



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 No. 8-90 PISO 2 INTERIOR 2
Telefax 6356688

Yopal Casanare, catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013)

Referencia: **Radicación No. 85-001-3333-002-2012-00029-01**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Demandante: **ADRIANA SANMIGUEL HERNÁNDEZ**
Demandados: **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**
Asunto: **Presunto desmejoramiento de las condiciones laborales por supresión del DAS y traslado a la Fiscalía General de la Nación.**

Magistrado Ponente: **JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO**

I. OBJETO

Procede el Tribunal en sala de decisión, atendiendo las prescripciones de los artículos 125 y 243 del CPACA, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Yopal el 9 de agosto de 2013 (fls.779-814 c1).

II. LA DECISIÓN RECURRIDA

En la providencia recurrida, se negaron las pretensiones de la demanda, en síntesis, por las siguientes razones:

1.- El a quo tuvo por probados los siguientes hechos:

a). La señora ADRIANA SANMIGUEL HERNÁNDEZ laboró en el DAS desde el 23 de abril de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011; su último cargo fue el de DETECTIVE 208-06 que tenía una asignación básica de \$1.119.065, subsidio de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías prima especial de riesgo 35% (\$391.673) y prima de clima 10% (111.907).

b) A partir del 01 de enero de 2012, en cumplimiento de las previsiones del Decreto 4060 de 2011 fue incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de ASISTENTE DE INVESTIGACIÓN CRIMINALÍSTICA IV, devengando un salario básico de \$1.692.065 más una bonificación judicial que recibió en el mes de mayo de 2013 por \$1.096.210.

2.- Fijó el objeto de la litis en establecer si la Resolución 0-3433 del 29 de diciembre de 2011 expedida por la Fiscalía General de la Nación se encuentra viciada de nulidad y por ende procede el restablecimiento o si por el contrario tal resolución se encuentra ajustada a la normatividad vigente para el caso concreto.

3.- Analizó la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011, por medio de la cual se escinden unos Ministerios y se otorgan facultades extraordinarias al presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, en virtud de las cuales expidió el Decreto número 4057 del 31 de octubre de 2011 a través del cual suprimió el DAS y trasladó sus funciones a la Fiscalía General de la Nación, Policía Nacional y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

4.- Examinó el Decreto 4060 del 31 de octubre de 2011, mediante el cual se establecen unas equivalencias entre la nomenclatura y clasificación de empleos

del DAS y la de la Fiscalía General de la Nación, en este se estableció que la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del DAS comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo conforme lo estableció el Decreto 4057 de 2011.

5.- Estudió la sentencia C-098 de 2013, en la cual se analizó la inconstitucionalidad (parcial) del artículo 7 del Decreto 4057 de 2011, encontrándolo ajustado a la constitución y la ley por ende fue declarado exequible básicamente porque con la norma acusada no se está vulnerando el debido proceso ni menoscabando los derechos laborales de los trabajadores del extinto DAS toda vez que en aras de su protección el legislador contempló como mecanismos de protección i) el derecho a la incorporación a la entidad a la cual le sean asignadas las funciones trasladadas o la indemnización de aquellos que sean retirados del servicio y ii) el respeto por los derechos que los trabajadores adquirieron durante su vinculación al DAS.

Lo que significa que la protección recae únicamente sobre los derechos ya adquiridos y no sobre las meras expectativas.

6.- Argumenta que conforme con las certificaciones expedidas por la entidades en las que consta el salario devengado por la señora ADRIANA SANMIGUEL HERNÁNDEZ, la Fiscalía General de la Nación dio cabal cumplimiento a lo establecido en el Decreto 4057 de 2011 al incrementar el salario del accionante con la sumatoria tanto de su asignación básica como de la prima de riesgo que devengaba en el extinto DAS.

7.- De acuerdo al pronunciamiento de la Corte Constitucional los funcionarios del DAS que fueron incorporados a la Fiscalía General de la Nación deben someterse al régimen salarial y prestacional de la entidad receptora, *“ya que en ningún momento se podría hablar de derechos adquiridos provenientes de una entidad estatal que fue suprimida, ya que actualmente es inexistente en la vida jurídica de nuestro sistema normativo, razón por la cual estos funcionarios ostentan **“meras expectativas”** respecto al régimen que se le venía aplicando en la extinta entidad.*

8.- Concluye manifestando que el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a la ley, pues cumple con todos los parámetros establecidos en el Decreto que suprimió el DAS y demás normatividad aplicable al caso, además que aunque el actor manifiesta en el escrito de demanda que no existió un estudio técnico por parte de la Fiscalía General de la Nación para proveer los respectivos cargos acorde con las funciones, experiencia y calidades que ostentaban los funcionarios del DAS generando trato discriminatorio frente a la contraprestación salarial y ubicación jerárquica dentro de la estructura de la entidad absorbente, no probó tal afirmación teniendo el deber de hacerlo.

III. EL RECURSO

La parte demandante, en el escrito de apelación, señaló que se encuentra en desacuerdo con la decisión del a quo toda vez que no se le ha cancelado la prima de clima integrante del salario que devengaba como detective del DAS, además que no comparte la apreciación del juez de primera cuando sostiene que tal derecho es una mera expectativa.

Manifiesta igualmente que no entiende por qué, a pesar de haberse acreditado que el demandante devengaba la prima de clima, esta no se incluyó en el salario que recibe como funcionario de la Fiscalía, concluyendo que hubo desmejoramiento salarial y desconocimiento evidente del precedente vertical.

Señala que no existe razón jurídica para no reconocer la prima de clima, teniendo en cuenta que la prima de riesgo sí fue incorporada al salario que actualmente devenga.

Aunque el salario que recibe en la actualidad como funcionario de la Fiscalía es mayor, se debe a una bonificación que no constituye factor salarial y que fue conseguida luego de una lucha sindical de la Fiscalía y la Rama Judicial.

Respecto a la carencia de prueba por parte del demandante frente a la falta de inexistencia de estudio técnico por parte de la Fiscalía General de la Nación para proveer los cargos y efectuar la homologación de acuerdo a las funciones, experiencia y calidades de los funcionarios del DAS, señala que es un hecho que no puede imputársele porque como particular es muy difícil obligar a la administración a responder, y que la parte accionada tenía la obligación de aportar junto con la contestación de la demanda los documentos que tuviera en su poder, de acuerdo con el artículo 175 numeral 1 parágrafo1.

Por lo arriba expuesto, solicita a esta Corporación se requiera a dicha entidad para que aporte la totalidad de documentos y se revoque la sentencia de primera instancia por ser violatoria del principio constitucional de progresividad salarial.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL, PRONUNCIAMIENTO SOBRE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD, PRESUPUESTOS PROCESALES Y NULIDADES

1. El proceso fue allegado al Tribunal el 9 de septiembre de 2013 y repartida al magistrado sustanciador el 18 siguiente; se admitió el 19 del mismo mes (Fls. 1 al 3).

1.1 En vista de que no se observó necesidad de llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento se corrió traslado a los sujetos procesales para que presentaran alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público para rendir concepto si a bien lo tenía (fl.6). Esta etapa fue aprovechada por las partes y el agente del Ministerio Público.

1.2 **Alegatos de la parte actora** (fls. 8-10 c.2) ratificó los argumentos expuestos en el escrito de la alzada.

1.3 **Alegatos de la parte accionada** (fls.11-14 c2) El apoderado judicial de la Fiscalía General de la Nación en su escrito manifiesta que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada toda vez que el acto administrativo demandado se expidió en cumplimiento del deber legal que le imponían los decretos que reglamentaron la supresión del DAS respetando los derechos constitucionales y legales de los servidores incorporados; legalidad que no fue desvirtuada por la parte actora.

Además la prima de clima no hace parte de los emolumentos reconocidos por esta entidad por lo tanto se ha dado cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011 y la sentencia C 098 de 2013 en el sentido de que los funcionarios incorporados del Das se rigen por el régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación.

1.4 **Concepto del Procurador 53 delegado ante esta Corporación** (Fls. 15-37 c2) Analizó la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso, especialmente lo concerniente a la supresión de entidades, la reincorporación, el régimen de pensiones de los funcionarios del DAS y finalmente lo concerniente a los derechos adquiridos, afirmando que para su configuración es necesario que se cumplan una serie de requisitos, tales como: i) Que exista una ley laboral vigente aplicable al trabajador durante la ejecución de su relación laboral, ii) Que el trabajador cumpla con los presupuestos que ella contempla para tener acceso a

sus beneficios, *iii*) y que entre en vigencia una nueva ley que regule en otra forma dicha situación o circunstancia hacía el futuro sin que afecte lo causado en el pasado.

Argumentó que actualmente para minimizar el impacto que pueda experimentar el trabajador debido al cambio de leyes que recorten o desmejoren sus derechos el legislador ha creado los denominados *regímenes de transición*, con los cuales materializa el principio de seguridad jurídica.

Concluye aduciendo que en el caso concreto se cumplen los elementos estructurales del derecho adquirido, toda vez que la demandante percibía periódicamente dicho emolumento por la labor personal que prestaba y hacía parte de la remuneración pactada antes de la supresión del DAS.

Y si bien la parte actora no prueba la afectación salarial, ni si el porcentaje que se reconoce por prima de clima es sobre la totalidad del salario devengado o sobre el sueldo básico, en acatamiento del principio de favorabilidad, la reclamación debe favorecer al funcionario público demandante.

Por lo anterior solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

2. El proceso ingresó al despacho para fallo el 30 de octubre de 2013 (fl. 38 c.2).

3. Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el CPACA¹, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se encuentra cumplido el procedimiento previsto en los artículos 162, 247 siguientes y concordantes del CPACA, es decir, se agotó el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Están cumplidos los presupuestos procesales (competencia², capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y demanda en forma).

V. PROBLEMA JURÍDICO

Del análisis del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con relación a la decisión recurrida, resulta que esencialmente la inconformidad del recurrente radica en que la sentencia de primera instancia no accedió a las pretensiones de la demanda, especialmente en lo relacionado con el reconocimiento y pago de la prima de clima que devengaba en el DAS y que no se incluyó en el salario que ahora devenga en la Fiscalía.

1. Lo probado

Las pruebas fueron regular y oportunamente allegadas al proceso; todas ellas son pertinentes, pues existe relación directa entre el objeto de la presente acción y los medios de prueba aportados; todas resultan conducentes, si se tiene en cuenta que estamos en presencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde no hay reserva probatoria especial para demostrar los hechos, por una parte y por otra, porque las pruebas fueron aportadas en forma lícita; y finalmente, todas ellas devienen eficaces en consideración a que son útiles para llevar al convencimiento del juzgador los hechos que se pretenden demostrar. Resta observar que la prueba es eminentemente documental, con el carácter de

¹ Artículos 180-5 y 247 – 5 de la Ley 1437 de 2011.

² Naturaleza del asunto: medio de control nulidad y restablecimiento del derecho; cuantía al momento de presentación de la demanda: inferior a 100 smlmv; factor territorial: pues el lugar en donde se prestó el servicio fue el municipio de Yopal departamento de Casanare; y por el factor funcional puesto que la primera instancia correspondió a uno de los juzgados administrativos de Yopal.

pública y que no fue tachada de falsa, motivo por el cual constituye plena prueba respecto de lo que allí aparece.

Por lo tanto, analizadas una a una y en conjunto las pruebas que conforman el acervo probatorio incorporado en forma regular y oportuna al proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes;

a.- La señora **ADRIANA SANMIGUEL HERNÁNDEZ** laboraba en el DAS en el cargo de detective 208-6 y a raíz de la liquidación de este organismo, pasó a la Fiscalía General de la Nación a desempeñar el cargo de **ASISTENTE DE INVESTIGACIÓN CRIMINALÍSTICA IV** a partir del 1 de enero de 2012.

b.- Las asignaciones salariales y prestacionales de los dos cargos mencionados desempeñados por el actor en el Das y en la Fiscalía durante los años 2011 a 2013, son los siguientes:

Año 2011(fl. 34 C4)		Año 2012 (fl.45 C4)		Año 2013 (fl. 41 C4)	
CONCEPTO	DAS	CONCEPTO	FISCALÍA	CONCEPTO	FISCALÍA
Asignación Básica	\$1.119.065	Asignación Básica	Enero – Abril \$1.582.354	Asignación básica	\$1.661.472 enero - mayo
			Mayo \$1.977.944		
			Junio a Octubre \$1.661.472		
Prima de navidad	\$1.454.340	Prima de servicios	\$427.483	Bonificación por servicios	\$1.661.472
Subsidio de alimentación	\$42.528	Prima de productividad	\$830.736	Bonificación judicial	\$1085.830
Prima de servicios semestral	\$604.110	Bonificación por servicios	\$581.515		
Prima de vacaciones	\$640.823	Prima de productividad	\$1.692.066		
Auxilio de cesantías	\$1.669.573				
Prima especial de riesgo (35%)	\$391.673				
Prima de clima (10%)	\$111.907				
Indemnización (vac dinero/proporci onalidad)	\$872.604				
Indemnización (Días aplazados/ conceder)	\$1.003.494				
Prima especial de riesgo	\$261.115				

Así las cosas, tal como lo manifiesta la demandante, fueron incluidos expresamente como salario en la Fiscalía la asignación básica y la prima de

riesgo; la prima de clima no fue incluida expresamente como factor de salario a su ingreso a la Fiscalía, porque este ente no la contempla dentro de la escala salarial. Sin embargo, la prueba documental aportada permite establecer que además de los emolumentos salariales que devengaba el accionante en el DAS, a partir de su ingreso a la Fiscalía, empezó a devengar un salario básico mucho mayor que el que tenía en el DAS. Ahora bien, como el sueldo mensual es la base para liquidar las prestaciones sociales, se infiere lógicamente que el accionante, a partir de su ingreso a la Fiscalía, empezó a devengar más de lo que recibía en el DAS por concepto de prestaciones sociales.

2.- La extinción del DAS

2.1- El Congreso de la República expidió la Ley 1444 de 2011 en la cual le otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República en los siguientes términos:

ARTÍCULO 18. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para:

a) Crear, escindir, fusionar y suprimir, así como determinar la denominación, número, estructura orgánica y orden de precedencia de los departamentos administrativos;

b) Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios creados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

c) Modificar los objetivos y estructura orgánica de los Ministerios reorganizados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;

e) Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional;

f) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado;

g) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplan las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar;

h) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas;

i) Realizar las modificaciones presupuestales necesarias para financiar los gastos de funcionamiento e inversión necesarios para el cumplimiento de las funciones que se asignen a las entidades creadas,

escindidas, suprimidas, fusionadas o reestructuradas en desarrollo de las facultades otorgadas por la presente ley;

j) Crear los empleos en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación que se requieran para asumir las funciones y cargas de trabajo que reciba como consecuencia de la supresión o reestructuración del DAS. En los empleos que se creen se incorporarán los servidores públicos que cumplan estas funciones y cargas de trabajo en la entidad reestructurada o suprimida, de acuerdo con las necesidades del servicio. Igualmente, se realizarán los traslados de recursos a los cuales haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. Las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en el presente artículo para renovar y modificar la estructura de la Administración Pública nacional serán ejercidas con el propósito de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público, hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública y con el objeto de lograr la mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos.

PARÁGRAFO 2o. El Presidente de la República determinará la planta de personal necesaria para el funcionamiento de las entidades creadas, escindidas, suprimidas, fusionadas o reestructuradas en desarrollo de las facultades otorgadas por la presente ley.

PARÁGRAFO 3o. Esta ley garantiza la protección integral de los derechos laborales de las personas vinculadas a las distintas entidades del Estado reestructuradas, liquidadas, escindidas, fusionadas o suprimidas. Si fuese estrictamente necesaria la supresión de cargos, los afectados serán reubicados o reincorporados, de conformidad con las leyes vigentes. (negritas fuera de texto).

El Gobierno Nacional en uso de esas facultades expidió el Decreto 4057 de 2011 por medio del cual suprime el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y reasigna funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública y entre estas y otras entidades del Estado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. SUPRESIÓN. *Suprímese el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), creado mediante Decreto 1717 del 18 de julio de 1960 y demás disposiciones que lo modificaron o adicionaron.*

El proceso de supresión se regirá por lo dispuesto en este decreto y las demás disposiciones legales y deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto. De no ser posible concluir el proceso en este lapso, el Director para la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), informará al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, justificando por escrito la necesidad de un plazo mayor y fijará un cronograma para concluir la supresión, que se adoptará mediante acto administrativo. En todo caso, el plazo adicional para la supresión no podrá exceder de un (1) año.

ARTÍCULO 3o. TRASLADO DE FUNCIONES. Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2o, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

3.1 Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.

3.2 La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.

3.3 La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional garantizará que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos de acuerdo a su naturaleza.

Igualmente, en desarrollo de esta función el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional deberá garantizar el acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial y autoridades administrativas que en razón a sus funciones y competencias lo requieran; los titulares de los datos tendrán acceso a la información correspondiente a su certificado Judicial en los mismos términos y condiciones señalados en las normas vigentes.

3.4 La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado.

PARÁGRAFO. Las entidades receptoras de las funciones sustituirán al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en los comités,

juntas y demás instancias en los cuales participa y asiste, a la entrada en vigencia del presente decreto.

ARTÍCULO 6o. SUPRESIÓN DE EMPLEOS Y PROCESO DE INCORPORACIÓN. El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.

Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condición de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

Los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

PARÁGRAFO. Para efectos de la desvinculación del personal que goza de la garantía del fuero sindical, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia. Los procesos tendientes a obtener permiso para retirar al empleado amparado con el fuero sindical, deberán adelantarse dentro de los términos establecidos en la ley y los jueces laborales con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta.

ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN DE PERSONAL. El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la

incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales.

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.

PARÁGRAFO 1o. Para la actualización en el registro de carrera de los servidores que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación, el DAS enviará la certificación que emita la Comisión Nacional del Servicio Civil que acredite la condición de empleados con derechos de carrera.

PARÁGRAFO 2o. A los empleados que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación o en las demás entidades receptoras, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión deberá reconocer y pagar los beneficios salariales y prestacionales causados o su proporcionalidad a la fecha de incorporación.

Los servidores públicos que se encuentren en periodo de prueba a la fecha de publicación del presente decreto permanecerán en la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); una vez se produzca la evaluación satisfactoria de dicho período serán incorporados a los empleos que se hayan creado para el efecto en las entidades receptoras.

Hasta tanto se produzca dicha calificación serán comisionados a prestar sus servicios en las entidades receptoras.

Para los efectos del acto legislativo 04 del 7 de julio de 2011, entiéndase que la fecha de ingreso de los empleados provisionales que sean incorporados en las entidades receptoras de funciones, será la de su vinculación en esta condición en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

(...)"

Así mismo expidió los Decretos 4059 y 4060 de 2011, modificando la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y estableciendo las equivalencias de empleos entre el DAS y la Fiscalía respectivamente así:

DECRETO NÚMERO 4059 de 2011

31 DE OCTUBRE

ARTÍCULO 1. -Modifícase la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, creando los siguientes cargos de carácter permanente:

No. De Cargos	Denominación del Empleo
Planta Global	
165 (Ciento Sesenta y Cinco)	Agente de Seguridad I
78 (Setenta y Ocho)	Agente de Seguridad II
21 (Veintiuno)	Agente de Seguridad III
7 (Siete)	Agente de Seguridad IV
808 (Ochocientos Ocho)	Asistente de Investigación Criminalística IV
566 (Quinientos Sesenta y Seis)	Asistente de Investigación Criminalística V

DECRETO NÚMERO 4060 de 2011

31 DE OCTUBRE

ARTÍCULO 1o. Establécense las siguientes equivalencias entre la nomenclatura y clasificación de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– y la nomenclatura y clasificación de empleos aplicable a la Fiscalía General de la Nación, así:

Empleos Departamento Administrativo de Seguridad – DAS	Empleos Fiscalía General de la Nación			
Denominación del Empleo	Código	Grado	Denominación del Empleo	Grado
Detective	208	6	Asistente de Investigación Criminalística	IV

(...). (Sic para todo el texto).

Así las cosas, se evidencia que la actora fue vinculada en el cargo de asistente de investigación criminalística grado IV, que es el equivalente al cargo de detective 208-6 que ostentaba en el DAS; y en ningún caso le ha sido desmejorada su situación salarial a partir de su ingreso a la Fiscalía; al contrario, aunque expresamente no se dijo que la prima de clima quedaba integrada dentro del nuevo salario básico del demandante, lo cierto es que a partir de su ingreso a la Fiscalía General de la Nación empezó a devengar más por concepto de salario y de prestaciones sociales.

Resta observar que, de conformidad con el artículo 7 del Decreto Ley 4057 de 2011, el régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que fueron incorporados a la Fiscalía se rigen por el que esté vigente en la entidad receptora. Ello es apenas natural y obvio, pues el cargo que tenía en el DAS se extinguió; la ley simplemente les dio un derecho a reincorporarse por lo menos en condiciones similares a las que tenían en la anterior entidad, pero de allí no se infiere que los servidores públicos aludidos tengan derecho a percibir los salarios del anterior cargo y del nuevo. En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-098 de 2013 al resolver una demanda de inexequibilidad en contra del artículo 7 del Decreto Ley 4057 de 2011 determinando que:

“El legislador no está obligado a trasladar los beneficios contemplados en un régimen que ha perdido vigencia, en virtud de la supresión de la entidad a la que se aplicaba, a aquellos trabajadores que con el fin de garantizar su derecho a la estabilidad laboral fueron reubicados en otro organismo. Lo anterior por cuanto, se reitera, (i) la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es absoluta y no se antepone a la reestructuración de la administración, y (ii) la supresión de una entidad no solo implica que el organismo desaparezca de la estructura de la administración pública, sino también la cesación o el traslado de sus funciones, de su personal y de su régimen especial de carrera, en caso de existir”

Ahora bien frente a la violación al derecho a la igualdad que alega el recurrente esta Corporación encuentra que a diferencia de lo afirmado por la recurrente si existió un estudio técnico (FIs 69 a 70 c. de pruebas) en el que fueron analizadas las calidades y las funciones que desempeñaba cada uno de los empleados del DAS para determinar las equivalencias para cada uno de los cargos en la entidad receptora, lo que evidencia que en ningún momento se está vulnerando este derecho constitucional, por el contrario a las personas que se encontraban laborando en dicha entidad se les brindaron todas las garantías propias de un proceso de supresión.

2.2.- En lo que respecta al concepto emitido por el señor procurador delegado ante la Corporación debemos señalar lo siguiente:

a). Compartimos en su integridad sus apreciaciones sobre los requisitos formales para realizar reestructuraciones de entidades; además, son situaciones suficientemente dilucidadas, especialmente por la Corte Constitucional. En la sentencia C-098 de 2013 está suficientemente claro el asunto.

b). Frente al tema de los derechos adquiridos en los casos de reestructuración de empleados no compartimos el criterio expuesto por el señor procurador. En efecto, los derechos salariales, prestacionales de carrera que ostenta una persona por el hecho de desempeñar un cargo en una entidad van hasta la extinción de esta. A partir de allí, la ley otorga dos opciones: i) El derecho al pago de la indemnización prevista en la ley para el efecto; ii) o el derecho a ser reincorporado en otra entidad con iguales o similares funciones. En todo caso, so pretexto de una reestructuración no puede disminuirse el salario, pero ello no significa que un ex empleado del DAS, por ejemplo, tenga derecho a los diferentes emolumentos salariales que tenía en el extinto DAS y adicionalmente a los que tenga la Fiscalía. No, el artículo 7 del Decreto Ley 4057 de 2011 es absolutamente claro sobre el particular: el servidor público reincorporado está regulado por el régimen salarial, prestacional y de carrera de la nueva entidad, sin que por ese motivo pueda haber disminución salarial o prestacional. Consecuencialmente, como a partir de la extinción del DAS el demandante dejó

de ser empleado de esa entidad, feneció el derecho a percibir salario bajo la denominación de prima de clima, pues el régimen salarial de la Fiscalía no la contempla. Pero para el caso concreto, tal como quedó analizado y concluido en precedencia, analizada la situación del demandante en forma global no se le ha desmejorado de ninguna manera su situación laboral. En efecto, sigue desempeñando en la Fiscalía funciones equivalentes a las que desarrollaba en el DAS; la prima de riesgo se le incluyó expresamente dentro del nuevo salario; y aunque no se incluyeron bajo la misma denominación otros factores salariales que devengaba en el DAS, la nueva asignación básica en la Fiscalía de hecho los incluye y los excede; y como el salario es la base para calcular las prestaciones sociales, el demandante no solo está recibiendo más salario sino también más prestaciones sociales.

En consecuencia, con fundamento en las anteriores argumentaciones se desestiman los argumentos expuestos por el recurrente y el señor procurador delegado ante este Tribunal, pues no tienen asidero fáctico ni jurídico; al contrario, se impone confirmar la sentencia apelada en lo que fue objeto del recurso.

VI. COSTAS

Esta materia se encuentra regulada actualmente en el artículo 188 del CPACA, que remite al C.P.C., estatuto que fija las reglas sobre el asunto en su artículo 392. Con anterioridad a la Ley 1437 de 2011, este aspecto se encontraba reglado en artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del C.C.A.

Pareciera que la primera norma mencionada en el párrafo anterior varió la concepción que traía el último artículo citado, que limitaba la condena en costas a aquellos casos en que ameritara imponerlas en consideración a la conducta de las partes, por la concepción de que quien pierde la instancia u otro acto procesal, inexorablemente debe asumir la condena al pago de costas.

Sin embargo, en un Estado de Derecho como el que prevé nuestra Constitución (artículo 1 C.P.) esa concepción absolutista va en contra de varios principios, especialmente el de acceso a la administración de justicia y el de gratuidad. Por tal motivo, a juicio de la Sala y siguiendo el criterio finalista de interpretación de las normas jurídicas, resulta más razonable ponderar en cada caso la actividad de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condena en costas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la conducta temeraria de la parte, si ella resulta dilatoria en la interposición de un recurso la proposición o trámite de un incidente, o el fundamento mismo de los actos procesales, pues algunos no son serios sino caprichosos, arbitrarios o algo similar.

Esa interpretación resulta incluso de la acepción “disponer” que utiliza el artículo 188, pues ella significa no la imperiosa condena en costas en caso de pérdida del proceso, incidente u otro acto procesal, sino un análisis fáctico jurídico que conlleve a la justicia, que al fin de cuentas es el objetivo último del derecho y de las decisiones judiciales.

Bajo estos presupuestos, para el caso que se analiza no resulta procedente la condena en costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de 9 de agosto de 2013 emitida dentro de la demanda promovida por ADRIANA SANMIGUEL HERNÁNDEZ contra la Fiscalía General de la Nación por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: **NO CONDENAR** en costas en esta instancia.

TERCERO: **ORDENAR** devolver la actuación al Despacho de origen, una vez ejecutoriado este fallo. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



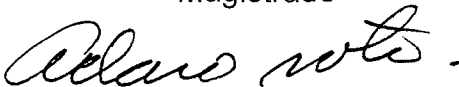
JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado



NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado



HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA

ACLARACIÓN DE VOTO A LA PROVIDENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2013.

PONENTE JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO, RADICADO 85001-33-33-002-2012-00029-01.

Con el debido respeto por los compañeros de Sala, y a pesar de que en términos generales comparto lo decidido, por cuanto en efecto las condiciones salariales del demandante no se vieron afectadas por el cambio de entidad, más bien mejoraron, desde el dogmatismo y abstractamente aclaro mi voto, pues no comparto la interpretación que desde las altas instancias jurisdiccionales, principalmente del órgano encargado de la protección y guarda de los preceptos constitucionales, se hace sobre instituciones bien diferenciadas e independientes: los derechos adquiridos, la favorabilidad en materia laboral y la progresividad y garantía de no regresividad de las conquistas laborales.

En efecto, sobre derechos adquiridos han corrido ríos de tinta desde tiempos inmemoriales, ocupándose de ellos las mentes más lúcidas de las ciencias jurídicas a nivel mundial, como las nacionales, las cuales coinciden en que mientras las situaciones no se hayan consolidado en cabeza del titular, es decir, que no haya cumplido todos y cada uno de los requisitos que las normas señalan para ello, puede el legislador cambiar las condiciones para la adquisición del derecho como, por ejemplo, variar el número de semanas y el tiempo de cotización o la edad para consolidar el derecho a la pensión, bajo determinadas circunstancias; contrario sensu, para quienes ya hubieren satisfecho los requisitos para acceder a determinadas prerrogativas, no podría la normatividad variar en detrimento suyo esas garantías o derechos que ya han entrado definitivamente en su patrimonio; en tanto la condición más favorable o más beneficiosa en asuntos de trabajo humano es relativamente reciente y hasta 1991 se constitucionalizó dicho principio fundamental en el artículo 53 en los siguientes términos: *“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad ni los derechos de los trabajadores”*.

Este principio mínimo fundamental del trabajo, también conocido como *principio de no regresividad en materia laboral* o *progresividad de los derechos laborales*, reconoce o protege las conquistas de los asalariados e implica que la normatividad laboral carece de la virtualidad de desmejorar la situación jurídica y material del trabajador. En suma, significa que a un asalariado o trabajador, público o privado, que durante su vida laboral es

destinatario de una determina garantía o beneficio laboral prevista en una norma, no se le puede desmejorar su situación a través de otra norma, la cual solo operaría para quienes entran a laborar con posterioridad a la expedición de la norma nueva. Vale decir, es un asunto de vigencia de normas: como lo expresa el autor Jairo Villegas Arbeláez (*"Derecho Administrativo Laboral"*, tomo I, Editorial Legis, Bogotá, cuarta edición, 2000:

"Es la situación (refiriéndose a la condición más beneficiosa) frente a la cual se tutela al trabajador que venía disfrutando unas condiciones laborales en virtud de norma anterior, cambiadas por norma nueva, a fin de que en aplicación del principio mínimo fundamental, consagrado por el inciso final del artículo 53, que dice que la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores... El trabajador, por condición más beneficiosa, continuará regulado por la norma anterior.

"Por supuesto que la sucesión normativa comporta y supone la preexistencia de norma y condición anterior y se aplica, por tanto, en forma exclusiva a quienes tenían la calidad de trabajadores a la fecha de expedición o vigencia de la nueva normatividad. En consecuencia, no se aplica la condición más beneficiosa a quienes ingresaron como trabajadores con posterioridad a la nueva norma".

Y es que las instituciones de los derechos adquiridos, la favorabilidad y la condición más beneficiosa o progresividad y garantía de no regresividad en cuestiones laborales, son institutos bien diferentes y regulados de diferente manera en la misma Constitución.

Mientras que los derechos adquiridos encuentran su regulación en el artículo 58: *"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores..."*; y su origen se remonta al nacimiento del derecho occidental, consagrándose en todas las legislaciones escritas y consuetudinarias con arraigo en el derecho romano o por lo menos construidas bajo su influencia, ellos tiene que ver, fundamentalmente, con la defensa y adquisición de los derechos reales, de manera puntual con la defensa de la propiedad privada, base del sistema capitalista, como que sobre ella se edifican todas las constituciones de los países que acogen este sistema de relaciones de producción y que permean todas las demás instituciones, como para llegar a afirmarse que dependiendo de la regulación de la propiedad que se haga en un ordenamiento, se deducen su sistema político, su tipo de gobierno, la ideología que prevalece, su sistema jurídico, etc.

No sobra agregar que ya desde 1886, cuando se expidió la Constitución, se garantizaban el derecho de propiedad privada y los derechos adquiridos con

justo título (arts. 31, 32 y 33), mismos caracteres que vuelven a repetirse en la Carta de 1991, obvio si se tiene en cuenta que el sistema capitalista y las relaciones de producción son las mismas para ambas épocas; si bien en la Carta de 1886 se permitía el ejercicio de oficios y profesiones (art. 44), solamente con el Acto legislativo núm. 1 de 1936 se consagró el derecho al trabajo y se le protegió normativamente en el artículo 17 al señalar que es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado y las autoridades, reforma fruto de situaciones internacionales que amenazaban la misma existencia del sistema capitalista; posteriormente se protegieron las conquistas laborales, excluyéndolas de desmejoras bajo el estado de emergencia económica, aunque esto se volvió letra muerta dado el carácter autocrático del poder que emanaba de la Constitución de 1886 y que hacía de la Rama Judicial en la práctica un apéndice del Poder Ejecutivo.

Lo anterior para significar que los derechos adquiridos con justo título se refieren, esencialmente, a la protección de la propiedad privada en sus diferentes manifestaciones, material, artística, literaria, etc., y que su regulación constitucional, por lo menos en nuestro país, data de más de 200 años como quiera que no solo en la Constitución de 1886 sino ya desde las primeras constituciones provinciales, a partir de 1810, tuvieron su desarrollo y amparo normativo. Y que la institución de los derechos adquiridos de forma prevalente refiere a la adquisición y protección de la propiedad privada, prevista actualmente en el artículo 58 de la Carta Política, es que en el mismo texto se hace alusión a las circunstancias en las cuales prevalece el interés público sobre el interés social, la función social de la propiedad y sus implicaciones obligacionales para el titular del derecho, las diferentes formas de propiedad y las situaciones en que puede haber expropiación, circunstancias que obviamente no se aplican a los derechos laborales, amén de que tal disposición hace relación de manera exclusiva al derecho de propiedad y que sufrió una modificación por el Legislador en 1999 en relación a la expropiación sin indemnización previa por motivos de equidad, norma que venía de la anterior Constitución, reforma presionada por el capital internacional que alegaba inseguridad jurídica para sus inversiones, a pesar de que jamás se había aplicado desde 1936, cuando inicialmente se configuró.

También se deduce de lo antes dicho que la protección al trabajo es posterior, y que se requirió de una reforma constitucional, de una crisis económica mundial y de una nueva concepción de la sociedad y del Estado, amén del ejemplo de soluciones foráneas, ante todo la norteamericana de Roosevelt y su mentor Keynes, para que el trabajo humano y principalmente quienes se veían en la necesidad de vender su fuerza laboral, fueran tomados en cuenta y protegidos en sus derechos. De modo, pues, que se

trata de institutos diferentes, de regulación diferente y de causas y consecuencias también diversas.

Ello fue bien entendido y delimitado por el constituyente de 1991, al parecer no por quienes tienen la función de aplicarlo a las relaciones entre particulares y resolver asuntos precisos, pues en normas separadas plasmaron lo que debe ser separado, fijaron en disposiciones diferentes lo que es diferente, regularon aparte lo que debe ir aparte: la propiedad privada y el trabajo; no podían y en eso fueron consecuentes, unir lo que es contradictorio y antitético: la propiedad privada y el trabajo, entendida la primera con relación a los dueños de los medios de producción y no a la propiedad personal, y el segundo como creador de riqueza apropiada por los primeros.

En efecto, como son fenómenos distintos, con orígenes diferentes y consecuencias muy disímiles delimitaron y regularon en el artículo 53 las garantías de los trabajadores, los principios mínimos fundamentales que debe tener en cuenta el Legislativo cuando expida el estatuto del trabajo, tarea que no ha cumplido. Así, se plasmó por el constituyente primario, para el caso los que nos interesan, *"la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales" de derecho*.

Este principio citado es el que comúnmente se denomina *"principio de favorabilidad"*, que significa que cuando una norma laboral admita interpretaciones diferentes, el intérprete u operador judicial debe optar por la más benéfica para el trabajador; también se puede presentar cuando coexistan normas laborales susceptibles de ser aplicadas razonablemente, de diverso origen formal, evento en el cual también se debe preferir la que favorezca al trabajador. Obsérvese entonces que la *favorabilidad* se predica cuando una disposición ofrezca varias interpretaciones o cuando coexistan dos o más normas, ambas vigentes, donde se debe preferir la más beneficiosa al trabajador, pues si no existe sino una sola porque otra que regulaba la misma situación pero de diferente manera (más favorable) fue eliminada del ordenamiento, habría no interpretación más favorable de las varias opciones interpretativas que pudiera tener una sola y misma norma, sino aplicación del principio de no regresividad.

Igualmente se señaló en el art. 53 lo siguiente, como principio mínimo fundamental en cuestiones laborales: *"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores"*. Es lo que se conoce como *principio del no menoscabo de derechos o condición más beneficiosa o principio de*

progresividad en materia laboral, el cual implica que en ningún caso, ni siquiera por decisión del legislador, las conquistas obtenidas, ya provenientes de la normatividad, cualquiera que fuere su fuente formal, o por los otros medios señalados en la norma transcrita, se consideran ingresados de manera definitiva al patrimonio de los asalariados y no pueden ser menoscabados, vaya decir, rebajados, disminuidos, acortados, etc., jamás. Es decir, obtenido por cualquiera de los medios reseñados una ventaja o mejora en sus condiciones salariales o prestacionales, quien fuere destinatario en ese momento de la mejora, ya no se le podrá recortar ni eliminar. En eso consiste la progresividad o garantía de no regresividad.

Puede el legislador cambiar las reglas de juego, como eliminar factores de salario, o de prestaciones, o aumentar la edad de pensión, etc., pero esos cambios operan para quienes ingresen al mercado laboral con posterioridad a los cambios efectuados. Nunca para quienes ya son beneficiarios de las condiciones más favorables. Esto queda ratificado por el art. 215 de la Constitución Política cuando prescribe que ni siquiera bajo el estado de excepción allí regulado el Gobierno puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores. Y si no lo puede hacer en estado de emergencia económica y social, menos en condiciones normales de tranquilidad económica, social, ecológica y de calamidad pública.

Desde antes de la C. P. de 1991 ya dentro de la jurisdicción ordinaria había voces autorizadas que convalidaban lo expuesto en esta aclaración de voto. El sacrificado magistrado de la Corte Suprema de Justicia Manuel Gaona Cruz en salvamento de voto a sentencia de septiembre de 1982 describió adecuadamente la naturaleza de la condición más beneficiosa en materia laboral:

*"Si la Constitución instituye la especial protección al trabajo por parte del Estado (art. 17), si consagra la intervención estatal en el proceso económico para mejorar a los trabajadores (art. 32) y si expresamente prohíbe desmejorar sus derechos sociales reconocidos en leyes anteriores aún en época de emergencia económica (art. 122), resulta incuestionable que cualquier acto jurídico, llámese ley, decreto reglamentario o reglamento interno o general de un establecimiento público, que disminuya las condiciones globales de tipo salarial, prestacional o sobre riesgos, del trabajador, legalmente reconocidas, o que autorice sus desmejora, así dichas condiciones no se hubieren consolidado en forma individual bajo la égida de los derechos adquiridos, es inconstitucional..."*¹.

¹ Tomado de Jairo Villegas Arbeláez, *Derecho Administrativo Laboral*, Tomo I, Editorial Legis, Bogotá, cuarta edición, año 2000.

El mismo Consejo de Estado en algunas providencias ha transitado la senda de la progresividad en material laboral:

El principio de progresividad constituye una directriz en materia de política pública para los Estados, en el sentido de velar por que los logros alcanzados en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

"2.5.8.1. Esta Corporación ha desarrollado una clara línea jurisprudencial relativa al deber estatal de desarrollo progresivo de los derechos sociales y a la prohibición prima facie de retrocesos en esta materia. Esta doctrina fue expuesta con claridad en la Sentencia C-038 de 2004², en donde, refiriéndose a las garantías mínimas en materia laboral, la Corte sostuvo que los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no eran los únicos que limitaban la libertad de configuración del legislador cuando adelantaba una reforma laboral, pues existía la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales, sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Explicó el fallo que en cuanto el trabajo era no sólo un derecho fundamental, sino también uno de carácter social, que como tal tenía unos contenidos legales mínimos, era un derecho de desarrollo progresivo al cual le eran aplicables el PIDESC y el Protocolo de San Salvador³, que prescribían el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad. (...)

2.5.8.2. Más adelante, en la Sentencia T-1318 de 2005⁴ –antes citada y referente concretamente al derecho a la vivienda digna–, la Corte se refirió a las fuentes normativas relativas al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos, y al respecto señaló que de conformidad con los mandatos constitucionales y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, éste tenía la obligación efectiva de adoptar medidas para satisfacer los derechos de esta naturaleza. Al respecto recordó que de conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones contraídas por los Estados partes del PIDESC se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado, y que dentro de estas últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en la materia. (...)."

² M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Ya anteriormente se había delineado esta doctrina en las sentencias C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

³ Este Tratado contiene el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

(Negrillas propias).

Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla (sic) enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas⁵.

Obsérvese entonces cómo las apreciaciones aquí consignadas sobre el principio de progresividad y garantía de no regresividad en asuntos laborales tiene pleno respaldo en la jurisprudencia de cierre de las Altas Cortes, a pesar de los bandazos que sobre derechos adquiridos, expectativas legítimas, simples expectativas y progresividad caracterizan la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 4 de agosto de 2010. Rad. núm.: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), actor: Luis Mario Velandia, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

La cita que hace de la Corte Constitucional el Consejo de Estado sobre la sentencia C-038 de 2004 en la jurisprudencia antes citada, indica a las claras que el órgano de control constitucional ha considerado, por lo menos en esa ocasión, que no solo los derechos adquiridos en materia laboral son dignos de protección constitucional y que por ende el legislativo estaba limitado en esas materias en la configuración propia de tales derechos, sino que era su obligación y de todos los demás órganos, desarrollar progresivamente las garantías laborales, nunca desmejorarlas, en palabras de la Corte Constitucional, le es prohibido desmejorar las conquistas ya alcanzadas. El Legislador, originario o derivado, puede utilizar sus competencias en materia laboral para favorecer, mejorar, ampliar la situación salarial y prestacional de los trabajadores, pero nunca, óigase bien, nunca, para desmejorarlos, en el entendido de que esta prohibición opera para quienes en un momento determinado sean destinatarios de esas normas que los benefician, no para quienes entren al mercado laboral después de que el Legislador reforme o desmejore un derecho en materia laboral, trabajadores que deberán someterse a las nuevas condiciones de trabajo.

Sin embargo, la misma Corte Constitucional, en fallos posteriores, protegió las simples expectativas de quienes estuvieran en camino de obtener ciertas ventajas laborales derivadas de la normatividad y estuvieran próximos a pensionarse por estar en vías de adquirir los derechos inherentes a esa condición (C-754 de 2004, demanda contra el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, que modificaba el régimen de transición de la Ley 100 de 1993).

Resumiendo, y como ejercicio intelectual derivado de lo dicho, la Corte Constitucional no ha sostenido una misma posición o línea de acción en estos asuntos de por sí sensibles pues afectan a los asalariados. Basta observar lo plasmado en la sentencia que modificó las pensiones de los congresistas, C-258 de 2013, en particular sobre el concepto de derechos adquiridos. Por su parte, la línea de este Tribunal sobre no regresividad de los derechos sociales de los ciudadanos ha sido ratificada en varios fallos, entre ellos el de 24 de mayo de 2012, M. P. Héctor Alonso Ángel. Ángel.

Como conclusión, reiterando lo dicho al comienzo, si bien comparto la decisión adoptada por la Sala en el entendido de que la inclusión de la prima de clima que alegaba el demandante no procedía en el caso concreto puesto que en últimas el salario del empleado en la nueva entidad mejoró, considero que si hubiera sucedido lo contrario, vale decir, se hubiera desmejorado el salario, la prima de clima ha debido reconocerse pues fue una conquista obtenida mientras trabajaba, en virtud

del principio de progresividad en asuntos laborales, y la misma debió reflejarse de alguna manera en el nuevo ingreso.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Héctor Alonso Ángel Ángel'.

HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Magistrado

Fecha ut supra