentencia No.	119

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 el señor **JULIO CÉSAR GRONDONA CUADRO** contra la **NACÓN- 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.

“2.1- Pido a la corporación que previo el procedimiento de una acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho se profieran las siguientes declaraciones y condenas a favor del señor **JULIO CESAR GRONDONA CUADRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.574.715 de Cartagena (Bolívar), previa inaplicación la frase “y construirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”, frase que se encuentra en los artículos 1° de los Decretos 0382 del 6 de marzo de 2.013, modificados por los decretos 022 de 2.014; 1270 de 2.015; 247 de 2.016, 1015 de 2.017 y 341 de 2018, a cual crearon y ajustaron la bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.**

2.2- - Que se declare, LA NULIDAD del ACTO ADMINISTRATIVO oficio No. 31460-20540-1048 del 10 de octubre de 2018 emanada por la Fiscalía General de la Nación Subdirección Regional Apoyo Caribe, QUE RESOLVIO DE FONDO DERECHO DE PETICION de fecha 19 de septiembre de 2018, por medio del cual se negó al señor

¹ Folios 1 y 2 del archivo “01DigitalizacionInicial” del expediente digitalizado.





JULIO CESAR GRONDONA CUADRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.574.715 de Cartagena (Bolívar), el reconocimiento, liquidación y cancelación de los valores que, por concepto de Prestaciones sociales como primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, bonificaciones, entre otros, que adeuda la administración demandada, desde el año 01-01-2013, hasta la fecha de la presente demanda, o de los años que se causaron y los que se sigan causando en adelante hasta que sean canceladas de manera completa la deuda de cada una de las prestaciones económicas antes referenciadas y las demás que tiene derecho, valores y sumas que resultaran como diferencias prestacionales de aplicar la bonificación judicial reconocida en el decreto 0382 del 6 de marzo de 2.013, modificados por los decretos 022 de 2.014; 1270 de 2.015; 247 de 2.016, 1015 de 2.017 y 341 de 2018, y demás que se establezcan a futuro, como FACTOR SALARIAL para su reliquidación, y que nunca fueron reconocidos en los Decretos en los cuales se dictaron las normas sobre el régimen salarial, prestacional y creación de bonificación Judicial y de aumento anual de remuneración de los mencionados servidores públicos.

2.3- Como consecuencia de la declaración de Nulidad del acto administrativo invocado y a título de restablecimiento del derecho SE CONDENE A LA NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION, ordenar el reconocimiento, reliquidación y el pago de todas y cada una de las prestaciones sociales y bonificaciones, teniendo como base y adicionando la bonificación judicial como factor salarial. Las sumas resultantes deberán ser debidamente actualizadas e indexadas.

2.4- Como consecuencia de la declaración de Nulidad del actos (sic) administrativo invocado y a título de restablecimiento del derecho SE CONDENE A LA NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION, ordenar liquidar y pagar los intereses en la forma prevista por el legislador en el artículo 192 de C. P. A. C. A.

(...)."

2. HECHOS²

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

El demandante se encuentra vinculado a la Fiscalía General de la Nación desde el 01 de diciembre de 2004 y en la actualidad se desempeña en el cargo de Profesional de Gestión III.

El 19 de septiembre de 2018, solicitó a la entidad demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales devengadas, desde el 1 de enero de 2013 hasta la fecha, con inclusión de la bonificación judicial, creada por el Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, sobre la cual pidió su reconocimiento como factor salarial.

Dicha solicitud fue resuelta de forma desfavorable mediante el Oficio No. 31460-20540-1048 del 10 de octubre de 2018, notificado el 29 del mismo mes y año.

En torno al acto en mención, no se concedieron ni presentaron los recursos de ley.

² Folios 2 a 4 del archivo "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado.





El actor convocó a audiencia de conciliación prejudicial administrativa a la accionada, sin que se lograra acuerdo conciliatorio por falta de ánimo de esta, habiéndose agotado el requisito de procedibilidad exigible para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

Del acápite denominado FUNDAMENTO DE DERECHO, se extrae que la parte actora adujo que el acto acusado vulneró los siguientes artículos: 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 53, 55, 83, 93, 150 numeral 19 literal e, 209, 215 inciso 9° y 228 de la Constitución Política; Las Leyes 52 de 1962, 16 de 1972, 21 de 1982, 482 de 1998 y 50 de 1990; los artículos: 14 de la Ley 4 de 1992; 2 y 10 de la Ley 9 de 1992; 12 y 152, numeral 7° de la Ley 270 de 1996; las Leyes 411 de 1997, 1496 de 2011; y los Decretos 717 de 1978, 1042 de 1978 y 1092 de 2012, Artículo 14 C.S.T.

3.1. Concepto de violación

Como concepto de la violación normativa, sostuvo que el derecho al trabajo constituye un valor fundante del Estado Social de Derecho y que las normas laborales, tienen carácter de orden público, cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de los derechos mínimos consagrados para la parte más débil de la relación laboral, es decir, el empleado.

Afirmó que el Decreto 717 de 1978, en su artículo 12, establece que además de la asignación básica mensual fijada en la ley para cada empleo, constituyen factores salariales todas las sumas que, habitual y periódicamente, recibe el empleado como retribución por la prestación de sus servicios.

Adujo que el artículo 152 de la ley 270 de 1996 señala que, todo empleado de la Rama Judicial tiene derecho, de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias, a recibir una remuneración acorde a su función, dignidad y jerarquía, la que no puede ser disminuida de manera alguna.

Por lo anterior, sostuvo, que le asiste el derecho a que la bonificación judicial sea considerada como factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales percibidas hasta la fecha de presentación de la demanda, e, incluso, por los años en que se siga causando.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena y notificada el 13 de mayo de 2019, la apoderada de la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito radicado el 23 de julio de 2019 (archivo "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado) sostuvo, frente a los hechos primero al sexto, que se atiene a

³ Folios 5 a 7 del archivo "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado.





los documentos que se aporten como prueba y soporten lo manifestado; habiendo manifestado, respecto a los demás, que no son ciertos.

En torno a las pretensiones manifestó que se opone a estas, teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación ha liquidado y pagado la asignación salarial y prestacional de sus empleados con estricta sujeción a lo previsto en los decretos emitidos por el Gobierno Nacional, habida cuenta que los actos demandados se limitaron a señalar el cumplimiento de un deber legal que le impuso el legislador a la Fiscalía General de la Nación.

Sobre las costas y agencias en derecho también se opone; argumentando que estas corren a cargo de la parte vencida en el proceso y solo hay lugar a su pago cuando del expediente se advierta que las mismas se causaron.

Sobre los fundamentos y razones de derecho arguyó, que la bonificación judicial se creó para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que a la entrada en vigencia del Decreto 382 de 2013, se rigieran salarial y prestacionalmente por el Decreto 53 de 1993, y, posteriormente, por el Decreto 875 de 2012, o por las normas que lo llegaren a modificar o a sustituir, es decir, solo para esta clase de funcionarios

Indicó que a través del Decreto 2699 de 1991, se creó la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, entidad que forma parte de la Rama Judicial, y a la cual se le otorgó autonomía Administrativa y Presupuestal, y al mismo tiempo se estableció el régimen salarial y prestacional de sus empleados

Afirmó que, si bien, la nivelación salarial ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 no estaba sujeta a ningún referente porcentual para la nivelación y ajuste de las asignaciones salariales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que el Gobierno Nacional, al dictar en el año 1993 los decretos que desarrollaron dicha disposición, otorgó incrementos que superaron en muchos casos el 100% del salario que devengaban tales servidores en el año inmediatamente anterior (régimen ordinario), y en otros casos los incrementos alcanzaron cifras iguales o superiores (régimen optativo)

Expuso que el Decreto 382 de 2013, tuvo su origen NO en una iniciativa del Gobierno Nacional, sino como un acuerdo de voluntades, fruto de las negociaciones con las asociaciones sindicales de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, las cuales, fueron integral y ampliamente debatidas por las distintas partes, como lo demuestran las más de 23 actas de las reuniones de negociación celebradas para el efecto, dando lugar finalmente a la expedición del Decreto debatido.

Señaló que es claro que la bonificación judicial prevista es el producto de un Acuerdo que desarrolla los Convenios de la OIT y la jurisprudencia constitucional que reconoce la posibilidad de que los servidores públicos intervengan en la definición de sus "condiciones de empleo", el cual a su vez se realizó sobre la base de unos recursos y cálculos "tope" establecidos para esa negociación y en conjunto con sus propios representantes sindicales quienes negociaron, concertaron y aprobaron la fórmula





salarial finalmente plasmada en el Decreto 382 de 2013, así como al establecimiento de la bonificación judicial como factor salarial únicamente para la "base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud".

Señaló, que la Bonificación Judicial constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su estructuración busca dentro de los límites constitucionales establecer en el reconocimiento de la Bonificación unos efectos determinados que encuadran dentro de la libertad de configuración de que gozan las autoridades legislativas y excepcionalmente las autoridades administrativas, cuando están revestidas de facultades especiales; su calificación como factor salarial tiene efectos, dice la norma, en la base de cotización de los sistemas generales de pensiones y de seguridad social en salud, no en otras áreas.

Manifestó que las disposiciones contenidas en el Decreto 0382 de 2013, son producto de la facultad legal otorgada al Gobierno Nacional para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional entre otros de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual dicha disposición goza de plena validez y eficacia jurídica y se encuentra amparada por el principio de legalidad, por lo que no es viable darle otro alcance o interpretación.

Finalizó, afirmando, que ha actuado en cumplimiento de un deber legal, acatando textualmente lo que dice la norma en cuanto a que *"ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10° de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."*

Propuso como excepciones las siguientes: **1)** Constitucionalidad de la restricción del carácter salarial, **2)** Prescripción de los derechos laborales, **3)** Cumplimiento de un deber legal, **4)** Cobro de lo debido y **5)** Buena fe.

5. TRÁMITE PROCESAL

Habiéndole correspondido por reparto el presente proceso al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, el Juez admitió la demanda el 12 de abril de 2019, sin embargo, mediante providencia del 18 de junio de 2019, declaró su impedimento para conocer del presente asunto, el cual fue declarado fundado por medio del auto de 12 de septiembre de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Por providencia de 25 de octubre de 2021, este Despacho avocó el conocimiento del proceso de la referencia.

Por auto de 28 de octubre de 2021, se prescindió de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas y se corrió traslado para alegar dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia.





6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante**, presentó alegatos mediante memorial presentado el 18 de noviembre de 2021⁴, reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

La **parte demandada** mediante apoderado presentó alegatos de conclusión conforme a escrito radicado el 18 de noviembre de 2021⁵, manifestando, en síntesis, que si bien un pago laboral que percibe un trabajador puede categorizarse como salario, no necesariamente dicho emolumento deba estar inmerso en la base de liquidación de las prestaciones sociales u otras retribuciones laborales, para sostener su postura citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como tratados de la OIT, para luego concluir que si bien un pago laboral puede incluirse dentro de la definición de que tales valores se les deba otorgar un reconocimiento automático de ser base de liquidación de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales que percibe un empleado, ya que a su criterio dentro de la norma y la jurisprudencia se prevé la facultad de que el legislador pueda determinar que pago se incluye y cual no dentro de las bases de liquidación de otros factores.

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

⁴ Archivo “07AlegatosDte” del expediente digitalizado.

⁵ Véase “08AlegatosDda” del expediente digitalizado





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, el señor JULIO CESAR GRONDONA CUADRO 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 del acto acusado 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 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

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".⁶

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..."⁷

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.⁸

Respecto de los factores que constituye 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."⁹

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado respecto de 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, es irrelevante, pues las partes no pueden restarle connotación salarial a un pago que en realidad retribuye inmediatamente el servicio"¹⁰

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Susana Montes De Echeverri, Bogotá, septiembre 11 de 2003, Referencia: Radicación: 1.518.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 521 de 1995.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T – 649 de 2013.

⁹ 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)

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 40907 del 20 de octubre de 2015.





Sobre los principios constitucionales de a trabajo igual salario igual y eficacia de los derechos a la igualdad y al trabajo digno, señaló Corte Constitucional¹¹ 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

(...) 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

¹¹ Corte Constitucional Sentencia T-833/12





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 cubija 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 Política., 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 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 4^a. 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 del acto administrativo 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.

El acto administrativo demandado va 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 19 de septiembre de 2018 en la Ventanilla Única de Correspondencia de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual, el demandante, a través de apoderado, solicitó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial (fls. 11 a 14 del archivo denominado "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado).
- Oficio No. 31460-20540-1048 del 10 de octubre de 2018, mediante el cual el Subdirector Regional de Apoyo Caribe, resolvió desfavorablemente petición de reliquidación de prestaciones sociales del demandante (fls. 16 y 17 del archivo denominado "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado).
- Certificación suscrita el 26 de septiembre de 2018, por el Subdirector Regional de Apoyo Caribe de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual hace constar que el demandante se encuentra vinculado a esa entidad desde el 01 de diciembre de 2004, que su cargo actual es el de Profesional de Gestión III y devenga los siguientes emolumentos: sueldo, bonificación judicial, bonificación por servicio, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones y prima de productividad. (fls. 22 y 23 del archivo "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado).
- Certificados suscritos por el Tesorero de la Fiscalía General de la Nación donde consta todo lo devengado por el actor desde el año 2016 hasta el año 2018; se evidencia de dichas certificaciones que devenga la bonificación judicial. (fls. 24 a 26 del archivo "01DigitalizacionInicial" del expediente digitalizado).

9. CASO CONCRETO

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





- Que el demandante se vinculó a la Fiscalía General de la Nación desde el 01 de diciembre de 2004 y su último cargo desempeñado es el de Profesional de Gestión III.
- De los certificados salariales aportados al proceso, se puede evidenciar que el demandante está cobijado por el régimen del Decreto 53 de 1993 y que percibe desde el año 2013 la bonificación Judicial creada para los empleados de la Fiscalía General de la Nación mediante el Decreto 382 del 2013.
- Que el 19 de septiembre de 2018 el accionante interrumpió la prescripción mediante petición en donde solicitó a la entidad demandada reconocer como salario para todos los efectos legales, la bonificación judicial y como consecuencia de ello, se procediera con la reliquidación y pago de todas las prestaciones sociales por el recibidas.
- Que la demandada, a través del oficio 31460-20540-1048 del 10 de octubre de 2018, no accedió a la reliquidación de las prestaciones sociales impetrada por el demandante.

Así, el Despacho, de acuerdo con el problema jurídico ya delimitado, deberá determinar si el señor Julio Grondona Cuadro 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 teniendo como base la bonificación judicial como factor salarial.

En efecto, de la confrontación del acto acusado 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, 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, 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 el demandante pide su inaplicación, se desconocieron los postulados internacionales y constitucionales respecto a 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 el actor, 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 consecuencia, la expresión “únicamente” contenida en 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 hubieren expedido posteriormente 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 del acto acusado, pues este se fundamenta en el artículo 1°. de 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.

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

M

Tal criterio ha sido tomado en consideración al momento de decidir casos como el resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Conjueces, 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.

(…)

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

¹² Corte Constitucional, sentencia SU - 132 de 2013





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 acompañarse 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 inexecutable 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 del 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 el artículo 1 de los Decretos 382 de 2013, 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 irrespantaran 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. EXCEPCIONES PROPUESTAS

Con relación a las excepciones de mérito, la entidad demandada, propuso como tales: **1) Constitucionalidad de la restricción del carácter salarial, 2) Prescripción de los derechos laborales, 3) Cumplimiento de un deber legal, 4) Cobro de lo debido y 5) Buena fe.**

En cuanto a las excepciones de constitucionalidad de la restricción del carácter salarial, cumplimiento de un deber legal, cobro de lo no debido y buena fe, se declararán no probadas, pues, de conformidad con lo expuesto en precedencia, al no haberse tenido como factor salarial la bonificación judicial devengada por la demandante, atendiendo a lo dispuesto en su acto de creación, se han venido liquidando las prestaciones sociales equivocadamente, tomando como único factor la asignación básica, esto es, un valor inferior al que realmente debió percibir por concepto de salario, por lo que se hace necesaria la reliquidación de las prestaciones pagadas hasta la fecha, teniéndose que lo pretendido tiene justificación para ser cobrado, máxime cuando el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas oportunidades dejando sentado que la bonificación judicial tiene factor salarial, por lo que, deberá declararse no probadas las excepciones en comento.

12.1. Prescripción de los derechos laborales

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

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.





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.

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 el 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 19 de septiembre de 2018 el 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 el percibidas.

Como resultado de lo anterior, el fenómeno prescriptivo tiene validez a partir 19 de septiembre de 2015, fecha desde la cual se le concederá el derecho al actor.

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:

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

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

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

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.





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 parcialmente probada la excepción de prescripción.

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, 22 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016, 1015 de 2017, 341 de 2018 y en los que se hubieren expedido posteriormente, con idéntico alcance, durante la vinculación del demandante al cargo, en consideración a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Página **28** de **30**





SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. 31460-20540-1048 del 10 de octubre de 2018, mediante el cual se negó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y la reliquidación de las prestaciones sociales del demandante.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a reconocer a favor del señor **JULIO CESAR GRONDONA CUADRO** la **BONIFICACIÓN JUDICIAL** creada a través del Decreto 382 de 2013 como factor salarial, desde el 19 de septiembre 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 el demandante.

CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, a partir del 19 de septiembre de 2015 hacia atrás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por consiguiente, las sumas causadas con anterioridad al 19 de septiembre de 2015, se encuentran prescritas.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: 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.

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

OCTAVO: 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.

NOVENO: 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.

DÉCIMO: 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 PRIMERO: DENEGAR las demás suplicas de la demanda.



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

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

DÉCIMO CUARTO: 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