

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTITRES (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.
JUEZ AD-HOC
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020)

JUEZ AD HOC: ROBERTO BORDA RIDAO

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PROCESO No.: 11001333502320180038100

DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO JIMENEZ PATIÑO

DEMANDADO: NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACION

ASUNTO: SENTENCIA 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 el señor **CARLOS EDUARDO JIMÉNEZ PATIÑO** en contra de la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

CARLOS EDUARDO JIMÉNEZ PATIÑO, actuando mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda el día veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), a saber:

I.A PRETENSIONES

“1.1. PRIMERA: Que previa inaplicación de la frase: “(...) y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”, registrada en el primer párrafo del artículo 1 de los Decretos 382 de 2013, 022 del 09 de enero de 2014, 1270 del 2015, 247 del 12 de febrero de 2016, 1015 del 09 de junio de 2017 y 341 de 2018 se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios:

1. El acto administrativo radicado No. 20183100002101 del 15 de enero de 2018.

2. El acto administrativo radicado No. 20183100024333 del 19 de febrero de 2018.

3. La resolución 21132 del 18 de abril de 2018 y notificada personalmente el 23 de abril de 2018, por medio de los cuales se niega las pretensiones de la reclamación administrativa en cuanto incluir la bonificación judicial como factor salarial al momento de realizar la liquidación de las prestaciones sociales.

1.2. SEGUNDA: Que previa inaplicación de la frase: “(...) y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.” Registrada en el primer párrafo del artículo 1 de los Decretos 382 de 2013, 022 del 09 de enero de 2014, 1270 del 2015, 547 del 12 de febrero de 2016, 1015 del 09 de junio de 2017 y 341 de 2018, se restablezca el derecho de:

1. El acto administrativo radicado No. 20183100002101 del 15 de enero de 2018.

2. El acto administrativo radicado No. 20183100024333 del 19 de febrero de 2018.

3. La resolución 21132 del 18 de abril de 2018 y notificada personalmente el 23 de abril de 2018

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el oficio del numeral anterior confirmando en cada una de sus partes la decisión del acto administrativo de radicado No. 20183100002101 del 15 de enero de 2018.

1.3 TERCERA: Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos y a título de restablecimiento de derecho, se ordene reconocer que la bonificación judicial que percibe mi mandante es constitutiva de factor salarial para liquidar las prestaciones sociales devengadas como primas, vacaciones, cesantías, entre otras, y las que se deban causar a futuro, en consecuencia, se ordene pagar a favor de mi representado el producto de la reliquidación de todas sus prestaciones sociales debidamente indexadas, a partir del 1 de enero de 2013 hasta tanto se haga efectivo el debido pago.

1.4. CUARTA: Que todas las sumas de dinero que resulten como producto del pago de los derechos reclamados, sean indexadas hasta el día en que se verifique su cancelación total, conforme lo ordena la ley 1437 de 2011.

1.5. QUINTA: Que el cumplimiento de la sentencia se ordene bajo lo estipulado en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.6. SEXTA: Que a partir del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sean pagadas las costas y agencias en derecho.

1.7. SEPTIMA: Se reconozca los intereses legales moratorios, hasta la fecha en que sean efectivamente pagadas las sumas de dinero adeudadas a mis poderdantes.

1.8. OCTAVA: Si el fallo es favorable, se ordene a la entidad acoger las medidas necesarias para su respectivo cumplimiento.

1.9 NOVENA: Para el correspondiente se ordene la expedición de copias auténticas y constancias necesarias.

1.10 DÉCIMA: *En caso de que exista oposición dilatoria que se condene en costas y agencias en derecho a la Fiscalía General de la Nación.”*

I.B HECHOS DE LA DEMANDA

Se relacionan los hechos que fueron aceptados por las partes, plasmados en el acta de audiencia inicial (acápite de fijación del litigio):

- *“Mediante solicitud presentada el día **10 de noviembre de 2017**, bajo el radicado N° **20171190152522**, ante la Fiscalía General de la Nación, el señor **CARLOS EDUARDO JIMÉNEZ PATIÑO** solicitó el reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la bonificación judicial contemplada en el Decreto No. 0382 del 06 de marzo de 2013. (fols. 11 – 13).*
- *La entidad demandada contestó la anterior petición mediante **Oficio No. 20183100002101 del 15 de enero de 2018 -acto acusado-**, negando la solicitud elevada por la demandante (fol. 14 - 15).*
- *Que el **12 de febrero de 2018**, mediante radicado No. 20186110143112, el demandante, a través de apoderada, interpuso recurso de reposición y apelación contra el acto administrativo anterior (fol. 16).*
- *El recurso de apelación fue resuelto por la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, a través de la **Resolución No. 2-1132 del 18 de abril de 2018 – acto acusado -**, confirmando de la decisión recurrida. (Sic).*
- *Mediante apoderada, el demandante presentó solicitud de conciliación el día 31 de julio de 2018, ante la Procuraduría 137 Judicial II para Asuntos Administrativos, convocando a la entidad demandada, sin que se pudiera llegar a ningún acuerdo entre las partes, ante la falta de ánimo conciliatorio (fol. 24-25).*
- *Se tienen en cuenta los otros documentos aportados con la demanda”*

I.C NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 25, 29, 53, 55, 83, 93, 209 y 228.

Violación de normas legales:

Ley 54 de 1965

Ley 16 de 1972.

Ley 50 de 1990.

Ley 4 de 1992.

Ley 319 de 1996.

Ley 411 de 1997.

Ley 1437 de 2011. Artículos 137, 138, 155.

Decreto 382 de 2013.

Decreto 022 de 2014.

Decreto 1270 de 2015.

Decreto 247 del 12 de febrero de 2016.

Decreto 1015 del 9 de junio de 2017.

Decreto 341 de 2018.

Convenio sobre la igualdad de remuneración.1951, número 100.

Señaló la parte demandante que la concepción de salario ha sido concebida y redefinida en el ordenamiento jurídico gracias a una interpretación conjunta entre la legislación, jurisprudencia, conceptos y el denominado bloque de constitucionalidad, y que no se debe basar solo en la definición del Código Sustantivo del trabajo, para evitar que por cuestiones de categorías y denominaciones formalistas se excluya un reconocimiento de pago justo al trabajo. Respecto al concepto de salario dado por las Altas Cortes ha reafirmado la necesidad de reconocer que la transacción de fuerza de trabajo por una suma monetaria tasable no puede abordarse en un formalismo estricto, sino por el contrario por la fuerza humana en la realización de tareas en una relación laboral. Hace relación a la jurisprudencia del Consejo de Estado en las que se realiza un estudio sobre el salario y la remuneración que debe recibir un trabajador. Finaliza explicando que Colombia es un Estado Social de Derecho y que por lo tanto todo operador judicial es guardián material de la Constitución y se deben garantizar el cumplimiento de esta.

I.D OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La entidad demandada contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, por cuanto los actos acusados se limitaron a señalar el cumplimiento de un deber legal que impuso el legislador a la Fiscalía General de la Nación, a través del Decreto 0382 de 2013. Indicó que la entidad dio estricto cumplimiento a la opción manifestada por los servidores, respecto del acogimiento del régimen salarial y prestacional con el fin de no vulnerar los derechos adquiridos.

Expuso que el Decreto 382 de 2013, tuvo 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, de lo que se desprende que los representante de las agremiaciones estuvieron de acuerdo con su naturaleza de factor salarial únicamente para la base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud.

Concluyó que la bonificación judicial busca la nivelación salarial y su causación es mensual mientras el servidor permanezca en servicio, y que la Fiscalía General de la Nación está actuando en cumplimiento de un deber legal, por lo que solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.-

I.E ACTUACIÓN PROCESAL

Admitida la demanda mediante providencia de fecha 12 de octubre de 2018, la misma se notificó a la entidad demandada el 19 de noviembre de 2018.-

Mediante auto de 05 de junio de 2019, se fijó fecha para el día 12 de junio de 2019, con el fin de llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

El día 12 de junio de 2019, la Juez del Despacho se constituyó en audiencia pública, desarrollando las etapas previstas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., según consta en el Acta No. 126 de 2019¹, desarrollando cada una de las etapas previstas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la que se decretaron unas pruebas, concediendo el término de treinta días para que allegaran las documentales requeridas y en aplicación a los principios de economía y celeridad procesal se omitió la audiencia de práctica de pruebas.

Una vez vencido el término probatorio y allegadas las documentales solicitadas se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión mediante auto de fecha 21 de febrero de 2020 (fl. 98 - 99).

¹ Ver folio 79 a 81 del expediente.

El apoderado de la parte demandante guardó silencio respecto a sus alegatos de conclusión.

La parte accionada presentó sus alegatos dentro del término legal los cuales se encuentran visibles a folio 101 a 102, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Señaló 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, razón por la cual dicha disposición goza de plena validez y eficacia jurídica y se encuentra amparada por el principio de legalidad y no se le puede dar otro alcance o interpretación. Arguye que si bien en el presente caso se puede llegar a establecer que la bonificación judicial creada mediante el Decreto 382 de 2013 se encuadra dentro de la definición internacional y nacional de salario, no es óbice para que automáticamente se deduzca que dicho rubro constituya base para la liquidación de las prestaciones sociales y demás emolumentos salariales que devengue un trabajador. Indicó que la restricción de carácter salarial de la bonificación judicial no expone de ningún modo una desmejora en los derechos del trabajo, ya que fue concebida desde su creación solo con efectos salariales para los aportes en seguridad social en salud y pensión, sin que esto desarrolle derechos adquiridos respecto de otros emolumentos. Concluye afirmando que la Fiscalía General de la Nación actuó en cumplimiento de un deber legal al aplicar el Decreto 0382 de 2013 y demás normas concordantes y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.-

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

II. CONSIDERACIONES

Se procederá a decidir sobre la nulidad del **Oficio No. 20183100002101 del 15 de enero de 2018**, del **Oficio No. 20183100024333 del 19 de febrero de 2018** y de la **Resolución No. 2 – 1132 del 18 de abril de 2018**, expedido por la Fiscalía General de la Nación, en virtud de los cuales se negó el reconocimiento con carácter salarial y prestacional de la bonificación judicial contemplada en el Decreto 0382 de 2013.-

II.A PROBLEMA JURÍDICO

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

Determinar si el demandante tiene derecho o no a que la entidad demandada previa inaplicación del artículo 01 del Decreto 0382 del 06 de marzo de 2013, modificado por el Decreto 022 del 09 de enero de 2014, le reconozca con carácter salarial y prestacional la bonificación judicial y a su vez le reliquide y pague y pague a partir del 01 de enero de 2013 las prestaciones sociales y demás emolumentos que hayan sido percibidos sin tomar en cuenta dicha bonificación.

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 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El artículo 53 de la Constitución Política establece:

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

“ARTÍCULO 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. (...)

Antes de mencionar el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para este Despacho es menester recordar que con la creación de la Fiscalía General de la Nación, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de esa entidad, que contenía el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos a ella vinculados, permitiendo la incorporación de servidores provenientes de la Rama Judicial, quienes podían optar por el régimen salarial y prestacional que tenían antes de su ingreso o por la Escala de Salarios establecida en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991, advirtiéndoles que solo devengarían el sueldo que corresponda al cargo.

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 Fiscalía General de la Nación 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 y, especialmente, las previstas en el artículo 14 anteriormente mencionado, profirió el Decreto 53 de 1993, contentivo de las normas referentes al régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, vinculados al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y extensivo para quienes voluntariamente a él se acojan.

Por su parte, el Decreto 4058 del 31 de octubre de 2011 creó unas denominaciones de empleos en la nomenclatura de la Fiscalía General de la Nación y estableció las actuales equivalencias de empleos en la nomenclatura de la Fiscalía General de la Nación.

Los empleados y funcionarios de la de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, dieron inicio a un paro que se levantó luego de llegar a un Acuerdo (noviembre de 2012), que ha sido la causa eficiente próxima del Decreto 382 de 2013 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 382 DE 2013

El Decreto 382 del 06 de marzo de 2013, en virtud del cual se creó una bonificación judicial para los servidores públicos pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación, cuyo régimen salarial y prestacional se encuentra contenido en los Decretos 53 de 1993 y 875 de 2012, reconocida mensualmente a partir del 1 de enero de 2013, según la tabla aportada para el efecto, debiéndose reajustar anualmente a partir del año 2014 y hasta el 2018, de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del 2%, respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior, destacando que para el año 2019 y en lo sucesivo, el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadística – DANE.

Este decreto, además ordena que 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 creada, respecto de quienes ejercen el mismo empleo y se encuentran regidos 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.

Establece el Decreto 382 de 2013, en su artículo:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto número 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto número 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (Negrillas y subrayas del Despacho)

De esta manera, la norma citada despoja a la bonificación de su carácter salarial, impidiendo que se tenga en cuenta para la liquidación de todos los derechos salariales y prestacionales de los empleados y funcionarios destinatarios de la misma. Se menoscaba la esencia del Acuerdo (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 Fiscalía General de la Nación.

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

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

Según el Convenio 100 de 1951 de la 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 54 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 Estado²:

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

² Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación 25000-23-25-000-1998-48045-01 de noviembre 21 de 2002, M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

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”*³ y, a la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, la bonificación establecida por el Decreto 382 de 2013 es de naturaleza salarial y, por tal razón, y dada la finalidad de su creación con base en la Ley 4 de 1992 para nivelar la remuneración de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General, debe tenerse como factor de salario para todos los efectos y no *“únicamente”* para las cotizaciones a salud y pensiones.

Igualmente, considera este Despacho que vale la pena recordar la posición del Consejo de Estado sobre el alcance de las primas en el sistema remuneratorio de los servidores públicos. Ello es pertinente en el juzgamiento de la presente causa, en tanto la bonificación del Decreto 382 de 2013 no es otra cosa que una prima, esto es, un incremento salarial.

Al declarar la nulidad del artículo 7 del Decreto 618 de 2007 que reiteraba que la prima del 30% del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 no tenía carácter salarial, el Consejo de Estado precisó el carácter salarial de las Primas, lo que implicó una rectificación jurisprudencial. Expresó el Consejo de Estado en esa ocasión⁴:

“Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2° del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las “primas” en la remuneración de

³ Decreto 1042 de 1978, artículo 42.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación No. 11001-03-25-000-2007-00098- 00 (1831- 07) de 02 de abril de 2009, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.

Como resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por mas exentas que estén de su carácter salarial representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que el artículo 7° del Decreto No. 618 de 2007, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de violación a los contenidos y valores establecidos en la Ley 4ª de 1992 y por lo tanto habrá necesidad de excluirlo del ordenamiento jurídico.

El carácter negativo al valor del salario que justifica la anulación, se visualiza en el nexo que existe entre los conceptos salariales admitidos por el ordenamiento para esquematizar el elenco de factores que lo integran y los montos prestacionales que de manera ordinaria representan consistencia y coordinación con lo estrictamente salarial. Así pues, la exclusión del artículo en examen, demuestra además, porqué la norma demandada materializa una situación jurídica insostenible a la luz de los principios constitucionales y de la ley marco sobre el sistema y criterio de la estructura salarial de la función pública, y desde luego, a toda una tradición jurídica que consistentemente ha regulado el sistema salarial y prestacional para en su conjunto permitirle a la Sala precisar, que el alcance de las primas indicadas dentro de la Ley 4ª de 1992 no puede ser otro que el aquí aludido.” (Subrayas del Despacho)

En igual sentido el Consejo de Estado⁵ sobre un tema similar al que hoy se debate, llegó a la conclusión que el Gobierno Nacional había disminuido el monto de las prestaciones sociales de los funcionarios de que trata el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, así:

“1. El Ejecutivo desbordó su poder por cuanto bajo la apariencia de una prima especial equivalente al 30% del sueldo básico, en realidad despojó de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que disminuyó el monto de las prestaciones sociales.

2. La Ley 4ª de 1992 materializó el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional, que contiene criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso y Fuerza Pública. Esta Ley en el artículo 2 previó un concepto cerrado en cuanto prohíbe al Gobierno de manera genérica desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.

3. El control de legalidad sobre los decretos reglamentarios de la Ley 4ª de 1992, no se agota en la confrontación formalista de los textos, sino que el alcance del control conduce al Juez Contencioso a examinar los contenidos de la norma respecto de la formulación de los programas para organizar la remuneración de los servidores públicos.

⁵ Sentencia del 19 de mayo de 2010 Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01134 01(0419-07) Actor: LEONOR CHACON ANTIA

4. La Constitución Nacional mantiene el criterio de la Carta Política anterior respecto de que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma en las condiciones laborales.”

En cuanto al tema de estudio y concretamente el factor salarial denominado prima de servicios para el personal de la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado, en sentencia del 14 de febrero de 2002, indicó⁶:

“Por consiguiente, dada su discordancia con las disposiciones legales que debía acatar el Gobierno Nacional al establecer el régimen salarial de los servidores públicos a que se contrae la Ley 4ª de 1992, más exactamente por desconocer lo previsto en el Artículo 14 ibídem, se impone infirmar la norma enjuiciada.

No obstante lo anterior, ha de precisarse que tal decisión no implica que el salario fijado en el Artículo 4º del Decreto 38 de 1999 para los funcionarios sustraídos de la posibilidad de establecer a su favor la prima de servicios, sufra alteración alguna, más exactamente deterioro o disminución, ya que en dicho artículo se estableció el sueldo mensual de los empleos de esa entidad, entre los que ellos (sic) se encuentran, sin que se advirtiera que parte alguna de tales salarios tenía una condición jurídica diferente a la de remuneración por los servicios prestados, o más exactamente, la naturaleza de prima de servicios.

Al desaparecer del concierto jurídico el Artículo 7º del Decreto 38 de 1999 que otorgó al 30% del salario básico mensual de esos funcionarios el carácter de prima especial de servicios, sólo subsiste el Artículo 4º del citado decreto mediante el cual, se insiste, se fijó la escala salarial de los citados servidores públicos, sin que se hiciera precisión en él acerca de que determinado porcentaje de dicha remuneración ostentara la connotación de prima especial de servicios.

*Por consiguiente, ha de concluirse que la anulación del artículo enjuiciado no tiene incidencia alguna en la escala de remuneración establecida en el Artículo 4º del Decreto 38 de 1999, pues de la no existencia de esa norma **lo único que se desprende es que la remuneración prevista en él para los servidores de la Fiscalía a que se hace mención en los Artículos 1º y 2º ejusdem, en su totalidad, sin excepción alguna, esto es, incluyendo a los funcionarios mencionados en el Artículo 7º, tiene exclusivamente una connotación salarial y no otra distinta, como sí la tuvo para estos últimos el 30% de sus salarios durante la vigencia de la norma demandada.***” (Negrillas del despacho).

Con posterioridad la Alta Corporación en sentencia del 15 de abril de 2004, al declarar la nulidad del artículo 8 del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000, indicó⁷:

“Debe señalarse que el inciso 1 del artículo 1 de la Ley 332 de 1996, introdujo un solo cambio a la ley marco, cual es el de que la prima especial sin carácter salarial de que trata el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 hará parte del ingreso base “únicamente para efectos de

⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil dos (2002) - Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA - Radicación número: 11001-03-25-000-1999-0031-00(197-99).

⁷ Consejo de Estado, sentencia del 15 de abril de 2004, magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, expediente 712-01, se pronunció declarando la nulidad el artículo 8º del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000, mediante el cual se dictaron normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.

la liquidación de la pensión de jubilación para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas en la ley.

Y la Ley 476 de 1998 es apenas de carácter aclaratorio y no tiene incidencia en el contenido de la ley marco, la cual, al conservar su contenido en lo fundamental debió ser acatada por el gobierno cuando expidió el decreto acusado.

Debe añadirse, **con el propósito de rectificar parte de la jurisprudencia contenida en el fallo de fecha 14 de febrero de 2002**, del expediente 197 de 1999, que al decretarse la nulidad deprecada por el actor respecto de la referida prima especial sin carácter salarial a que se contrae el artículo 8º del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000, **se reduce el ingreso mensual de los funcionarios a que esta norma se refiere en un 30%, pues este porcentaje en que consiste la prima establecida constituye un sobresueldo que contraviene, como ya quedó explicado, el mandato del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992**. A esta conclusión se llega luego de examinarse la propuesta hecha en tal sentido por la honorable conjuez que intervino en el debate del presente asunto.

Finalmente, no sobra advertir que sin embargo de la conclusión que precede, los funcionarios que hayan recibido el referido 30% antes del presente fallo como prima de servicio sin carácter salarial, no estarán obligados a reembolsarlo a la fiscalía, por cuanto ello ocurrió dentro del marco de la buena fe, tal como se desprende de los hechos a que se contrae la litis". (Negrillas y Subrayas del despacho).

Mediante sentencia del 4 de agosto 2010⁸ la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su posición y señaló que la prima especial de servicios si constituye factor salarial en el caso de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

En la providencia mencionada la Sala precisó:

“La inclusión de este porcentaje en la base liquidatoria de las prestaciones sociales de la actora para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, encuentra sustento no sólo en las sentencias anulatorias proferidas por el Consejo de Estado, como ya se dijo, sino en la decisión reciente de la Sala Plena que decidió anular el artículo 7º del Decreto No. 618 de 2 de marzo de 2007 “Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones.

Aunque dicho precedente analiza la legalidad de un Decreto que regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, resulta aplicable en este evento, porque, el tema central no es otro que el que aquí se reclama, esto es, el carácter salarial del porcentaje del 30% que a título de prima especial han venido percibiendo los empleados de la Fiscalía General de la Nación y que no ha sido incluido en la liquidación de sus prestaciones sociales. Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que

⁸ Expediente 230-2008. Actor: Rosmira Villescas Sánchez. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular. El anterior argumento no desconoce el contenido de las sentencias de anulación, sino que muestra en forma fehaciente que la jurisprudencia laboral en su desarrollo y evolución, debe propender por la real y efectiva protección de los derechos laborales económicos constitucionalmente previstos, máxime cuando el contenido de cada una de las normas era el mismo, es decir era una reproducción en la que solamente variaba el porcentaje en que se incrementaba el salario en cada una de las anualidades, pero frente a la prima especial se siguió manteniendo el mismo porcentaje y su carácter no salarial (...)."

Y finalmente el Consejo de Estado en sentencia del 2 de septiembre de 2015 Conjuez Ponente Dra. CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS Exp No. interno (0744-2008) precisó lo siguiente:

*"para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, **desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma,** contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30%del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor xxxxxxxxxx, durante el periodo demandado" Subrayas del Despacho*

Sobre el **principio constitucional de a trabajo igual salario igual y eficacia de los derechos a la igualdad y al trabajo digno**, señaló Corte Constitucional⁹ 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

⁹ Corte Constitucional Sentencia T-833/12

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 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”¹⁰

(...) 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”**¹¹

(...) Ahora bien, para dar aplicación al principio de favorabilidad, ha dicho la Corte¹² 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:

¹⁰ Sentencia T-631/02

¹¹ Sentencias T-001/99 y T-800/99.

¹² Sentencia T-599/11

“(…) 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 social¹³.

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 población¹⁴.

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 disminución¹⁵” (…)

En conclusión, la noción de prima en nuestro sistema remuneratorio, y la bonificación no son otra cosa, antes y después de la Constitución Política de 1991, ***“y conforme a su ley marco¹⁶, que un incremento, un “plus” para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.”***

Las primas y de igual forma las bonificaciones, representan un incremento en la remuneración básica de los servidores públicos, no pudiendo asignarse otro sentido al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio.

Se debe agregar que tampoco puede asignarse otro alcance a la bonificación establecida por el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, esto es, que se trata de un incremento remuneratorio constitutivo de factor salarial.

Por lo tanto, cuando el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, en desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, reconoció una bonificación judicial, la cual se reconocería mensualmente y constituiría únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no puede entenderse nada distinto a que se trata de un auténtico incremento en su asignación básica con efectos salariales en todos sus derechos económicos y no únicamente para la cotización a la seguridad social en salud y pensiones.

¹³ Corte Constitucional. T-950/2010.

¹⁴ Corte Constitucional. T-166/2010.

¹⁵ Corte Constitucional. C-566/2009.

¹⁶ Ley 4 de 1992 Artículo 14

No puede pasarse por alto, que se trata de una bonificación pagadera mensualmente, es decir, es una redistribución habitual y obligatorio, elementos que de manera incuestionable le dan la característica de un emolumento de naturaleza salarial, pues es remuneratorio del servicio, en tanto, además, responde al dispositivo contenido en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1993, cuya finalidad es la de nivelar la remuneración de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.

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:

El demandante **CARLOS EDUARDO JIMENEZ PATIÑO**, labora en la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, desde el 01 de agosto de 2005, ostentando actualmente el cargo de ASISTENTE INVESTIGATIVO CRIMINAL GRADO IV de la DIRECCIÓN SECCIONAL BOGOTÁ. (Folio 89)

Así mismo de la revisión de la constancia de los salarios percibidos por el demandante los años 2013-2017 expedido por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (folios 6-10), se observa que al mismo, la entidad demandada le aplicó los Decretos anuales que fijaron el salario y las prestaciones sociales de los servidores de dicha entidad y la bonificación judicial fue pagada sin carácter salarial.

De lo anterior, se puede concluir sin equívocos que el accionante ha venido recibiendo la bonificación judicial como remuneración mensual desde el año 2013 y hasta la fecha, sin que misma sea tenida en cuenta como un factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales a que tiene derecho.

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 también del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 que ordenó nivelar la remuneración de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

En ese sentido, respecto del artículo 1 del Decreto 382 de 2013 que establece que la bonificación judicial, *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, el despacho procederá a ordenar su inaplicación frente a este aparte, 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 jueces¹⁷ 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.

Por lo anterior, se considera pertinente que se realice la reliquidación y reajuste de las prestaciones sociales del demandante con inclusión de la bonificación judicial a la que se refiere el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, como **factor salarial** para todos los efectos legales, a partir del **1 de enero de 2013** y mientras la cause, en cuanto se trata de una remuneración habitual y periódica, percibida como contraprestación a los servicios prestados que forma parte del salario, descontando los aportes del sistema de seguridad social, si no se hubieren hecho, en la proporción que corresponda al demandante.

¹⁷ Tal como lo dispone el artículo 148 del CPACA

III.A PRESCRIPCIÓN

Ahora bien, respecto de la prescripción, es importante señalar que de conformidad con lo establecido en el Código Civil, es un modo de extinguir las acciones o derechos por no haberse ejercido dichas acciones o derechos durante cierto lapso de tiempo.

Es así como para el caso, es preciso indicar lo estipulado respecto a la prescripción trienal, por el artículo 102 del Decreto Ley 1848 de 1969 y el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968:

DECRETO LEY 1848 DE 1969

“ARTÍCULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

- 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

DECRETO 3135 DE 1968

“ARTÍCULO 41. *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.”

En concordancia con lo anterior el Consejo de Estado¹⁸ ha señalado respecto a la naturaleza de la prescripción trienal en materia laboral:

“La prescripción, es una forma de extinguir el derecho de acción que emana de un determinado derecho sustancial. Lo que realmente prescribe es el derecho a presentar una pretensión concreta.

(...)

Sin que implique cambio de jurisprudencia - sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí -debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio apareja la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento - criterio jurisprudencial que se reitera-; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del 06 de marzo de 2008, Rad. 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06)

posterioridad a la muerte del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social amplía a todas "las acciones que emanen de las leyes sociales" del trabajo."

En virtud de la normativa citada, considera el Despacho que la excepción de prescripción, si está llamada a prosperar, toda vez que la bonificación judicial fue creada para los servidores de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con el Decreto 382 de 2013 a partir del **1 de enero de 2013** y el accionante presentó la solicitud de reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial el **10 de noviembre de 2017**. En consecuencia dejó transcurrir un tiempo superior a los tres años desde el momento del reconocimiento y la presentación de solicitud, por lo cual se ordenará la prescripción de los valores anteriores al **10 de noviembre de 2014**.

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, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley en cuanto que los actos administrativos acusados desconocen 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 los **Oficios Oficio No. 20183100002101 del 15 de enero de 2018**, del **Oficio No. 20183100024333 del 19 de febrero de 2018 y de la Resolución No. 2 – 1132 del 18 de abril de 2018**, y a título de restablecimiento del derecho condenará a la entidad demandada a que realice reliquidación y reajuste de las prestaciones sociales del demandante con inclusión de la bonificación judicial a la que se refiere el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, como **factor salarial** para todos los efectos legales, a partir del 1 de enero de 2013, pero con efectos fiscales a partir del **10 de noviembre de 2014**, por prescripción trienal de los salarios anteriores a esa fecha.

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”¹⁹ y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado²⁰, 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

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.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Juez Ad Hoc – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: INAPLIQUESE por inconstitucional el artículo 1 del Decreto 382 de 2013 en la frase que establece que la bonificación judicial, “*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*”.

SEGUNDO: DECLARESE la nulidad del **Oficio No. 20183100002101 del 15 de enero de 2018**, del **Oficio No. 20183100024333 del 19 de febrero de 2018 y de la Resolución No. 2 – 1132 del 18 de abril de 2018**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENESE, como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, a la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a reconocer y pagar al señor **CARLOS EDUARDO JIMENEZ PATIÑO** identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.525.210 de Bogotá, los valores que por concepto de reliquidación de sus prestaciones sociales, como primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, bonificaciones, le adeuda la entidad, teniendo en cuenta la **bonificación judicial con carácter salarial**, desde el **01 de enero de 2013** pero con efectos fiscales desde el **10 de noviembre de 2014**, por prescripción trienal de los salarios anteriores, reajustando en adelante el salario y sin perjuicio de los reajuste anuales de ley, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. Si existieran valores sobre los cuales no se aportó a la seguridad social, la entidad podrá los respectivos descuentos en la proporción que le corresponda a la accionante.

CUARTO: ORDENESE a la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a la parte demandante los valores correspondientes a la reliquidación que se practique a las prestaciones sociales 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:

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

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

¹⁹ 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.- Sria. EDUCACIÓN.

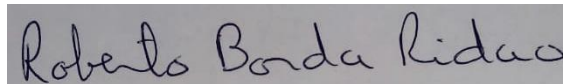
²⁰ Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

SEXTO: ADVIERTASE a la entidad condenada que deberá dar cumplimiento a la 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.

SÉPTIMO: 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 Código General del Proceso. Lo anterior a costa de la parte demandante.

OCTAVO: 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 y hecha 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