

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, noviembre 14 dos mil dieciocho (2018).

Acta No. 290
AUDIENCIA INICIAL
Artículo 180 Ley 1437 de 2011

Hora inicio: 09:45 A.M.
Hora finalización: 10: 45 A.M.

EXPEDIENTE: 76001-33-33-005-2016-00190-00
DEMANDANTE: VÍCTOR ALFONSO GIRALDO BALLESTERO
DEMANDADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
JUEZ: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

1. ASISTENTES

1.1. APODERADA PARTE DEMANDANTE:

NOMBRE: DIANA ISABEL CASTAÑO MIRANDA
C.C. N°: 31.571.765
T. P. N°: 116.140 del C.S.J.

1.2. APODERADA PARTE DEMANDADA:

NOMBRE: CLAUDIA YANNETH CELY CALIXTO
C.C. N°: 24.048.922
T. P. N°: 112.288 D1 del C.S.J.

1.3.- MINISTERIO PÚBLICO:

NOMBRE: HÉCTOR ALFREDO ALMEIDA
C.C. N°: 14.466.037 de Cali
T. P. N°: 157.084 del C.S.J.

AUTO DE SUSTANCIACIÓN N° 663

Tanto el apoderado de la parte demandante como de la demandada sustituyen el poder ellos conferidos, documentos que cumplen con lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso; por tanto el Despacho **RESUELVE:**

RECONOCER PERSONERÍA a la abogada Diana Isabel Castaño Miranda, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.571.765 y tarjeta profesional N° 116.140 del Consejo Superior de la Judicatura y la abogada Claudia Yanneth Cely Calixto, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.048.922 y tarjeta profesional N° 112.288 –D1 del Consejo Superior de la Judicatura.

La presente providencia queda notificada en estrados.

2. SANEAMIENTO

Respecto al saneamiento del proceso, no detecta este juzgador ninguna irregularidad procesal o causal de nulidad que invalide lo actuado:

- En efecto, con el auto admisorio de la demanda, se verificaron presupuestos tales como: i) competencia; ii) caducidad; y iii) conclusión del procedimiento administrativo.
- La notificación de la demanda, se surtió correctamente, en los términos del Art. 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según constancia de notificación y acuses de recibido que se observa de folios 86 a 90 del expediente.
- Se verificó que los términos para contestar y para reformar la demanda corrieron debidamente, según se informa en constancia secretarial obrante a folio 129 del expediente.
- La entidad demandada contestó la demanda dentro del término legal permitido (fl. 129) y la parte actora no reformó la misma.
- Se corrió traslado de las excepciones propuestas por la demandada y la parte demandante se pronunció sobre éstas (folio 129).

Hechas las anteriores consideraciones, es menester interrogar a los apoderados de las partes para que manifiesten si se encuentra de acuerdo con el trámite impartido dentro del sub-lite, o si a bien lo tiene, indique si detectan alguna irregularidad o causal de nulidad que invalide lo actuado.

INTERVINIENTE	ADVIERTE IRREGULARIDAD	ADVIERTE CAUSAL DE NULIDAD
APODERADA PARTE DEMANDANTE	NO ADVIERTE	NO ADVIERTE
APODERADA PARTE DEMANDADA	NO ADVIERTE	NO ADVIERTE
MINISTERIO PÚBLICO	NO ADVIERTE	NO ADVIERTE

En este orden de ideas, al no advertir por las partes ninguna irregularidad o nulidad, se continuará con el desarrollo de la audiencia.

Lo decidido en este acápite de saneamiento queda notificada por Estrados a las partes.

3. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

No hay lugar al desarrollo de esta etapa, por cuanto la entidad demandada no presentó excepciones previas con la contestación de la demanda.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

De la confrontación del escrito de demanda y de su contestación, se puede establecer que existe:

- consenso en los hechos: 1, 2, 8, 9, 10, y no hay acuerdo frente a los demás hechos.

Así las cosas, no hay lugar a indagar a las partes sobre cualquier otro aspecto, y el Despacho fija el litigio en los siguientes términos:

¿Por virtud del Decreto 382 de marzo 6 de 2013, constituye la bonificación judicial factor salarial y en consecuencia se deben re liquidar los salarios y prestaciones percibidos por el demandante, causados con posterioridad a la expedición del Decreto citado?

En consecuencia:

-Se deben anular los actos administrativos acusados, es decir el oficio No. DS-06-12-6 SAJ-025 de enero 18 de 2016; emanado de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación de Cali, a través del cual dio respuesta negando la petición de que se le reconozca el carácter de factor salarial de **la bonificación judicial** creada mediante Decreto 382 de 2013, y la Resolución No. 2-0599

del 09 de marzo de 2016, mediante la cual La Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, dio respuesta al recurso de apelación, confirmando lo resuelto en primera instancia **y en consecuencia restablecer el correspondiente derecho?**

En consecuencia se deben reliquidar y pagar las prestaciones sociales (cesantías, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad, etc.), al demandante que en ejercicio del cargo devengaba, y a la diferencia que por concepto de ajuste por IPC, corresponda a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.

Se procede a indagar a los apoderados de las partes para que manifiesten su acuerdo o desacuerdo con la fijación del litigio planteado.

Manifiestan estar de acuerdo con la fijación del litigio efectuada por el Despacho, por lo tanto éste queda fijado en los términos antes expuestos y con las aclaraciones mencionadas.

La presente decisión queda notificada en estrados.

5. CONCILIACIÓN

Destaca el despacho, que la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que entre otros, tiene beneficios tales como: **i)** Un ahorro patrimonial a favor de las entidades y organismos estatales; **ii)** la contribución a la descongestión de la administración de justicia; y, **iii)** la efectiva protección y garantía de los derechos de los ciudadanos.

Por lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el numeral octavo (8°) del Art. 180 de la ley 1437 de 2011, se insta a las partes para que manifiesten su ánimo conciliatorio, y propongan sus respectivas fórmulas, que para el caso de la entidad demandada, debe estar soportada por el acta expedida por el comité de conciliación, no sin antes advertirles que es válida la convocatoria a la presente audiencia de conciliación así se trate de derechos laborales irrenunciables, sólo que el posible *“acuerdo conciliatorio debe estar limitado a que no se menoscaben derechos ciertos e indiscutibles y no se renuncie a los mínimos establecidos en las normas laborales y al derecho a la seguridad social”*¹,

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B – C.P. Gerardo Arenas Monsalve – Auto del 14 de junio de 2012 – Radicación: 25000-23-25-000-2008-01016-01(1037-11).

presupuestos que se verificarán al momento de aprobar el acuerdo conciliatorio al que puedan llegar las partes.

Parte demandada: Manifiesta que la entidad demandada no tiene ánimo conciliatorio y allega certificación expedida por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la entidad. De acuerdo con lo anterior, se declara fallida la conciliación.

La presente decisión queda notificada en estrados.

6. MEDIDAS CAUTELARES

Como no fueron solicitadas se continua con el trámite de la audiencia.

7. DECRETO DE PRUEBAS

7.1. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE:

DOCUMENTALES: Téngase como pruebas al momento de dictar sentencia, los documentos acompañados con la demanda, obrantes de folios 21 a 67 del cuaderno principal del expediente.

7.2. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA:

7.2.1. Téngase como pruebas los documentos acompañados con la contestación de la demanda, los cuales serán valorados al momento de dictarse sentencia.

7.2.2. Se niega la práctica de la prueba documental solicitada en el acápite de pruebas de la contestación de la demanda, por cuanto se considera que las pruebas allegadas al proceso son suficientes para resolver de fondo el presente asunto.

La presente decisión queda notificada en estrados.

8. AUDIENCIA PRUEBAS Y TRASLADO DE ALEGATOS

AUTO DE SUSTANCIACIÓN No. 664

Teniendo en cuenta que en el presente asunto no hay pruebas que practicar, en tanto que las obrantes en el expediente son suficientes para dictar sentencia. De conformidad con el Artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Despacho **RESUELVE**:

- 1.- **PRESCINDIR** de la audiencia de pruebas y en consecuencia se constituye en audiencia de juzgamiento.
- 2.- **CORRER** traslado a las partes, para que presenten sus alegatos de conclusión.
- 3.- Escuchados los alegatos respectivos, se dictará sentencia dentro del presente asunto.

La presente decisión queda notificada en estrados.

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **PARTE DEMANDANTE:** manifiesta que se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda. queda grabado en audio.
- **PARTE DEMANDADA:** Expone sus alegatos, al exponer sus alegatos, observa el Despacho que la apoderada se ratifica en lo manifestado en la contestación de la demanda, pues al hacer una comparación entre uno y otro, no difieren sustancialmente.
- **MINISTERIO PÚBLICO:** emite concepto, solicitando que se accedan a las pretensiones de la demanda. queda grabado en audio.

9. SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 178

Santiago de Cali, noviembre catorce (14) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación No. 76001-33-33-015-2016-00190-00
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Demandante: VÍCTOR ALFONSO GIRALDO BALLESTERO
Demandados: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Por medio de la presente providencia se ocupa el Juzgado de emitir la decisión de fondo que se considere acertada, dentro del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Víctor Alfonso Giraldo Ballestero, en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación a fin de que se hagan las siguientes.

2.- DECLARACIONES Y CONDENAS

1. 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.”, consignada en el primer párrafo del artículo 1º del Decreto No. 0382 de 2013, se declare la nulidad de del oficio No. DS-06-12-6-SAJ-025 del 18 de enero de 2016, por el cual se negó la reclamación del demandante y de la resolución No. 2-0599 de marzo 09 de 2016, por la cual se resolvió, por vía de apelación se confirmó la primera decisión y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Fiscalía General de la Nación, reconocer que la bonificación judicial que percibe es constitutiva de factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas y las que se causen a futuro, y, en consecuencia, le pague el producto de la reliquidación de dichos emolumentos debidamente indexadas a partir del 1 de enero de 2013 hasta que se haga efectivo el pago.

3.- HECHOS

Como fundamentos fácticos, adujo la parte actora que sostiene una relación legal y reglamentaria con la Fiscalía General de la Nación desde marzo 08 de 2012, ejerciendo actualmente el cargo de Asistente de Fiscal II en la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana con sede en Cali (Valle del Cauca). Señaló que efectuó reclamación administrativa ante la demandada, solicitando el reconocimiento de la bonificación judicial contemplada en el Decreto 0382 de 2013 y los demás que lo modifican, es factor salarial para todos los efectos legales y, en consecuencia, se ordenara la reliquidación y pago debidamente indexado de todas las primas y prestaciones causadas y que se causen en el futuro. Dicha reclamación fue desatada mediante el Oficio No. DS-06-12-6-SAJ-025 del 18 de enero de 2016, contra el cual se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto mediante la Resolución No. 2-0599 de marzo 09 de 2016.

4.- DISPOSICIONES LEGALES VIOLADAS

- La convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en el ordenamiento interno mediante la Ley 16 de 1972.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", aprobada mediante la Ley 319 de 1996.
- Los convenios 95, 100 y 111 de la OIT, sobre la protección del salario, igualdad de remuneración y discriminación en materia de empleo.
- El Convenio 151 de la OIT
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica.
- Los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 53, 55, 83, 93, 209 y 228 de la Constitución Política.
- Ley 54 de 1962
- Ley 16 de 1972
- Ley 21 de 1982
- Ley 50 de 1990
- Ley 4 de 1992
- Ley 270 de 1996
- Ley 319 de 1996
- Ley 411 de 1997

- Ley 1496 de 2011
- Decreto Ley 1042 de 1978
- Decreto 1092 de 2012
- Acuerdo del 6 de noviembre de 2012.

5.- CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señaló que la demandada al negar que la bonificación judicial es constitutiva de factor salarial para liquidar y cancelar todas las demás prestaciones sociales que percibe, desconoció su naturaleza salarial y legal. A su juicio, por ser un pago que retribuye directamente su trabajo y que ha sido cancelado desde el 1 de enero de 2013 hasta la fecha de forma periódica e ininterrumpida, ostenta una naturaleza salarial.

Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, el salario no solo está constituido por la remuneración ordinaria sino también por todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, norma que, en su sentir, le es aplicable toda vez que es una ley social, por lo cual la negativa de la accionada viola de manera flagrante los tratados internacionales, la constitución política, las leyes y actos reglamentarios que protegen todos los derechos del trabajador.

Aseguró que la entidad demandada desconoció que la bonificación se originó con ocasión de la negociación colectiva del 6 de noviembre de 2012, suscrita por el alto gobierno, por lo que, a su parecer, se violó la debida aplicación de un derecho concertado y reconocido.

Adujo que como quiera que la Convención de Viena contempla el principio de Pacta Sunt Servanda y, por ende, los estados no pueden incumplir las normas de carácter internacional so pretexto de aplicar una norma estirpe interna, el trabajador no puede tener desmejoras ni ser discriminado, toda vez que el Convenio 151 de la OIT protege los acuerdos producto de una negociación colectiva.

Agregó que se le está negando el carácter retributivo a su trabajo, impidiéndole el mejoramiento de sus condiciones económicas, dada la pérdida de poder adquisitivo de sus salarios, fenómeno que llevó a la suscripción del Acuerdo de fecha 6 de noviembre de 2012, con el que se buscaba compensar tal situación.

En tales condiciones, continuó el togado, no hay un tratamiento igualitario entre lo inicialmente acordado por el alto gobierno, cuando suscribió el acuerdo del 6 de noviembre de 2012 y los decretos que posteriormente expidió, porque se anula la naturaleza salarial que está intrínseca en dicho pago que se cancela mensualmente por ser de carácter permanente y es una retribución directa del servicio.

A su juicio, si se iba a excluir la naturaleza salarial del derecho a la nivelación en la remuneración que se reconoció a los funcionarios y empleados de la Fiscalía y de la Rama Judicial, debió haberse estipulado como un factor objetivo de diferenciación en el acuerdo del 6 de noviembre de 2012, con la obligación de explicar las razones que lo justifiquen, tal como lo dispone el artículo 7º de la Ley 1496 de 2011.

6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas planteadas en la demanda, argumentando que estas carecen de fundamentos tácticos y jurídicos, por cuanto los actos demandados se limitaron a señalar el cumplimiento de un deber legal que le impuso el legislador a la Fiscalía General de la Nación a través del Decreto 0382 de 2013.

Agrega que ha dado estricto cumplimiento a la opción manifestada por servidores, respecto del acogimiento al régimen salarial y prestacional permitido a través de los Decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional, para los empleados de la Corporación, a fin de no vulnerar los derechos adquiridos.

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

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

del Ejecutivo Nacional.

7. CONSIDERACIONES

7.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MERITO:

Por confundirse con el fondo del asunto, los medios exceptivos propuestos por la apoderada de la entidad demandada serán resueltos en el desarrollo de la presente providencia, sin ser necesaria su individualización.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico versa en analizar si la decisión administrativa contenida en el oficio No. DS-06-12-6-SAJ-025 del 18 de enero de 2016, por el cual se negó la reclamación de la demandante y la resolución No. 2-0599 del 09 de marzo de 2016 que, por vía de apelación, confirmó el primer acto, son violatorios de los artículos 1º del Decreto 0382 del 6 de marzo de 2013 que determina que la bonificación judicial sólo constituiría factor salarial para calcular la base de cotización al sistema general de seguridad social en salud y pensiones; 2º literal a de la Ley 4ª de 1992, que establece que para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, el Gobierno Nacional debe tener en cuenta entre otros objetivos y criterios, el de respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

La tesis del Juzgado es que los actos administrativos demandados violan las disposiciones enunciadas, dado que a nivel jurisprudencial se ha establecido que la bonificación por servicios al interior de la Fiscalía General de la Nación, constituye factor salarial, posición a la cual se arriba con base en la siguiente argumentación:

8. HECHOS PROBADOS

En primer lugar, debe dejarse sentado que dentro del plenario se cuenta con la siguiente prueba documental:

8.1. Copia del acta de acuerdo suscrito entre el Gobierno Nacional y los representantes de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación (folios 21 a 24).

8.2. Copia del concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la bonificación judicial (folios 25 a 31).

8.3. Copia de la reclamación Administrativa presentada por el accionante ante la Fiscalía General de la Nación, solicitando que se reconozca que la bonificación judicial es constitutiva de factor salarial (folios 32 a 35).

8.4. Copia del Oficio No. DS-06-12-6-SAJ-025 del 18 de enero de 2016, mediante el cual se resolvió la reclamación administrativa de la demandante y otros (folios 37- 38).

8.5. Copia del recurso de apelación interpuesto contra el anterior oficio (folios 39 a 42).

8.6. Copia de la Resolución No. 2-0599 de marzo 09 de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación anterior (folios 44 a 47).

8.7. Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (folio 48).

8.8. Constancia de servicios prestados por el señor Giraldo Ballesteros, proferida por el Jefe de Sección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación-Seccional Cali, en la que consta que ingresó a dicha entidad en marzo 08 de 2012, el último cargo que ha desempeñado es el de Asistente de Fiscal II y percibe sueldo y bonificación judicial (folio 49).

8.9. Copia de la constancia de los emolumentos devengados por el demandante y las deducciones que se le han efectuado de enero a diciembre de 2013 (folio 50), de enero a diciembre de 2014 (folio 51) y enero a diciembre de 2015 (folio 52).

8.10. Copia de la constancia de las cesantías recibidas por el demandante, expedida de la Fiscalía General de la Nación en los años 2013 y 2014 (folios 53)

9. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

La Ley 4 de 1992, *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales*

e) y f) de la Constitución Política” señala en sus artículos 1º y 2º que el Gobierno Nacional fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República.

Para ello, según criterio de la misma legislación, debía tener en cuenta el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales; el respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura; la concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo; la modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública y la utilización eficiente del recurso humano, entre otros.

A su vez, el artículo 14 de la mencionada ley, estableció lo siguiente:

“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.”

De conformidad con lo anterior, el Gobierno Nacional, debía revisar el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación.

Con base en dicha tesis, en el segundo semestre del año 2012, los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, efectuaron una movilización masiva y un cese de actividades a nivel nacional, persiguiendo dicha nivelación, la cual terminó con la firma de un Acuerdo entre el Gobierno Nacional y las organizaciones sindicales representantes de dicha agremiación, celebrado el 6 de noviembre de ese año en el que, luego de disponer de los recursos respectivos, se reconoció la nivelación salarial y prestacional a que se refiere la Ley 4 de 1992.

Dado lo anterior, a través del Departamento Administrativo de la Función- Pública, se expidió el Decreto 0382 del 6 de marzo de 2013, *“Por el cual se crea una bonificación*

judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, que en su artículo primero, dispuso lo siguiente:

“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 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud...”

La lectura del Artículo 1º del Decreto 383 de 2013, expedido en virtud de la Ley 4 de 1992, permite establecer que la bonificación judicial allí prevista, es considerada como salario solamente para las cotizaciones que se hacen al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, sin que afecte la liquidación de las prestaciones sociales.

La mencionada norma condicionó la bonificación judicial y estableció que sólo la devengarían los servidores públicos acogidos por el Decreto 53 de 1993 y 875 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen.

Sobre este asunto, no se presenta discusión en el presente caso, por cuanto el demandante, Vector Alfonso Giraldo Ballesteros, viene devengado dicha bonificación, de conformidad con las constancias que obran en el plenario.

Ahora bien, salario, según lo expone la jurisprudencia del Consejo de Estado², es:

(...) “toda suma que remunere el servicio prestado por el trabajador” y que no hace parte de éste, “(i) los pagos ocasionales y que por mera liberalidad efectúa el empleador, como bonificaciones (ii) los pagos para el buen desempeño de las funciones a cargo del trabajador, como el auxilio de transporte (iii) las prestaciones sociales y (iv) los beneficios o bonificaciones habituales u ocasionales de carácter extra legal si las partes acuerdan que no constituyen salario”,

Por lo anterior, es dable concluir que la bonificación judicial no puede tener carácter salarial solo de manera parcial para el sistema de seguridad social integral y no para el resto de las prestaciones sociales.

Por el contrario, la bonificación judicial creada por el Artículo 1 del Decreto 382 de 2013, constituye salario en su integralidad, pues remunera el servicio como contraprestación

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, providencia del seis (6) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-27-000-2011-00336-01(20030), Actor: HELM COMISIONISTA DE BOLSA S.A, Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

del trabajo, todo esto, como lo ha establecido la Corte Constitucional³ cuando indicó que:

“Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio”,

El argumento señalado permite inferir la ilegalidad que deviene de la restricción del elemento constitutivo de salario en el caso en particular, máxime que dicho emolumento es pagado por la Fiscalía General de la Nación a sus servidores en forma habitual, vale decir, con periodicidad mensual.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado⁴, al determinar que el salario:

(...) “es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio”.

En el presente caso, se debe señalar que la bonificación judicial es una suma que se percibe de forma habitual, pues su pago se efectúa mensualmente, lo que indica que no es un reconocimiento monetario otorgado por mera liberalidad del empleador, sino que por su real conformación consiste en una remuneración directa del servicio, lo que la convierte en un elemento constitutivo de salario.

Así pues, cuando el artículo 1º del Decreto 382 de 2013 dispone que:

“Constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”

Se está expresando de manera clara una ambigüedad, pues teniendo en cuenta el concepto de salario definido con anterioridad, este tiene una composición específica, que no permite dicha restricción, cuando es claro que la jurisprudencia, la doctrina y la ley dejaron sin vacíos dicho concepto.

En este punto, es importante aclarar que la Ley 344 de 1996, reglamentada parcialmente

³ Sentencia C-521 de 1995, Ref.: Expediente No. D-902, ACTOR: Jorge Luis Pabón Apicella. Demanda de inconstitucionalidad contra un segmento de los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, providencia del veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012). Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Expediente: 050012331000200102260 01, Referencia: 0584-2010, Actor: Gloria Inés Fernández Cardona, Autoridades Municipales.

por el Decreto Nacional 1267 de 2001, *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”*, indicó que los pagos que no constituyen salario están excluidos de la base de liquidación de aportes concernientes a la seguridad social, de la siguiente manera:

“Artículo 17º.- Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.

Las Entidades Públicas que vienen atendiendo en forma directa y por convención colectiva el pago del subsidio familiar, podrán seguirlo haciendo de esa forma, sin que sea obligatorio hacerlo a través de una Caja de Compensación Familiar.

En los términos del presente artículo se entiende cumplida por las Entidades Públicas aquí mencionadas la obligación prevista en el artículo 15 de la Ley 21 de 1982.”

En estos términos, si bien el Artículo 1 del Decreto 382 de 2013 dispuso la creación de una bonificación que no constituye salario, la misma redacción del texto, conforme la normatividad citada en líneas anteriores, está desvirtuando tal restricción, pues si hace parte del monto para liquidar los aportes a la seguridad social en salud y pensiones, significa que si es constitutiva de salario.

El Consejo de Estado ha considerado que la ley 4 de 1992 le prohibió al Gobierno desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado y ha aclarado en qué casos el ejecutivo desborda su poder, en los siguientes términos:

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.***
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***⁵”.**

Así mismo, ha señalado que cualquier suma que reciba el trabajador de manera habitual

⁵ Sentencia del 19 de marzo de 2010, Expediente 2005-01134, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sección Segunda del Consejo de Estado.

y como contraprestación de su labor, constituye factor salarial:

*"Lo anteriormente transcrito permite concluir que dentro del régimen jurídico anterior a la Carta Política como en el transcurrir de esta, el concepto de prima, **entendido como tal cualquier "incentivo" que se le dé a un trabajador de manera habitual y como contraprestación de su labor**, como ocurre en este caso, debe significar ineludiblemente un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público, que no puede desconocerse ni desnaturalizarse cercenándole el carácter de factor salarial.*

Teniendo en cuenta entonces que la naturaleza del "incentivo" en estudio es netamente salarial y que la misma la recibe el empleado público de la planta de personal de la DIAN de manera habitual, periódica y como contraprestación directa de su despliegue laboral, para la Sala resulta claro que el Ejecutivo al expedir el decreto demandado desbordó su poder, por cuanto bajo la apariencia de un "incentivo", que como su nombre lo dice pretende estimular al empleado con una retribución económica "adicional", desmejoró el salario de los empleados pertenecientes a la entidad aludida.

*Así las cosas el Ejecutivo al establecer que este 26%, como rubro máximo a devengar por medio de este incentivo, no constituye factor salarial, lo que en realidad hace es despojar de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que de contera disminuye el monto de las prestaciones sociales."*⁶

De conformidad con lo anterior, no es procedente despojar de efectos salariales a lo devengado por el empleado de forma habitual, disminuyendo el monto de sus prestaciones sociales.

No cabe duda, según el desarrollo jurisprudencial expuesto, que el concepto de salario va más allá de lo que el empleador pacte con el empleado, pues la formalidad que deviene del Decreto no es suficiente para desvirtuar los verdaderos efectos jurídicos de la bonificación judicial creada.

De otro lado, la Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", en su Artículo 21, dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

De lo anterior se colige que la base para la liquidación de la pensión deviene del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado, lo que quiere decir que las cotizaciones hechas al Sistema General de Pensiones son únicamente descontadas

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, providencia del seis (6) de julio de dos mil quince (2015).-Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00067-00(0192-11), Actor: Sindicato Nacional de Empleados Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "SINEDIAN", Demandado: Gobierno Nacional.

del salario, razón que permite indicar el carácter salarial de la bonificación judicial creada por el Decreto 382, toda vez que para la cotización al Sistema General de Pensiones solo se incluye el salario.

Lo que, aunado a los demás argumentos desplegados en esta providencia, permite desvirtuar la legalidad que se predica de dicha disposición, como quiera que es violatoria de la Constitución, pues nació a la vida jurídica incurriendo en una violación directa de los principios establecidos en la norma de rango superior y de la Ley 4ª de 1992.

10.- CASO CONCRETO

De las pruebas obrantes en el plenario, específicamente de la certificación fechada el 21 de diciembre de 2015, obrante a folio 49 del plenario, expedida por el Jefe de Sección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación-Seccional Cali, se tiene que el señor Víctor Alfonso Giraldo Ballesteros, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.378.790 de Cali, se encuentra vinculado a dicha entidad desde el marzo 08 de 2012 y, actualmente desempeña el cargo de Asistente de Fiscal II.

Así mismo, de las certificaciones de salarios que obran a folios 50 a 52 del expediente, se encuentra probado que el demandante, durante los años 2013 a 2015, percibió de manera mensual una bonificación judicial, la cual no fue tomada en cuenta como factor salarial para calcular todas sus prestaciones sociales y, en especial está acreditado que la misma no fue incluida en la base para calcular sus cesantías durante dichos periodos (folio 53).

En efecto, la Fiscalía General de la Nación, en los actos administrativos acusados, señaló que la bonificación judicial creada mediante el Decreto 0382 del 2013, sólo ha sido tomada como factor salarial para liquidar la base al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Significa lo anterior que la entidad accionada, al no darle la connotación de factor salarial a la bonificación judicial, para efectos de liquidar todas las prestaciones sociales percibidas a partir del 1º de enero de 2013, está realizando una aplicación restrictiva y desfavorable de la norma y está vulnerando los derechos laborales de sus empleados, al disminuir en forma notoria sus salarios, alejándose de tal manera del espíritu de la nivelación salarial contenida en la Ley 4ª de 1992.

Así las cosas, se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados y, en consecuencia, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación, reconozca a favor del demandante Víctor Alfonso Giraldo Ballesteros, la bonificación judicial como factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas a partir del 1º de enero de 2013 y las que se causen a futuro, con la consecuente liquidación y pago de todas esas acreencias causadas a partir de esa data y hasta que se haga efectiva la solución, incluyendo en la respectiva base de liquidación, la bonificación judicial como factor salarial.

Ello, al inaplicarse 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”*, contenida en el artículo 1º del Decreto 0382 del 6 de marzo de 2013, por ser contraria a aquellas normas de las cuales deriva su validez.

Es claro que, como lo ha referido la jurisprudencia, en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad y justicia que permite el pago del valor real de las acreencias⁷. En ese orden de ideas, la entidad demandada deberá indexar las diferencias que arroje la liquidación a favor del demandante, utilizando la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste prestacional al momento de adquirirse el derecho, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Ahora bien, para referirse al pago de intereses moratorios deprecados, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que no es posible acceder al reconocimiento de indexación e intereses de manera simultánea, por considerar incompatibles estas dos figuras, en tanto una y otra obedecen a la misma causa, cual es

⁷ En este sentido puede consultarse lo expuesto en la sentencia de 23 de mayo de 2002, dictada en el proceso 4798-01.

prevenir la devaluación monetaria y en consecuencia, equivaldría a un doble pago por la misma razón⁸; por manera que su pretensión por esta aspecto, será denegada.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santiago de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Inaplicar por ilegal 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”* contenida en el artículo 1º del Decreto 0382 del 6 de marzo de 2013, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de la decisión administrativa contenida en el oficio No. DS- 06-12-6-SAJ-025 del 18 de enero de 2016, proferido por el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación y de la Resolución No. 2-0599 de marzo 09 de 2016, *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”*, proferida por la Subdirectora de Talento Humano.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se condena a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer a favor del demandante VÍCTOR ALFONSO GIRALDO BALLESTERO, la bonificación judicial como factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas a partir del 1º de enero de 2013 y las que se causen a futuro.

Por tal razón deberá reliquidar y pagar las diferencias entre lo pagado y lo que debió pagar por concepto de prestaciones sociales causadas a partir del 1º de enero de 2013 y hasta que se haga efectivo el pago, incluyendo en la respectiva base de liquidación, la bonificación judicial como factor salarial,

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Dese cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 192 y 195 del CPACA.

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "A" - Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON - treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007) - Radicación número: 47001-23-31-000-1999-00329-01(9710-05)

SEXTO: En firme esta providencia, se remitirá copia íntegra de la misma al obligado para su ejecución y cumplimiento, como lo prescribe el inciso final del artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Ordenar la devolución de los dineros remanentes si a ello hubiere lugar, consignados por concepto de gastos del proceso, una vez se efectúe la liquidación respectiva.

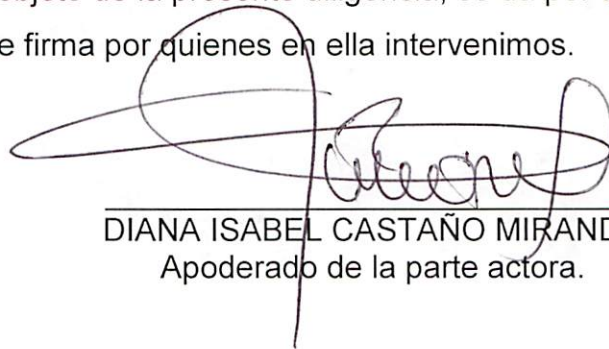
La presente providencia queda notificada en estrados, conforme lo establece el artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada, siendo las 10:45 de la mañana, y se firma por quienes en ella intervenimos.



DIANA ISABEL CASTAÑO MIRANDA
Apoderado de la parte actora.



CLAUDIA YANNETH CELY CALIXTO
Apoderada de la entidad demandada



HÉCTOR ALFREDO ALMEIDA
Ministerio Público



HARIS UBEIMAR CUERO PEREA

Official Mayor

RECEIVED BY COURTESY

RECEIVED BY COURTESY

RECEIVED BY COURTESY

RECEIVED BY COURTESY

RECEIVED BY COURTESY

RECEIVED BY COURTESY