

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO NOVENO (9) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
JUEZ AD-HOC
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., dos (2) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

JUEZ AD HOC: ROBERTO BORDA RIDAO

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PROCESO No.: 11001333500920130062600
DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN CASTRO GUAJITA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia del proceso de la referencia, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesto por la señora **MARÍA DEL CARMEN CASTRO GUAJITA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**.

I. ANTECEDENTES

MARÍA DEL CARMEN CASTRO GUAJITA, actuando mediante apoderada, presentó demanda el día veinticinco (25) de octubre de dos mil quince (2013), la cual fue objeto de reparto al presente juzgado, el dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013) a saber:

I.A. PRETENSIONES

*“1. Solicitar la **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** con relación al acto administrativo que le reconoce la pensión de jubilación, y se ordene a quien corresponda **LA RELIQUIDACIÓN** de la Pensión de Jubilación, de la señora **MARIA DEL CARMEN CASTRO GUATIVA**, incorporando a la mesada nacional mediante el Decreto 3131 de 2005, dándole aplicación al Decreto 3900 de 2008.*

2. Se reajuste el valor de la pensión de jubilación, año por año, a partir del 16 de enero de 2012 con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en el numeral anterior.

*3. Igualmente, solicito el **RECONOCIMIENTO Y PAGO INDEXADO DE LOS VALORES** que correspondan de conformidad con la reliquidación solicitada, y las sumas canceladas por concepto de pensión de jubilación desde el año 2012 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, que podrían estimarse en **VEINTICUATRO MILLONES***

DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE (\$24.282.310).

4. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dientes correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de pensión de jubilación desde el año 2012 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

5. Se ordene al Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial – Coordinación Grupo Prestaciones Sociales, continuar liquidando la pensión de Jubilación, en lo sucesivo con el valor correspondiente y proporcional de la Bonificación de Actividad Judicial, como la ordena el Decreto 3900 de 2008 en concordancia con el Decreto 3131 de 2005 y demás normas complementarias.

I.B. HECHOS DE LA DEMANDA

“1. La señora MARIA DEL CARMEN CASTRO GUATIVA, Laboro al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, por espacio de veinte (20) años, tres (3) meses y dos (2) días, adscrita a la Policía Nacional y Justicia Militar Mediante Resolución No. 00004 del 03 de enero de 2012, expedida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar del Ministerio de Defensa Nacional, se aceptó su retiro por tener derecho a la pensión de Jubilación de conformidad con lo previsto en el numeral 7° del artículo 38 del Decreto 1792 de 2000, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 régimen prestacional y pensional especial aplicable a este sector de la Administración Pública y concretamente a dicha funcionaria.

2. Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial, expidió la Resolución No. 812 del 23 de Marzo de 2012 por medio de la cual se reconoció a su favor la pensión de Jubilación, fundamentando el Acto Administrativo en con fundamento en el Decreto 2743 de 2010 y el Decreto 1214 de 1990, y demás normas complementarios, por reunir los requisitos para acceder a ella.

3. A la fecha de su retiro MARIA DEL CARMEN CASTRO GUATIVA como Juez de Instrucción Penal Militar, era beneficiaria del pago de la Bonificación de Actividad Judicial, creada mediante el Decreto 3131 de 2005 y modificada mediante Decreto 3382 del mismo año, Igualmente estaba vigente el Decreto 3900 de 2008, por medio del cual el Gobierno Nacional, definió que esta prestación era factor a incorporar en la Liquidación del ingreso base de prestación era factor a incorporar en la Liquidación que percibía como consta en la certificación expedida por la Coordinación del Grupo Talento Humano de la Dirección Ejecutiva del Ministerio de Defensa Nacional, donde se menciona que recibió por Concepto de bonificación Judicial Correspondiente al primer y segundo semestre del año 2011 la suma de \$6´937.820.

4. El Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial, expidió la Resolución No. 812 del 23 de Marzo de 2012 por medio de la cual se reconoció a su favor la pensión de Jubilación, fundamentando el Acto Administrativo en las siguientes normas: Decreto 1214 de 1990, 57 y 110 de 1993, 2926, 717 y 1306 de 1978, 244 de 1981, 247 de 1997, 1512 de 2000, 723 de 2009 y 1388 de 2010, omitiendo mencionar y tener en cuenta la disposición contenida en el Decreto 3131 de 2008 creadora de la Bonificación de Actividad Judicial y el Decreto modificadorio de ésta que es el No. 3900 de 2008, norma que dispone que

la mesada pensional se liquida teniendo como factor la Bonificación de Actividad Judicial, derecho del cual era titular la funcionaria por pertenecer a la Justicia Penal Militar y desempeñar el cargo de Juez de Instrucción Penal Militar.

5. *En la mencionada Resolución se ordena el pago de la pensión de Jubilación, que fue tasada en la suma de \$ 5'124.261,00 teniendo en cuenta como factores a considerar el sueldo básico, prima especial sin carácter salarial, una (1/12) doceava parte de la bonificación por servicios prestados, una doceava (1/12) parte de la prima de servicios anual, una doceava (1/12) parte de la prima de vacaciones y una doceava (1/12) parte de la prima de navidad. De esta cifra se dedujo el 75% para señalar una mesada inicial pensional correspondiente a la suma de Tres Millones Ochocientos Cuarenta y Tres mil Ciento Noventa y Seis Pesos MCTE, (\$3.843.196.00)*

6. *la Bonificación de Actividad Judicial, creada mediante el Decreto 3131 de 2005 y su modificadorio el Decreto 3900 de 2008, que menciona en su artículo 1° a partir del primero (1) de enero de 2009 constituye factor para determinar el ingreso base de cotización, del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social, adicionalmente en su artículo segundo ésta norma derogo expresamente el artículo 2°. Del Decreto 3131 de 2002 que definía que la Bonificación de Actividad Judicial no era factor de liquidación salarial para efectos pensionales.*

7. *Desde que ingreso a la nómina de pensionados del Ministerio de Defensa Nacional, la ex juez se le ha negado el reajuste y reliquidación de su pensión, al no incluir como factor salarial, el valor correspondiente y proporcional de la Bonificación de Actividad Judicial, como lo ordena el Decreto 3900 de 2008, al señalar que la misma tiene efectos para los finales de liquidación pensional.*

8. *Contra la Resolución que reconoce la Pensión solo procesa el recurso de reposición el cual no fue interpuesto por mi poderdante por ser opcional, en virtud de lo cual MARIA DEL CARMEN CASTRO GUAVITA, elevo ante el Ministerio de Defensa Nacional, Coordinación Grupo de Prestaciones Sociales Derecho de Petición, el cual fue radicado el 8 de abril de 2013, solicitando la reliquidación y reajuste pensional en aras de incluir la Bonificación de Actividad Judicial en su mesada mensual correspondiente, ello en acatamiento de lo previsto en el Decreto 3900 de octubre de 2008, que dispuso que a partir del 1° de enero de 2009, la Bonificación de Actividad Judicial constituye factor para determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social, en tal sentido, la norma derogó expresamente el artículo 2° del Decreto 3131 del 2005, que definía que la Bonificación de Actividad Judicial no era factor liquidación salarial para efectos pensionales.*

9. *El 22 de abril de 2013 con oficio OFI13-12905 MDNSGAGPSAP, la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, remitió el Derecho de petición por competencia al Coordinador del Grupo Administración de Personal de la misma Cartera, a fin que atendiera dicho requerimiento.*

10. *Con oficio 0810 del 20 de mayo de 2013, se dio Respuesta al Derecho de Petición por parte de la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, denegando la pretensión, aduciendo que de acuerdo con el artículo 2° del Decreto 736 de 2009 la Bonificación de Actividad Judicial, no constituye Factor para liquidar pensión de Jubilación, así mismo indica que por ser un régimen especial (1214 de 1990) queda excluido del Sistema General*

de Pensiones y que al no hacer aportes a dicho sistema, no se podría obtener lo contemplado en el Decreto Ley 3900 de 2008..

11. *Ante la denegación del Derecho se formuló solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial Administrativa, correspondiendo a la Procuraduría 87 Judicial I Administrativo de Bogotá.*

12. *La Audiencia se señaló para el día 13 de Septiembre de 2013, declarándose mediante acta de la fecha, fallida por ausencia de ánimo conciliatorio de la demandada.*

13. *Al no reajustarse su mesada incluyendo la bonificación por actividad judicial, se ha dejado en una situación de desigualdad frente a los demás pensionados sean estos públicos o privados, llevándola a un empobrecimiento progresivo, desconociendo lo ordenado en el Decreto 3900 de 2008, al señalar que la misma tiene efectos para los fines de liquidación pensional”.*

I.C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículos 13, 48, 53, 58, 116.

Violación de normas legales: Decreto 3131 de 2005 y Decreto 3900 de 2008.

Señala que la bonificación de actividad judicial es considerada por la ley como factor salarial para efectos de la pensión de los servidores de la Justicia Penal Militar. No obstante, la entidad demandada no aplica la norma a la actora contraviniendo el principio constitucional de igualdad el cual debe ser respetado.

Indica que, el Ministerio de Defensa Nacional, incurrió en un error en la interpretación del Decreto 3900 de 2008, en el cual se consagra el carácter pensional que tiene la bonificación de actividad judicial a partir del 1 de enero de 2009.

Manifiesta que la entidad demandada ha desmejorado notablemente la pensión de jubilación de la actora, dado que está violando el objetivo de la Ley 4 de 1992, encaminado al reconocimiento del derecho reclamado para una mejor pensión.

I.D. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

La entidad demandada contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, pues consideró que, la bonificación de actividad judicial creada mediante el Decreto 3131 de 2005 no tiene carácter salarial, lo que significa que dicho porcentaje no constituye factor para la liquidación y pago de la pensión de jubilación.

En igual sentido manifestó que, el régimen especial por el cual la demandante obtuvo el derecho a su pensión de jubilación (Decreto Ley 1214 de 1990), establece que se debe reconocer una pensión de jubilación equivalente al 75% del último salario devengado, según el artículo 98 y, tomando como base las partidas señaladas en el referido decreto. En consecuencia, el acto administrativo que le reconoció la pensión a la actora le fue liquidada correctamente.

I.E. ACTUACIÓN PROCESAL

Admitida la demanda mediante providencia del veintitrés (23) de abril de dos mil diecinueve (2019), la misma se notificó a la entidad demandada el veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Mediante providencia del nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), se procedió a: 1) sanear de oficio el presente proceso; 2) ordenar la continuación del trámite del proceso de la referencia, habida cuenta a que la parte demandada no presentó excepción previa alguna; 3) resolver de pleno derecho las pretensiones del sub examine, en consecuencia, prescindir de la audiencia de pruebas; 4) fijar el litigio y, 5) finalmente, en firme las decisiones anteriores, ordenar dar traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

El apoderado de la parte demandante presentó sus alegatos dentro del término legal, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación de la demanda, y precisó que a la actora se le reconoció pensión de jubilación bajo el régimen especial del Ministerio de Defensa Nacional, regulado por el Decreto Ley 1214 de 1990, pero no se incluyó la bonificación de actividad judicial.

Manifestó que, el Decreto 3900 de 2008 respecto de la bonificación de actividad judicial, la estableció como factor salarial para efectos de las pensiones, para los funcionarios de la Justicia Penal Militar. De la misma manera que, la demandante cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 98 del Decreto Ley 1214 de 1990, para tener derecho a la pensión, liquidada con el 75% de los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

La parte accionada presentó sus alegatos dentro del término legal, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Señaló no ser procedente tener como factor salarial dentro de la mesada pensional, la bonificación de actividad judicial creada mediante Decreto 3131 de 2005, como quiera que esta no hace parte de las partidas computables, tal y como se desprende del Decreto Ley 1214 de 1990.

Alegó que la demandante obtuvo derecho a una pensión mensual de jubilación, acorde a lo establecido en el Decreto Ley 1214 de 1990. Es decir, el 75% del último salario devengado, tomando como base las partidas señaladas en dicho decreto sin incluir la bonificación por actividad judicial, liquidándose de manera correcta.

El Ministerio Público guardó silencio respecto a los alegatos de conclusión.

II. CONSIDERACIONES

Se trata de decidir sobre la nulidad de la **Resolución No. 812 del 23 de marzo de 2012**, proferida por la Directora Administrativa (E) y la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del del Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de la cual se reconoció una pensión mensual de jubilación a la demandante y, en consecuencia, se proceda a su reliquidación, teniendo en cuenta el reconocimiento con carácter salarial, de la bonificación de actividad judicial, contemplada en el Decreto 3131 de 2005.

II.A. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver el despacho es el siguiente:

Determinar si la demandante tiene derecho o no a que la entidad demandada, incluya como factor salarial la bonificación de actividad judicial del Decreto 3131 de 2005 y, por lo tanto, se proceda a la reliquidación de su pensión mensual de jubilación y, al pago respectivo de todos los emolumentos que correspondan, a partir de la fecha de su causación.

Para resolverlo se tendrán en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

II.B. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA NIVELACIÓN DE LA REMUNERACIÓN DE LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL Y LA JUSTICIA PENAL MILITAR

El artículo 53 de la Constitución Política establece:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...)* (Negritas del Despacho).

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

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

(...)

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

(...)

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

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se presenta entonces, una competencia compartida entre el Legislador y el Ejecutivo para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, en donde el primero determina los parámetros generales conforme a los cuales, el segundo fija los elementos propios del régimen salarial y prestacional.

En virtud de lo anterior el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1.992, *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”* que en su artículo 2 estableció:

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

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

En ese sentido el artículo 4 *ibídem* indicó:

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

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

La Ley 4 de 1992 en su artículo 14, dispone:

“ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993. Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.” (Énfasis del Despacho)

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

Ley 4 de 1992 ordenó al Gobierno Nacional que procediera a nivelar la remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación y es por ello que el Presidente de la República, en uso de sus facultades, profirió el Decreto 3131 de 2005.

Los empleados y funcionarios de la de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, de manera reiterada, han manifestado la falta de reconocimiento de sus derechos laborales, acorde con la normatividad antes relacionada, que ha sido la causa eficiente próxima (para el presente caso) del Decreto 3131 de 2005 y, que se da como consecuencia del imperativo cumplimiento de la prescripción de nivelación en la remuneración en los términos de la Ley 4 de 1992, causa eficiente remota.

II.C. CARÁCTER SALARIAL DE LA BONIFICACIÓN ESTABLECIDA EN EL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 3131 DE 2005

El Decreto 3135 del 08 de septiembre de 2005, creó una bonificación de actividad judicial, a saber:

“ARTÍCULO 1. *A partir del 30 de junio de 2005, créase una bonificación de actividad judicial, **sin carácter salarial**, que se pagará semestralmente el 30 de junio y 30 de diciembre de cada año, como reconocimiento económico al buen desempeño de los funcionarios que ejerzan en propiedad los siguientes empleos: . .”* (Negrillas del Despacho).

En fecha posterior, el artículo antes mencionado, fue modificado por el artículo 1 del Decreto 3382 de 2005:

ARTÍCULO 1. *Modifícase el artículo 1° del Decreto 3131 de 2005, en el sentido de que la bonificación de actividad judicial, será reconocida a quienes ocupan los empleos allí señalados, cualquiera que sea su forma de vinculación.*

A su vez el Decreto 3900 de 2008, derogó el artículo 2 del Decreto 3131 de 2005 y, estancó:

“ARTÍCULO 1. *A partir del 1° de enero de 2009, la bonificación de actividad judicial creada mediante Decreto 3131 de 2005, modificada por el Decreto 3382 de 2005 y ajustada mediante Decretos 403 de 2006, 632 de 2007 y 671 de 2008 para jueces, fiscales y procuradores judiciales 1, constituirá factor para efectos de determinar el ingreso base **de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.**”* (Negrillas del Despacho).

De esta manera, el artículo 1 del Decreto 3131 de 2005 despoja a la bonificación de actividad judicial de su carácter salarial, impidiendo que se tenga en cuenta para la liquidación de todos los derechos salariales y prestacionales de los empleados y funcionarios destinatarios de la misma. Se menoscaba el reconocimiento de sus derechos laborales (causa eficiente próxima), en cuanto a la nivelación en la remuneración en los términos de la Ley 4 de 1992 (causa eficiente remota) y, se desnaturaliza este mandato en cuanto ordenó al Gobierno Nacional que nivelara la remuneración de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

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

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

Según el Convenio 100 de 1951 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por el Congreso de la República por medio de la Ley 54 de 1962, sobre igualdad en la remuneración de hombres y mujeres, ratificado por Colombia el 7 de junio de 1963, al término remuneración debe darse el siguiente alcance:

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

Coincidente con la anterior definición de remuneración, es la contemplada por el Convenio 95 de la OIT, relativo a la Protección al Salario, aprobado mediante Ley 52 de 1962, el cual también equipara la noción de salario a la de remuneración, al señalar en su artículo 1 que:

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

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

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

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

El artículo 2 de la Ley 5 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

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

trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio... (La Sala subraya).

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

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

En sintonía con los tratados y convenios internacionales que prevalecen en el orden interno, conforme a los artículos 53 y 93 de nuestra Constitución Política; a la normatividad que nos señala que: *“Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”*² y, a la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, la bonificación establecida por el Decreto 3131 de 2005 es de naturaleza salarial y, por tal razón, y dada la finalidad de su creación con base en la Ley 4 de 1992 para nivelar la remuneración de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, debe tenerse como factor salarial.

Sobre el **principio constitucional de a trabajo igual salario igual y eficacia de los derechos a la igualdad y al trabajo digno**, señaló la Corte Constitucional³ lo siguiente:

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

² Decreto 1042 de 1978, artículo 42.

³ Corte Constitucional Sentencia T-833/12

competencia general para asumir problemas jurídicos de esta índole”

Respecto al **principio de favorabilidad**, indicó la Corte Constitucional en sentencia del 28 de julio de 2016, 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”⁴

(...) 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”**⁵

(...) Ahora bien, para dar aplicación al principio de favorabilidad, ha dicho la Corte⁶ que es necesario analizar los elementos de dicho principio teniendo en cuenta que (i) la duda debe ser seria y objetiva, pues ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, se debe considerar la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; además, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que las mismas puedan ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”

Sobre el **principio de progresividad** en materia laboral, la Corte Constitucional, en sentencia del 5 de noviembre de 2014, expediente T-4406447, 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

⁴ Sentencia T-631/02

⁵ Sentencias T-001/99 y T-800/99.

⁶ Sentencia T-599/11

para los derechos y beneficios adquiridos en materia de seguridad social⁷.

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 población⁸.

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 disminución⁹” (...)

Corolario a lo antes expuesto, se concluye de manera inequívoca que, el alcance que se le debe dar a la bonificación establecida por el artículo 1 del Decreto 3131 de 2005, esto es, que se trata de un incremento remuneratorio constitutivo de factor salarial.

Por lo tanto, cuando el artículo 1 del Decreto 3131 de 2005, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, estableció una bonificación de actividad judicial, la cual se reconocería mensualmente, no puede entenderse nada distinto a que se trata de un auténtico incremento en su asignación básica con efectos salariales en todos sus derechos económicos, a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

No puede pasarse por alto, que se trata de una bonificación pagadera mensualmente, es decir, es una retribución habitual y obligatoria, elementos que de manera incuestionable le dan la característica de un emolumento de naturaleza salarial, pues es remuneratorio del servicio, en tanto, además, responde al dispositivo contenido en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, cuya finalidad es la de nivelar la remuneración de los servidores públicos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar.

III. CASO CONCRETO

Ahora bien, revisada la foliatura se advierte que se encuentran probados los siguientes supuestos de hecho relevantes para la decisión a tomar:

La demandante **MARÍA DEL CARMEN CASTRO GUAVITA** laboró en el Ministerio de Defensa Nacional, durante 20 años de servicios continuos, ostentando al momento del retiro, el cargo de Juez de Instrucción Militar y, aprobado su retiro con novedad fiscal el dieciséis (16) de enero de dos mil doce (2012) – (Folio 3).

⁷ Corte Constitucional. T-950/2010.

⁸ Corte Constitucional. T-166/2010.

⁹ Corte Constitucional. C-566/2009.

Así mismo de la revisión de la certificación expedida por la Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar Grupo de Administración de Personal para los años 2010-2011 (Folios 8 y 9), se observa que, a la misma, la entidad demandada le canceló la bonificación de actividad judicial a que hace referencia el Decreto 3131 de 2005.

Igualmente, se advierte que, mediante **Resolución No. 812 del 23 de marzo de 2012** el Ministerio de Defensa Nacional, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación, sin incluir de la bonificación de actividad judicial como factor salarial.

En consecuencia, para el Despacho, dicha situación resulta violatoria de los tratados y convenios internacionales en materia del trabajo que prevalecen en el orden interno, que definen el alcance del concepto de remuneración y, del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 que ordenó nivelar la remuneración de los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

En ese sentido, respecto del artículo 1 del Decreto 3131 de 2005 que consagra la bonificación de actividad judicial, en lo que corresponde a la frase **“sin carácter salarial”**, el Despacho procederá a ordenar su inaplicación frente a ese parte, atendiendo los mismos argumentos esgrimidos anteriormente.

Es válido poner de presente que la excepción de inconstitucionalidad es un control constitucional por vía de excepción que puede ser aplicado oficiosamente por los jueces¹⁰ en casos particulares y concretos cuando la norma es incompatible con la constitución. Por lo tanto, el juez que advierta la transgresión normativa, está en la obligación de hacer prevalecer el ordenamiento fundamental sobre la normatividad inferior, con el objeto de mantener el orden jurídico y garantizar la protección de los derechos de las personas sean fundamentales o no.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, es clara e inequívoca la violación de la constitución y la ley en cuanto que el administrativo acusado desconoce las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que los amparaban.

En virtud de lo expuesto, el Despacho procederá a declarar la nulidad de la **Resolución No. 812 del 23 de marzo de 2012**, proferida por la Directora Administrativa (E) y la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional.

A título de restablecimiento del derecho condenará a la entidad demandada a que se realice la reliquidación y reajuste de la pensión mensual de jubilación de la demandante, con inclusión de la bonificación de actividad judicial a la que se refiere el artículo 1 del Decreto 3131 de 2005 como **factor salarial**, con efectos fiscales a partir del **16 de enero de 2012** (acorde con las pretensiones relacionadas en la demanda) y, en adelante, acorde su derecho a una pensión mensual de jubilación, en los términos antes descritos.

En ese sentido, es importante precisar que, la Ley 100 de 1993 establece unas exclusiones al régimen general consagrado y, en su artículo 279 ordena que: *“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990 . . . (…).”*

Acorde con lo expuesto, al no aplicársele el Sistema Integral de Seguridad Social a los destinatarios del Decreto Ley 1214 de 1990, se puede concluir de manera clara e inequívoca que, para la liquidación del monto de la pensión de jubilación, se deben incluir todos los factores que constituyen salario, sin distinción alguna.

¹⁰ Tal como lo dispone el artículo 148 del CPACA

Para el caso concreto, corolario de lo antes expuesto, la bonificación de actividad judicial del Decreto 3131 de 2005, una vez precisada su naturaleza jurídica como factor salarial, debe incluirse en la base para la reliquidación de la pensión mensual de jubilación de la demandante y, bajo ningún presupuesto exigir que, para su inclusión como factor salarial (partida computable), se hubieren realizado aportes, habida cuenta a que por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los destinatarios del Decreto Ley 1214 de 1990 (norma que rige para el caso concreto) están excluidos de su aplicación.

En ese sentido, respecto del artículo 1 del Decreto 3900 de 2008, en lo que corresponde a la frase ***“de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”***, el Despacho procederá a ordenar su inaplicación frente a ese parte, atendiendo los mismos argumentos expuestos anteriormente.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como reliquidación que se practique a las prestaciones sociales de la parte demandante deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por la cantidad que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada salario teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

III.B. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la demandada. El Consejo de Estado ha señalado: *“(…) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”*¹¹ y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado¹², acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: *“En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.**”* (Énfasis del Juzgado). En igual sentido, no se probaron los supuestos que exige el artículo 365-8 del Código General del Proceso que, dan lugar a costas.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192, 193 y 195 de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

¹¹ Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C.- Sra. EDUCACIÓN.

¹² Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Juez Ad Hoc,**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARESE la excepción de inconstitucionalidad de la frase **“sin carácter salarial”**, contenida en el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 3131 de 2005, e **INAPLIQUESE** con efectos inter partes en el Proceso No. 11001333500920130062600 (María del Carmen Castro Guavita en contra de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional), acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARESE la excepción de inconstitucionalidad de la frase **“de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”**, contenida en el artículo 1 del Decreto 3900 de 2008, e **INAPLIQUESE** con efectos inter partes en el Proceso No. 11001333500920130062600 (María del Carmen Castro Guavita en contra de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional), acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARESE la nulidad de la **Resolución No. 812 del 23 de marzo de 2012**, proferida por la Directora Administrativa (E) y la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del del Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDÉNESE, como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, a reconocer y pagar a la señora **MARÍA DEL CARMEN CASTRO GUAVITA**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.883.899 expedida en Bogotá, los valores que por concepto de reliquidación de una pensión mensual de jubilación, le adeuda la entidad, teniendo en cuenta la **bonificación de actividad judicial con carácter salarial**, con efectos fiscales desde el **16 de enero de 2012**, reajustando en adelante la pensión mensual de jubilación y sin perjuicio de los incrementos anuales de ley, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: ORDÉNESE a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** a pagar a la parte demandante los valores correspondientes a la reliquidación de la pensión mensual de jubilación de la demandante de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

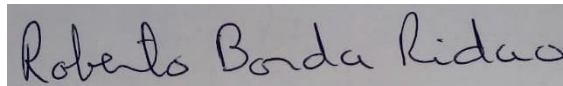
SEXTO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad, por las razones expuestas.

SEPTIMO: ADVIÉRTASE a la entidad condenada que deberá dar cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

OCTAVO: COMUNÍQUESE, una vez esté en firme la presente Sentencia, por la Secretaría del Juzgado a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (artículos 192 y 203 incisos finales de la Ley 1437 de 2011). Igualmente, **EXPÍDASE** a la parte demandante copia íntegra y autentica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

NOVENO: DEVUÉLVASE, una vez esté ejecutoriada la presente Sentencia, por la Secretaria del Juzgado al interesado, el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados. Realizada la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink on a light gray rectangular background. The signature reads "Roberto Borda Ridao" in a cursive script.

ROBERTO BORDA RIDAO
JUEZ AD HOC