

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

Ibagué, veintiocho de junio de dos mil veintidós.

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 73001-33-33-010-2020-00010-00
Demandante: GERMAN ORLINDER MORENO SUAREZ Y OTROS
Demandada: NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

A través de apoderado judicial, los señores GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ, AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS y LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauran demanda en contra de la NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, pretendiendo que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 31500-4830 de 28 de noviembre de 2018, expedido por el Subdirector Regional de Apoyo Centro- Sur Tolima de la Fiscalía general de la nación, así como la declaratoria de existencia de un acto administrativo ficto negativo, producto del silencio de la administración, consistente en no desatar el recurso de apelación en contra del mencionado acto, así como la nulidad del mismo.

ANTECEDENTES

Los demandantes promovieron la acción contenciosa de la referencia, ante los jueces administrativos de Ibagué, habiéndole correspondido por reparto al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el 15 de enero de 2020, teniéndose que, mediante providencia de fecha 11 de febrero de 2020, el titular del Despacho Dr. Luis Manuel Guzmán se declaró impedido para conocer del medio de control de la referencia. Mediante providencia del 12 de marzo de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima aceptó el impedimento manifestado y declaró apartados del conocimiento del presente asunto a los jueces administrativos del circuito judicial de Ibagué.

En diligencia realizada el 14 de octubre de 2020, por parte del Tribunal Administrativo del Tolima, se llevó a cabo el sorteo de Conjuez para que ejerza como Juez Ad-Hoc, siendo designado el Dr. Juan Manuel Aza Murcia.

HECHOS DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos:

1. Mis poderdantes prestan sus servicios en la fiscalía general de la Nación Seccional Tolima. De la subdirección regional de apoyo Centro Sur.
2. Mis poderdantes ocupan los siguientes cargos:
 - AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS: Técnico Investigador I
 - LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO: secretario Administrativo II
 - GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ: Agente de Protección y Seguridad IV
3. Mis poderdantes han permanecido vinculados a la Nación- fiscalía general de la Nación de manera continua y permanente durante todo este lapso de tiempo,

desempeñando las labores con los más altos estándares de calidad, mostrando un desempeño ejemplar y eficiente.

4. Mis poderdantes fueron favorecidos por el Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014, por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones y desde el 01 de enero del año 2013, se inició el pago de las bonificaciones establecido en el mencionado Decreto, sin embargo esta bonificación no ha sido tomada en cuenta como factor prestacional salvo en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social en salud y pensión.
5. La bonificación judicial es recibida de forma mensual por parte de mis poderdantes, por lo que se considera de que es habitual, y de acuerdo a los últimos pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado y de la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, han indicado que todo lo que reciba el trabajador de forma permanente o habitual constituye salario y hace parte integral del mismo, por lo que dicha bonificación debe ser incluida en la liquidación de todas las prestaciones sociales.
6. Se realizó reclamación administrativa ante la fiscalía general de la Nación - Talento humano, con el fin de que se le reconociera y pagara la reliquidación de las prestaciones sociales por la no inclusión en su liquidación de la BONIFICACION JUDICIAL.
7. Posteriormente, la fiscalía general de la Nación procede a dar respuesta mediante los oficios Numero:
 - N° 31500-4830 de 28 de noviembre de 2018, por el cual se dio respuesta a los funcionarios **AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS, LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO Y GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ.**
8. Contra la decisión relacionada en los oficios enlistados anteriormente, se interpuso recurso de apelación ante la Subdirección Nacional de Talento Humano.
9. La fiscalía General de la Nación no resolvió el recurso de apelación dentro del término legal, por lo cual se configuró el silencio administrativo negativo, quedando de esta forma agotada en debida forma la vía gubernativa.
10. Solicito se tenga en cuenta el fallo proferido por el juzgado 19 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá de fecha 21 de junio de 2017, en el cual procede a incluir dentro de la liquidación de las prestaciones sociales la bonificación judicial, como factor salarial.
11. Téngase en cuenta de igual forma el fallo de fecha 17 de julio de 2017 proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, en el cual se procedió a incluir la BONIFICACION JUDICIAL, dentro de la liquidación de las prestaciones sociales del señor AUDIEL OSPINA DEVIA.
12. Por último es de tener en cuenta que en el presente proceso no se llevó a cabo audiencia de conciliación en la procuraduría judicial por tratarse de derechos ciertos e irrenunciables.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos que anteceden, incoa como pretensiones:

PRIMERA: Que mediante el trámite del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, conforme a lo anterior se proceda a inaplicar el artículo 1 del Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014 párrafos finales que establecen "constituirá

únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”, por ser visiblemente ILEGAL e INCONSTITUCIONAL.

SEGUNDA: Que se extienda el valor de la Bonificación judicial establecida en el Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014, para que sea incluida como factor prestacional para la liquidación de la prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, primas de productividad, bonificación por servicios prestados. Y derechos laborales que por disposición legal o Constitucional, tiene derecho el convocante, teniendo en cuenta que es pagada de manera periódica y se recibe de forma habitual.

TERCERA: Que mediante el trámite del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los siguientes oficios por medio de la cual se negó la reclamación inicial:

- N° 31500-4830 de 28 de noviembre de 2018, por el cual se dio respuesta a los funcionarios **AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS, LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO Y GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ.**

CUARTA: Que mediante el trámite del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Se declare la EXISTENCIA del acto ficto o presunto producto de la no respuesta al recurso de apelación interpuesto el 28 de diciembre de 2018, contra el acto administrativo oficio Rad. No. 31500-4830 de 28 de noviembre de 2018.

QUINTA: Que mediante el trámite del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se declare la NULIDAD del acto ficto o presunto producto de la no respuesta al recurso de apelación interpuesto el 28 de diciembre de 2018, contra el acto administrativo oficio Rad. No. 31500-4830 de 28 de noviembre de 2018.

SEXTA: Como consecuencia de lo anterior solicito se proceda a ordenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación a re liquidar las prestaciones sociales, tales como primas de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, prima de productividad, bonificación por servicios, y demás derechos laborales o Constitucionales, desde el 01 de enero del año 2013, hasta cuando se haga efectivo el pago, con la inclusión de la BONIFICACIÓN JUDICIAL en la prestaciones sociales, de los convocantes.

SÉPTIMA: Así mismo, condenar a las entidades demandadas a que sobre las sumas adeudadas a Mi representado, y se proceda a pagar los ajustes del valor de dichas sumas conforme al índice de precios al consumidor.

OCTAVA: Condenar a la entidad demandada, a reconocer y pagar los intereses moratorios, conforme al fallo 188 de 1999 proferido por la Corte Constitucional, si a ello hubiere lugar.

NOVENA: Ordenar a las entidades demandadas, a que den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término consignado en el Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMA: Condenar en costas y agencias en derecho a las entidades convocadas.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de los demandantes solicita se tenga en cuenta el Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014, el cual en los párrafos finales establecen “constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud” por ser visiblemente

ILEGAL e INCONSTITUCIONAL; toda vez que los derechos laborales son irrenunciables, así mismo con la expedición de estos decretos no se puede contrariar la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que ha establecido en múltiples pronunciamientos que lo que perciba el empleado de manera habitual deberá ser tenido en cuenta al momento de su liquidación de prestaciones sociales.

Aunado a ello considera que la entidad demandada viola el artículo 127 del C.S.T, pues la bonificación que recibe su poderdante es permanente y HABITUAL, ya que se le cancela de forma mensual, y es injusto que al momento de realizar los aportes para salud y pensión, si se tiene en cuenta para realizar dichos descuentos, pero al momento de la liquidación de prestaciones sociales, tales como cesantías, primas, no es tenida en cuenta.

Afirma que la entidad demanda continua violando normas de rango Constitucional como lo es el artículo 53, ya que aquí prevalece la realidad sobre las formalidades, pues su poderdante recibe un emolumento de forma mensual que es la Bonificación Judicial y por culpa de una norma que es totalmente contraria a derecho, como lo es el decreto 0382 de 2013, le está cercenando el derecho a su poderdante de que reciba su liquidación de prestaciones sociales, incluyendo como factor salarial la BONIFICACIÓN JUDICIAL.

Viola además, el artículo 13 de la norma Superior, que establece el Derecho a la Igualdad, ya que todos los trabajadores de Colombia, que reciben sus emolumentos salariales, desde que los mismos sean habituales y permanentes, sus empleadores están en la obligación de incluir al momento de la liquidación de prestaciones sociales TODO lo que perciba el trabajador de manera mensual, igual caso sucede con los pensionados que deben ser incluidas en sus pensiones todo lo que reciban de forma habitual, ya sean primas de servicios, de navidad, de alimentación, cesantías, etc.

Así entonces, concluye que con el proceder de la fiscalía general de la Nación, al negar la nivelación salarial a los demandantes no acogidos en la forma en que se estableció para los que si se acogieron, se les violó a aquellos, el derecho a la igualdad laboral, se desconoce el valor de la justicia y la equidad, con lo cual se quebrantaron los arts. 13, 53, 25 y 2 de la Constitución Política, el arts. 2 y el parágrafo del art. 14 de la ley 4 de 1992.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada, Fiscalía general de la Nación, por medio de poder otorgado a la abogada Nancy Yamile Moreno Piñeros, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, considerando que carecen de fundamento fáctico y jurídico.

Respecto de los hechos indicados en el escrito de la demanda, indicó que la entidad únicamente acepta lo relativo a la vinculación y los cargos desempeñados por los actores, y se atiene a lo probado dentro del proceso en lo concerniente a los derechos de petición radicados y la presunta no respuesta por parte de la entidad a los mismos.

Agregó que La Fiscalía General de la Nación ha dado estricto cumplimiento a lo establecido por el Gobierno Nacional en el Decreto 0382 de 2013, esto es que la Bonificación Judicial constituye “únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”, por lo cual la Entidad demanda no posee la facultad de modificar, interpretar o cambiar algo que se señale en la norma que es expedida por el Gobierno Nacional, pues es precisamente éste el facultado para regular el régimen salarial y prestacional de los funcionarios públicos de la Fiscalía General de la Nación, conforme lo dispuesto en la Constitución Nacional, teniendo en cuenta las directrices dispuestas por el Legislador en la Ley 4ª de 1992.

Indica que Si bien el concepto de “salario” se ha ampliado a varias orbitas, esto no es óbice para que automáticamente se le otorguen efectos sobre las bases de liquidación de prestaciones sociales o salariales; por lo que argumenta que así se ha establecido en la

Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, y el sentido ha sido acogido por el Consejo de Estado.

La entidad propuso las siguientes excepciones:

A. CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL CARÁCTER SALARIAL.

Mencionando que, aunque es pertinente en primer momento dilucidar que el pago laboral que percibe un trabajador puede categorizarse como salario, no necesariamente dicho emolumento deba estar inmerso en la base de liquidación de las prestaciones sociales u otras retribuciones laborales. A partir de esta afirmación La fiscalía general De La Nación estudia las diferentes disposiciones jurisprudenciales respecto al reconocimiento de un rubro laboral como base de liquidación de otros montos, resaltando diferentes normativas y conceptos jurisprudenciales.

B. APLICACIÓN DEL MANDATO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN EL DECRETO 0382 DE 2013

En la actual Constitución Política de Colombia en el Art. 334, modificado por el Art. 1 del Acto Legislativo 3 de 2011, se contempla el mandato constitucional de la Sostenibilidad Fiscal, y advierte que el mismo debe ser atendido por todas las ramas y órganos del poder público.

Dentro del Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 el Gobierno Nacional adoptó una decisión que tiene influencia directa en el presupuesto nacional, disponiendo de una suma fija de recursos a efectos de cubrir lo acordado en la negociación colectiva, es por ello que al otorgársele carácter salarial pleno a la bonificación judicial con incidencia en la base de liquidación de prestaciones sociales y demás pagos laborales, además que va en contravía de una decisión discrecional del Gobierno Nacional plenamente constitucional, también se está afectando directamente el mandato de sostenibilidad fiscal, en razón a que el Gobierno Nacional eventualmente deberá disponer de recursos públicos no previstos para solventar unos gastos que, como emisor de la normatividad, en ningún momento concibió, puesto que precisamente se limitó el carácter salarial de la bonificación judicial conforme los recursos disponibles, por lo tanto, con esta ampliación del carácter salarial claramente se rompería el equilibrio entre recursos disponibles y gastos de la Nación, produciendo una crisis fiscal.

C. LEGALIDAD DEL FUNDAMENTO NORMATIVO PARTICULAR

En el hipotético caso en el que se ordene la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial haciendo base de liquidación para prestaciones sociales y emolumentos salariales devengados por los funcionarios, no solo reflejaría una intervención directa en la facultad discrecional del legislador y del Gobierno Nacional al inaplicar lo dispuesto en el Decreto 0382 de 2013, sino que además se afectaría las normas particulares que regulan los diferentes factores percibidos por los servidores públicos, que igualmente son constitucional y legalmente válidas.

D. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

La fiscalía general de la nación, reitera que dio en estricto cumplimiento a lo ordenado por el Decreto 0382 de 2013, el cual a la fecha goza de presunción de legalidad y se encuentra vigente en el ordenamiento Jurídico.

E. COBRO DE LO NO DEBIDO

La BONIFICACIÓN JUDICIAL busca la nivelación salarial como lo indica el Decreto 382 de 2013 y su causación es mensual, mientras que el servidor permanezca en servicio, dicha

circunstancia permite afirmar que a las demandantes, se le han venido cancelando sus salarios y prestaciones que se desprenden de la relación legal y reglamentaria sostenida con la entidad, por lo que para la Fiscalía resulta claro que no hay suma alguna que se deba cancelar., considerando que el cumplimiento de la ley no está sujeto a discrecionalidad alguna, dado que el marco de aplicación está determinado en ella misma.

F. PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES.

En su contestación, La fiscalía general de la Nación menciona que se refiere a cualquier derecho que se hubiere causado a favor de los demandantes y que estuviere prescrito por el trascurso del tiempo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal de Trabajo,. Lo que quiere decir, que al aceptar derecho alguno, igualmente se propone la excepción de prescripción para efectos del pago de las prestaciones reclamadas y en especial al término para reclamar el valor retroactivo.

Menciona igualmente, que los derechos que adquiere un trabajador como producto de una relación laboral en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, no son eternos sino que prescriben tres años después de haberse causado o adquirido, así como se refleja en el artículo 488 del mismo Código.

G. BUENA FE.

Sin que implique reconocimiento alguno, la entidad Demandada se proponer en razón a que esta ha actuado siempre de buena fe, teniendo en cuenta que la fiscalía general de la Nación ha actuado conforme a las normas legales vigentes, los principios aceptados por la Doctrina y la jurisprudencia, por lo tanto solicita se exonere de cualquier condena.

TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES

El 16 de noviembre de 2021 se fijó en lista el presente proceso por un (1) día, en traslado a la parte demandante de las excepciones propuestas en las contestaciones de la demanda, sin embargo, la parte actora guardó silencio respecto de las mismas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El día 26 de enero de 2022 venció el término que tenían las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

Parte demandante:

No presentó alegatos de conclusión.

Parte demandada:

No presentó escrito de alegatos de conclusión.

Del Ministerio Público

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en la disposición prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo., que permite que toda persona que se considere lesionada en un derecho subjetivo pueda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular y se le restablezca su derecho.

En ese orden de ideas, conforme al artículo 155 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Juzgado Administrativo es competente para conocer del presente asunto.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto consiste en establecer si los demandantes GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ, AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS y LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO en su condición de trabajadores de la Fiscalía general de la Nación, tienen derecho al reconocimiento, reliquidación y pago de sus prestaciones sociales con la inclusión como factor salarial de la Bonificación Judicial creada mediante el Decreto No. 0382 del 2013, desde el 1° de enero de 2013 y en adelante, según sus condiciones particulares.

Previamente a resolver el fondo del asunto, observa el Despacho que es procedente en esta etapa, estudiar la prescripción como forma de extinguir un derecho sustancial y según el criterio fijado por la Honorable Corte Constitucional¹, la misma cumple funciones sociales y jurídicas invaluable, por cuanto contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales.

A partir de lo anterior, es necesario precisar que la Constitución Política, en los artículos 25 y 53 establece la protección del derecho al trabajo y como tal la existencia de unas condiciones mínimas que garanticen la dignidad del trabajador. Es por ello que existe una gama de leyes sociales que son ampliamente favorables al trabajador, considerado la parte débil dentro de la relación laboral, pero también dichas disposiciones buscan garantizar la seguridad jurídica.

En tal sentido, se concede el trabajador la oportunidad para reclamar todo derecho que le ha sido concedido pero imponiendo un límite temporal, el cual una vez transcurrido hace presumir que no le asiste ningún interés en el reclamo, puesto que no ha hecho ninguna manifestación dentro de la oportunidad que razonablemente le fue otorgada. En consecuencia y una vez transcurrido el lapso otorgado por el legislador para efectuar el reclamo, bien puede el empleador proponer la excepción de prescripción extinguiendo de esta forma el derecho del empleado.

Así las cosas, tenemos que el decreto 3135 de 1968, artículo 41 dispone:

“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.”

A su vez, el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, señala:

“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.”

¹ Sentencia C-381/00

Como se puede notar, las normas que regulan lo atinente a la prescripción, señalan que la misma se empieza a contar en contra del trabajador únicamente a partir del momento en que el derecho se hace exigible y por ende, proceder en sentido contrario sería cercenar los derechos laborales, ya que se le estaría castigando por no haber reclamado antes de que se le indicara la existencia de un beneficio.

En el caso que nos ocupa, tenemos que los demandantes, solicitaron el reconocimiento de la bonificación judicial el 06 de noviembre de 2018, es por esto, que en aplicación del fenómeno prescriptivo, debe sólo tenerse en cuenta los derechos reclamados con tres años de anterioridad a la radicación de la petición, razón por la cual los derechos del peticionario se reconocerán a partir del 06 de noviembre de 2015.

Conforme a lo anterior, se procederá a declarar la prescripción de todos los derechos con anterioridad al 06 de noviembre de 2015.

ANÁLISIS PROBATORIO

Dentro del expediente obran los documentos que se relacionan a continuación:

1. Poderes especiales otorgados por los demandantes al doctor Fabian Ramiro Arciniegas Sánchez (págs. 8 - 10 archivo no. 03 del E.D.).
2. Reclamación administrativa por parte del apoderado de los demandantes, dirigida a Talento Humano de la Fiscalía general de la Nación, de fecha 06 de noviembre de 2018 (págs. 11 al 14, 21 al 24 y, 30 al 33, archivo no. 04 del E.D.).
3. Respuesta a la reclamación administrativa - Acto Administrativo Oficio No. 31500-4830 de fecha 28 de noviembre de 2018 y su constancia de notificación personal de fecha 20 de diciembre de 2018 (págs. 40 - 45 archivo no. 04 del E.D.).
4. Recurso de apelación presentado por el apoderado de los demandantes, en contra del Acto Administrativo Oficio No. 31500-4830 de fecha 28 de noviembre de 2018 (págs. 46 - 50 archivo no. 04 del E.D.).
5. Poder conferido a la abogada Nancy Yamile Moreno Piñeros, por parte de la Fiscalía general de la nación. (pág. 24 archivo no. 16 del E.D.).
6. Antecedentes administrativos de los actos demandados y extractos de hoja de vida de los demandantes, aportados por la entidad accionada en la contestación de la demanda.

Conforme consta en las certificaciones laborales de cargos ejercidos, salarios y prestaciones, liquidación de cesantías y según el mismo acto demandado, se encuentra probado que los demandantes prestan servicios a la Fiscalía general de la siguiente manera:

- **AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS:** Desde el 01 de enero de 2012, ocupando como último cargo el de Técnico Investigador I
- **LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO:** Desde el 22 de agosto de 1996, ocupando como último cargo el de secretario Administrativo II
- **GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ:** Desde el 06 de julio de 1996, ocupando como último cargo el de Agente de Protección y Seguridad IV

Igualmente aparece acreditado todo cuanto se les ha pagado a los actores por concepto de salarios y prestaciones, así como sus nombramientos y posesiones.

CUESTIÓN DE FONDO

Se permite traer como preceptos normativos aplicables al caso, los siguientes:

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL.

La CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA en su artículo 150 numeral 19 literal e), consagra como atribución del Congreso de la República, lo siguiente: "e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;(...)"; por lo anterior se expidió la Ley 4 de 1992, en la que se dispuso:

"ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de: (...)

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la fiscalía general de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;(..)".

En virtud de ello, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 57 de 1993 "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", que señaló:

"ARTICULO 1o. El régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas del Poder Público, organismos o instituciones del Sector Público.

(...)

ARTICULO 2o. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha."

De acuerdo a las normas previamente citadas, al interior de la Rama Judicial coexisten dos regímenes salariales y prestacionales que regulan la situación laboral de sus trabajadores así: el primero - aplicable a los trabajadores vinculados a la Rama Judicial antes del primero de enero de 1993 y que no optaron por acogerse al nuevo régimen contenido en el Decreto 057 del mismo año; conservan el régimen salarial y prestacional de que gozaban antes; y el segundo – amparado en el Decreto 057 de 1993, el cual se aplica de manera obligatoria para quienes se vincularon a la Rama Judicial a partir del primero de enero 1993, o para quienes habiendo ingresado antes de dicha fecha, decidieran acogerse a este último. Precisamente los trabajadores a quienes se les aplica este último régimen salarial son quienes, a partir del año 2013, en virtud de la expedición del Decreto 0382, se encuentran percibiendo la bonificación judicial.

BONIFICACIÓN JUDICIAL DE LOS SERVIDORES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

El Gobierno Nacional, en desarrollo del mandato establecido en la Ley 4 de 1992 expidió el Decreto 382 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", en los siguientes términos:

"Artículo 1. Crease para los servidores de la fiscalía general de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio..."

Por otra parte, el artículo segundo de la misma norma dispuso:

"ARTÍCULO 2°. Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y que continúan con el régimen del Decreto 839 de 2012 y las disposiciones que lo modifican o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el decreto 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio."

De acuerdo con el precepto normativo citado en precedencia, la Bonificación Judicial que allí se crea, es aplicable para el personal de la Fiscalía que se vinculó en vigencia del Decreto 53 de 1993 o se haya acogido a dicho régimen. Pero así mismo prevé que los que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y que continúan con el régimen anterior, de percibir en el año 2013 y siguientes un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto respecto de quien ejerce el mismo empleo, pero se les aplica el régimen expedido a través del Decreto 53 de 1993, recibirán la diferencia respectiva a título de Bonificación.

CASO CONCRETO

En el medio de control de la referencia, tenemos que los señores GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ, AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS y LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO, a través de su apoderado, pretenden la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en el **oficio N° 31500-4830 de 28 de noviembre de 2018**, expedido por el Subdirector Regional de Apoyo Centro- Sur Tolima de la Fiscalía general de la nación, por el cual niega el reconocimiento y pago de la reliquidación de las prestaciones sociales que desde el año 2013 hasta la fecha han percibido los poderdantes, tomando el 100% de la bonificación judicial como factor salarial para todos sus efectos legales y no únicamente para el pago de seguridad social integral.

Así mismo, pretenden que se declare la existencia de un acto administrativo ficto negativo, derivado del silencio en que incurrió la demandada, en resolver el recurso de apelación presentado en contra de dicho acto administrativo y también pretenden la nulidad absoluta del mismo.

De lo probado en el proceso, se concluye que la bonificación judicial devengada por los demandantes ha sido pagada mensualmente y de manera periódica, sin que se incluya como factor salarial en la liquidación de sus prestaciones sociales y únicamente se tome en cuenta como tal, al momento de efectuar la cotización al sistema de seguridad social en salud y pensión.

Lo anterior, en virtud de la previsión contemplada en el artículo 1 del Decreto 382 de 2013 por medio de la cual se crea la bonificación judicial que establece:

*" (...) 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." (Resaltado ajeno al texto original)*

Sin embargo, es posible afirmar que la Bonificación Judicial de que trata el Decreto 382 de 2013, constituye salario, en contravía de lo establecido en la norma señalada, toda vez que dicha retribución ha sido percibida por el demandante de manera habitual y periódica (mensualmente) como contraprestación directa de sus servicios, tan es así que sobre dicho valor se efectúan cotizaciones mensuales dirigidas al Sistema de Seguridad Social en

Pensiones, de lo que se desprende que dicha bonificación se debe tomar como factor salarial al momento de liquidar la pensión correspondiente.

Por otra parte, conforme con lo establecido en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para la expedición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. En virtud de lo anterior, el 18 de mayo de 1992 se expidió la ley 4ª, convirtiéndose de esta manera en la ley marco para que el señor presidente de la República fijara el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

Los decretos reglamentarios expedidos con fundamento en la Ley 4ª de 1992, por los cuales se regula, entre otras materias, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos pertenecientes a la Rama Judicial, deben estar acordes con lo dispuesto en las normas vigentes, porque de esa manera se respeta el orden jurídico, especialmente en lo que tiene que ver con la legalidad. Ello permite materializar aquellos postulados que imponen a la administración la obligación de obedecer la Constitución y la ley, haciéndose realidad que *“El acto administrativo no es un fin en sí mismo sino uno de los medios institucionales conferidos a la administración para llevar a cabo las políticas, programas y fines que la Constitución y la Ley establecen al Estado”* (Tron Petit & Ortiz Reyes, 2009, p. 75).

En este mismo sentido, y como quiera que el Decreto 382 de 2013, creó una bonificación judicial para los servidores públicos de la fiscalía general de la Nación, resulta imperativo que dicho acto administrativo esté acorde con los fines constitucionales y legales del Estado. El referido decreto expedido por el presidente de la República, en uso de las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992, estableció una bonificación permanente reconocida mensualmente a los servidores públicos, constituyendo factor salarial únicamente para la base de cotización del Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora, si bien es cierto la Ley 4 de 1992 otorgó al Presidente de la República las facultades para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, también lo es que los actos administrativos proferidos en virtud de esa ley, deben estar encaminados a cumplir con los fines y propósitos de la Constitución y la ley y, en ese sentido, en tanto se regulan derechos laborales en el Decreto 382 de 2013, este debió estar sujeto a los principios normativos que desarrollan expresamente los elementos constitutivos de salario y los pagos que no constituyen salario, y no, como se hizo, simplemente disponer del derecho por mera liberalidad.

No se puede olvidar que los decretos reglamentarios, como es el caso del referido 382 de 2013, a la luz de lo expuesto por la doctrina, tienen la función *“de desarrollar y permitir la ejecución de las leyes, o de la regulación, teniendo por lo mismo sus enunciados, fuerza vinculante inferior a la de la ley”* (Quinche Ramírez, 2009, p. 135).

De esa manera, cuando un acto administrativo de carácter laboral (i) omite seguir los principios constitucionales referidos a la construcción de un orden justo, (ii) desobedece el bloque de constitucionalidad y los preceptos referidos a la protección del trabajador y (iii) restringe el contenido y alcance de lo que se entiende por remuneración para todos los fines prestacionales, se está ante normatividad que debe ser considerada ilegal y, por ello, susceptible de control judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con miras a hacer prevalecer la Constitución y la ley.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el salario, según lo expone la jurisprudencia del Consejo de Estado, 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” (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2011-00336, 2014).

Aunado a lo anterior, la bonificación judicial creada por el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, constituye salario en su integralidad, pues esta bonificación remunera el servicio como contraprestación del trabajo, todo esto, como lo ha pronunciado la Corte Constitucional 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”* (Corte Constitucional, C- 521, 1995).

El estudio del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, expedido en virtud de la Ley 4 de 1992, permite establecer que la bonificación judicial allí prevista, al limitar su alcance como salario solamente para las cotizaciones que se hacen al Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin que afecte la liquidación de las prestaciones sociales, que dicha normatividad se torne violatorio del principio de legalidad por desconocer que salario, para todos los efectos legales y prestacionales, incorpora remuneraciones permanentes como la prevista en el aludido decreto.

Y es que la norma transcrita creó una bonificación judicial que constituye salario de forma restringida, pues para la base de cotización del Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud es constitutivo de salario, pero para la liquidación de las prestaciones sociales no lo es, razón que convierte en ilegal dicha restricción. Visto lo anterior, se concluye que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 382 de 2013, expedido en virtud de la Ley 4 de 1992, tiene vicio de ilegalidad por no ajustarse a lo que la doctrina, la jurisprudencia y la Ley ha determinado como elementos constitutivos de salario.

Igualmente se tiene en cuenta el fallo proferido por el juzgado 19 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá de fecha 21 de junio de 2017, donde se incluye dentro de la liquidación de las prestaciones sociales la BONIFICACIÓN JUDICIAL como factor salarial, y se le asiste la razón al apoderado de las demandantes al citar el caso del señor AUDIEL OSPINA DEVIA en el fallo de fecha 17 de julio de 2017, proferido por el juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, a quien en donde se incluye la BONIFICACIÓN JUDICIAL, dentro de la liquidación de sus prestaciones sociales.

La Constitución Política también dispuso que los convenios internacionales del trabajo, previamente ratificados y aceptados en debida forma, fueran parte de la legislación interna. De esa manera, según la teoría y la composición del bloque de constitucionalidad, los tratados y convenios internacionales son también aplicables y de obligatorio cumplimiento, como parámetro de legalidad de las actuaciones del Estado, de tal forma que si no se aplican se estaría vulnerando la propia Constitución Política, pues la forma en la que se legitiman estos tratados y convenios internacionales son a través de la norma fundamental, pues para que las normas supra nacionales puedan ser convalidadas debe haber una compenetración jurídica donde los principios y valores constitucionales se vean salvaguardados (Londoño Ayala, 2010, p. 39- 43).

Ante este panorama, es necesario hacer alusión al concepto de salario, siendo pertinente traer a colación la sentencia SU-995 de 1999 de la Corte Constitucional, con Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, la cual se refirió al tópico, en los siguientes términos:

“A. Sobre el concepto de salario. Principio del bloque de constitucionalidad.

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio

prestados², sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derechos fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"³.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

"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 éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que, por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir⁴, en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior." (Subrayado por fuera del texto)

² En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

³ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

⁴ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe

Es conveniente precisar que, si bien el Código Sustantivo del Trabajo regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares, se estima que es necesario hacer mención del artículo 127, en virtud de que contiene de manera general los preceptos que deben tener las relaciones laborales con independencia de su naturaleza.

De manera análoga, la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, el 4 de diciembre de 2014 con radicado 11001-03-06-000-2014-00057-00(2205) y consejero Ponente Álvaro Namén Vargas, definió el concepto de salario y los criterios que permiten identificarlo, como se presenta a continuación:

“1. El concepto de factor salarial y los criterios que permiten identificarlo

Sea lo primero recordar que el Código Sustantivo de Trabajo no aplica a las relaciones laborales individuales de los empleados públicos, sin embargo, contiene una serie de principios y conceptos propios que rigen todas las relaciones laborales, independiente de su naturaleza. En este sentido interesa advertir sobre el contenido de las definiciones positiva y negativa de salario contenidas en este estatuto. Los artículos 127 y 128 delimitan el concepto de salario así:

“Artículo 127. Elementos integrantes. (Modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990). El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”⁵

Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. (Modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990). El nuevo texto es el siguiente: No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”⁶.

La definición normativa que trae el Código Sustantivo del Trabajo sirve como criterio hermenéutico en todo lo relativo al régimen jurídico laboral del salario,

duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

⁵ Texto original del Código Sustantivo del Trabajo: *“Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas comisiones o participación de utilidades”.*

⁶ Texto original del Código Sustantivo del Trabajo: *“Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX”.*

contribuyendo a su delimitación⁷. Por tal razón, con el objeto de precisar la noción de salario y factor salarial, la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado retomó un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el particular había anotado:

"(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) *"constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."* En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece 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."*
(...)

Según el artículo 42 *ibidem* son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)"⁸

Dando alcance a la expresión "todos los factores que constituyen salario" señaló la Sección Segunda en la sentencia de unificación:

"Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen **algunas prestaciones sociales** - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, **que, a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y**

⁷ También es importante tener en cuenta que conforme al artículo 53 del Código Sustantivo de Trabajo los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. En esa medida gran parte de la definición del código respecto del concepto de salario es similar a la descripción de salario que trae la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio No. 95 sobre la protección del salario, ratificado el 7 de junio de 1963 que señaló: "Artículo 1. 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."

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002.

cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.”⁹ (Resalta la Sala).

Como se puede advertir del texto transcrito de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, la noción de salario que adoptó la Sección Segunda del Consejo de Estado aplicable a la relación legal y reglamentaria propia del vínculo del servidor público guarda similitud sustancial con la noción que se emplea frente a las relaciones laborales de carácter privado que describe el Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, la definición de factor salarial de la providencia corresponde a un concepto que se relaciona con la forma en que efectivamente se desenvuelven las relaciones laborales y resigna a un segundo plano la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal. Indica la sentencia de unificación que todo aquello que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario y recoge algunos emolumentos de los más paradigmáticos o frecuentes que sirven para ilustrar al lector, pero que no agotan la variedad de esquemas retributivos que pueden ser considerados dentro de dicha noción.

Se debe resaltar que conforme a la jurisprudencia el concepto de salario ha superado el ámbito jurídico, y lo ha extendido a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que la remuneración que recibe el trabajador no está comprendida, exclusivamente, por la retribución del servicio prestado al empleador, sino también por todos los beneficios, o contraprestaciones básicas para atender sus necesidades personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana¹⁰. Es así como en el campo del derecho administrativo laboral por cuenta del legislador y de las interpretaciones jurisprudenciales, se puede afirmar que existe un esquema de categorías retributivas que comprende innumerables formas de compensación económica del servidor público, razón por la cual corresponderá al desarrollo casuístico concretar cuáles de estas pertenecen a la noción de salario...

... La Sección Segunda del Consejo de Estado, como lo anuncia en el aparte de jurisprudencia de unificación transcrito, no desconoce la competencia que en materia salarial y prestacional corresponde, de manera privativa, exclusiva y concurrente al legislador y en segundo término al presidente de la República. Sin embargo, aclara que es posible que la denominación que el legislador le asigne a una determinada clase de prestación pueda no corresponder con su naturaleza, pues aun cuando dentro del marco legal preestablecido se señale que es una prestación social, el carácter de esta puede corresponder en realidad a la noción de salario. (Subrayado ajeno al texto original).

De manera que, con lo expresado se puede colegir que son factores constitutivos de salario, aquellas sumas de dinero que de manera habitual y periódica perciba el trabajador como retribución directa de sus servicios “sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley” (Corte Constitucional, SU-995 de 1999) incluso, como lo determina el Código Sustantivo del Trabajo “sea cualquiera la forma o denominación que se adopte”, en ese sentido, lo pueden ser las bonificaciones que se han percibido de manera periódica.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C- 521 de 1995 y C-1218 de 2001, entre otras.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el salario, según lo expone la jurisprudencia del Consejo de Estado, es *“toda suma que remunerare 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”* (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2011-00336, 2014), se puede afirmar que la bonificación judicial creada por el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, constituye salario en su integralidad, pues esta bonificación remunera el servicio como contraprestación del trabajo, todo esto, como lo ha pronunciado la Corte Constitucional 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”* (Corte Constitucional, C- 521 de 1995).

Siendo así, el acto administrativo que creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la fiscalía general de la Nación, esto es, el Decreto 382 de 2013, en su artículo 1º, es violatorio del principio de legalidad, si tenemos que el referido principio comprende el apego al ordenamiento jurídico de todas las actuaciones administrativas, y la referida disposición no se sometió al derecho vigente. Por esa razón, se logra demostrar que la bonificación judicial allí prevista restringe el concepto de salario determinado por la ley, las normas internacionales ratificadas por Colombia y la jurisprudencia, pues el acto administrativo del Gobierno Nacional determinó que la bonificación judicial, para las cotizaciones que se hacen al Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud, si constituye salario, pero, para el pago y liquidación de las demás prestaciones no lo será.

Para el caso objeto de estudio se encuentra que, efectivamente conforme al certificado emitido por la Nación - Fiscalía general de la Nación, de los pagos efectuados desde el 2013 se tiene que los señores GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ, AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS y LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO, devengaron la bonificación judicial mensualmente y de manera periódica. Sin embargo, se debe tener en cuenta que no se les han cancelado la totalidad de las acreencias laborales, pues, solo se les incluyó bonificación judicial para efectos de determinar la base de liquidación del sistema de Seguridad Social en salud y pensión, sin que esta hubiese sido incluida para establecer la base de liquidación de las demás prestaciones sociales devengadas; será necesario que la demandada incluya la bonificación judicial como factor salarial.

Según sentencia reciente del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda, de fecha 06 de abril de 2022, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos con radicación 76001233300020180041401 (0470-2020), en la cual se resuelve el tema de Bonificación Judicial (Decreto 382 de 2013) - Reconocimiento mensual y carácter salarial de la bonificación judicial prevista para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación no acogidos al régimen salarial del Decreto 53 de 1993; la Sala llega a la conclusión que la Ley no hace discriminación alguna entre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, ya sean antiguos o nuevos; por lo que el beneficio que allí se ordena crear cobija a los acogidos y no acogidos al régimen del Decreto 53 de 1993 y establece lo siguiente:

“...consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el

*trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales.*¹¹

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política."

De igual manera indica que ha de aplicarse el principio de la norma más favorable, pues: *"...esta favorabilidad no solo es aplicable ante el conflicto que surge entre dos normas de distinta fuente formal del Derecho o incluso entre dos normas de la misma fuente de derecho sino también ante las diversas interpretaciones que puede admitir una norma que para el caso en concreto se refiere al régimen de los no acogidos, y el de los acogidos, la aplicación de la Bonificación judicial contenida en el decreto 382 de 2013, "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social", de acuerdo a esto el operador judicial determina en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador."*

En consecuencia, se tendrá que la bonificación judicial reconocida a los señores GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ, AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS y LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO, constituye factor salarial, por lo que sus salarios y prestaciones deberán ser reliquidados con la inclusión de la referida bonificación, esto en virtud de la inaplicación por inconstitucionalidad y con efectos *inter partes* de las expresiones "únicamente" y "para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud", contenidas en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013.

En ese orden de ideas, se procederá declarar la nulidad del acto administrativo particular **oficio N° 31500-4830 de 28 de noviembre de 2018** expedido por el subdirector Regional de Apoyo Centro- Sur Tolima de la Fiscalía general de la nación, Dr. Pedro Ariel Cubillos Ibata.

Así mismo, teniendo en cuenta que a la fecha la entidad demandada no ha dado resuelto el recurso de apelación interpuesto, corresponderá dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, la configuración del silencio administrativo negativo frente al recurso de apelación interpuesto, por lo que así se decretará.

Como medida de restablecimiento se ordenará la reliquidación de las prestaciones sociales y demás emolumentos salariales de los señores GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ, AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS y LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO, con la inclusión de la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013, razón por la cual deberá pagar la diferencia resultante entre lo pagado y lo que se debió cancelar, teniendo en cuenta el valor que resulte de incluir la referida bonificación judicial.

Actualización de las sumas.

Las sumas que resulten adeudadas con motivo de esta sentencia deberán ser reajustadas en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

¹¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Sub -Sección B - Sentencia de 22 de marzo de 2018. M. P. Luis Gilberto Ortigón Ortigón - Expediente 110013335025201400345-01 Dte. Pedro Fernando Gómez Núñez, entre muchas otras.

$$R = \frac{R.H. \text{ índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la reliquidación prestacional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Así mismo, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sin costas por no darse los presupuestos exigidos en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo particular **oficio N° 31500-4830 de 28 de noviembre de 2018** firmado por el subdirector Regional de Apoyo Centro-Sur Tolima de la Fiscalía general de la nación, Dr. Pedro Ariel Cubillos Ibata, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la configuración del acto administrativo presunto negativo, derivado del silencio en que incurrió la entidad demandada, en desatar el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo presunto negativo, derivado del silencio en que incurrió la entidad demandada, en desatar el recurso de apelación interpuesto, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR, como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento de derecho, a la NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a reconocer, reliquidar, reajustar y pagar a los señores GERMÁN ORLINDER MORENO SUAREZ, AGUSTÍN RAMÍREZ ARIAS y LUZ INELDA CABEZAS CAICEDO, **desde el 06 de noviembre de 2015 y en adelante, o hasta la fecha de su retiro del servicio de la entidad, según sea el caso**, la suma que resulte como diferencia existente entre lo pagado hasta ahora y la reliquidación de todas sus prestaciones y emolumentos laborales, tales como primas, bonificaciones, cesantías y seguridad social, que se obtenga teniendo como base de liquidación incluyendo la bonificación judicial creada por el decreto 382 de 2013 de su asignación básica legal. Lo anterior, teniendo en cuenta que operó el fenómeno de la prescripción.

QUINTO: Las sumas que sean reconocidas como consecuencia de esta sentencia, serán actualizadas de acuerdo con el índice de Precios al Consumidor, según la fórmula anteriormente expuesta.

SEXTO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal, para el caso en concreto la expresión "únicamente" referida en el artículo 1 de los Decretos 382 de 2013 y 1269 del 2015, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SÉPTIMO: Sin costas.

OCTAVO: Notificar a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA.

NOVENO: A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos señalados por los artículos 187, 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Manuel Aza Murcia', written in a cursive style.

**JUAN MANUEL AZA MURCIA
JUEZ AD HOC**