



Señores
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E.S.D.

RAD. No.: 11001333501120210020700
DEMANDANTE: ALFONSO BOHORQUEZ CALDERON
DEMANDADO: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

RONALD FRANCISCO VALENCIA CORREDOR, identificado con cedula de ciudadanía No. 80.232.372 de Bogotá, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 145.178 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., en calidad de apoderado judicial de la entidad demandada, **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, conforme poder otorgado por el doctor **CARLOS ALBERTO SABOYA GONZÁLEZ**, en su calidad de Director Estratégico II de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Entidad Demandada, el cual adjunto al presente memorial, estando dentro del término legal correspondiente contemplado en los Arts. 172 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA –, procedo a dar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** de la referencia, conforme a las siguientes manifestaciones y argumentos en derecho:

FRENTE AL CAPÍTULO DE LOS HECHOS:

Conforme a los hechos de la demanda me permito dar respuesta a los mismos de la siguiente manera:

AL HECHO 1 A 4 : NO ME CONSTA. Me atengo a lo probado.

En cuanto a la manifestación de inconstitucionalidad del Decreto 382 de 2013 aducida por el LIBELISTA en los hechos de la demanda. No se trata de hechos de la demanda sino menciones o referencias normativas con una interpretación errónea, luego **NO SON CIERTOS** ya que la bonificación judicial es producto de un Acuerdo que desarrolla los Convenios de la OIT y la jurisprudencia constitucional que reconoce la posibilidad de que los servidores públicos intervengan en la definición de sus “condiciones de empleo”; el cual a su vez se realizó sobre la base de unos recursos específicos que destino el Gobierno Nacional para cubrir los efectos de dicha concertación; **en conjunto, las autoridades y los propios representantes sindicales negociaron, concertaron y aprobaron la fórmula salarial que finalmente se plasmó en el Decreto 382 de 2013, así como el establecimiento de la bonificación judicial como factor salarial únicamente para la “base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud”.**

En este sentido resulta necesario recordar que en el **Acta No. 25 del 8 de enero de 2013 la Mesa Técnica Paritaria** conformada para desarrollar el Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 determinó:

“Igualmente, se preserva que el incremento del ingreso anual de los funcionarios y empleados se determinará en un monto de reconocimiento adicionado anualmente progresivo durante seis (6) años, a título de complemento (o denominación que determinen las autoridades competentes) el cual tendrá un reconocimiento de carácter mensual y el cual tendrá carácter salarial sólo para efectos de contribución de pensiones y salud, tal como se viene aplicando a la prima especial de servicios para Magistrados de las Altas Cortes y a la bonificación por compensación para Magistrados de Tribunal.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).



De otro lado, no le asiste razón al demandante en cuanto: i) En atención al principio de legalidad y los principios de interpretación normativa es sabido que el artículo 27 del Código Civil establece *que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*¹; ii) así mismo, me permito aclarar que mediante el Decreto 0382 de 2013 se estableció una bonificación judicial 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 venían rigiéndose por el Decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, precisando dicha norma los cargos a los cuales aplica y los montos a reconocer para cada uno, así como determinó que la misma se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013 y se percibirá mientras el servidor público permanezca en el servicio, constituyendo únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante, teniendo en cuenta que carecen de fundamentación fáctica y jurídica, por cuanto **los actos demandados se limitaron a señalar el cumplimiento de un deber legal que le impuso el legislador a la Fiscalía General de la Nación a través del Decreto 0382 de 2013**, el cual cuenta con plena vigencia y validez jurídica, al ceñirse a la Constitución y la Ley, como se entrará a demostrar en los capítulos siguientes de esta contestación.

Respecto a las costas y agencias en derecho me opongo, en principio bajo el entendido que en el presente caso no procede el reconocimiento y pago de lo pretendido en esta demanda. Igualmente es oportuno precisar que las costas corren a cargo de la parte vencida en el proceso y solo habrá lugar al pago de estas cuando en el expediente aparezca que las mismas se causaron y que estén plenamente comprobadas, como así lo estipuló el Consejo de Estado, mediante la siguiente sentencia:

“Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la

¹ El CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014), Radicación: 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219) sobre el particular recordó:

“En lo que corresponde a la legislación colombiana, los artículos 27 al 30 del Código Civil recogen, en suma, los métodos de interpretación establecidos por Savigny, a saber: los criterios textual, sistemático, histórico y teleológico. A continuación, se hará una exposición de los mencionados criterios, empezando por el textual; seguidamente se expondrá la postura que defiende este Despacho sobre la interpretación de las normas jurídicas.

(...)

En el sistema del derecho positivo colombiano una regla en este sentido se encuentra instituida en el artículo 27 del Código Civil que establece que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, el artículo 28 del mismo Código que, textualmente, enseña: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.” Así como el artículo 29 que establece que “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den lo que profesan la misma ciencia o arte...”; en este orden de ideas, esta es la base legal para que los operadores jurídicos, en general, fundamenten la aplicación de los términos mencionados en la Ley y que no encuentren significado establecido dentro del ordenamiento jurídico.”



existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.” (Negrilla fuera del texto).²

EXCEPCIONES

1. CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL CARÁCTER SALARIAL

1.1. Competencia y legalidad del régimen salarial de los empleados públicos

El Decreto 382 de 2013 se expidió en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se señalan las normas y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos. La ley precitada tiene como sustento los literales e y f del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, esto es, que le corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

*“19. Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:
(...)
e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.
f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.
(...)”*

La Ley 4ª de 1992 fue dictada con base en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, tal como se lee en su encabezamiento. Establece que los referidos literales de la Constitución tratan sobre el régimen laboral de los servidores públicos - pues se ocupan de los empleados públicos y los trabajadores oficiales - y que, por lo tanto, aluden también a los empleados de la Fiscalía, ya que éstos no escapan a la calidad de servidores públicos.
El artículo 1º de la Ley 4ª de 1992 da cumplimiento a la orden constitucional establecida en el artículo 253, referente a que la ley determinará lo relativo a la remuneración y prestaciones sociales de los empleados de la Fiscalía.

1.2. Cuando una norma jurídica, frente a regímenes especiales, excluye sumas de dinero que habitualmente puede percibir el empleado, pero que no se tendrán en cuenta para efectos de liquidar determinadas prestaciones sociales, o que no se tendrán como salario no se vulnera la constitución política ni norma alguna del ordenamiento jurídico³

En desarrollo del literal “e” del numeral 19, artículo 150 de la Constitución Política, se han desarrollado varias normas jurídicas en las que se excluye a las bonificaciones como carácter salarial, y no sólo mediante decretos nacionales sino normas con carácter legal, entre ellas las siguientes:

- **LEY 199 DE 1995** (mediante la cual se fijan los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno Nacional modificará su estructura orgánica y se dictan otras disposiciones). El

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “A”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E), Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00455-01(4044-13).
³ Sentencia C-44 de 1997, la cual se citará en lo subsiguiente.



artículo 14 de dicha ley es enfática, para la materia que regula, en que **las bonificaciones no constituyen un factor de salario**, y adicionalmente refuerza el argumento estatuyendo que dicha exclusión implica que la enervación de efectos legales de dicho factor remunerativo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 14. FACTOR SALARIAL. Las indemnizaciones y bonificaciones no constituyen factor de salario para ningún efecto legal (...)”

Por si fuera poco, el artículo 16 de la ley *in comento* clarifica que pese a que la bonificación no tiene carácter salarial esta es compatible con el reconocimiento de las prestaciones sociales así:

“ARTÍCULO 16. COMPATIBILIDAD CON EL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES. (...) el pago de la indemnización o bonificación es compatible con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales (...)”

Con lo anterior se evidencia que la Constitución Política habilita a las normas jurídicas con inferior jerarquía a que modulen los factores remuneradores habituales que recibe el empleado sin que *prima facie* se reputen como salario o incluso imputándose como salario se excluyan o no del reconocimiento del pago de prestaciones sociales sobre su base.

- **LEY 332 DE 1996** (por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones). En dicha norma su artículo 1º.- aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998 se regula la **prima especial** prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4a de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio **harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

“Artículo 2º.- La prima técnica de los rectores de las universidades públicas del orden nacional establecida en el Decreto 1624 de 1991, hará parte del ingreso base únicamente para efectos de liquidación de la pensión de jubilación, siempre que este derecho se adquiera en el desempeño del cargo del Rector de la Universidad, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la Ley.”

Mutatis mutandis, el artículo 2º de la Ley 332 de 1996 apareja el mismo hecho y consecuencia jurídica que el deprecado artículo 1º del Decreto 382 de 2013 *sub judice*, esto es, un factor salarial o emolumento habitual que se recibe como contraprestación del trabajo pero que el legislador excluye a efectos de reconocerlo como base de liquidación de prestaciones sociales e imputándolo exclusivamente a la liquidación de la pensión de jubilación.

El planteamiento de esta defensa no es exótico ni pretende enarbolar un argumento con creatividad jurídica, sino que se extrae de la jurisprudencia emitida por el máximo órgano de control constitucional, ya que el precitado artículo 1º ya fue demandado ante la Corte Constitucional y declarado exequible mediante sentencias C-129 de 1998 en lo referente al derecho a la igualdad – “con la excepción allí consagrada”, y la sentencia C-444 de 1997 – frente a otro punto de derecho, la primera de ellas expresa:

“(...) la propia Carta contempla un régimen especial, que debe ser desarrollado por la ley, en cuanto a la remuneración y prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación (art. 253 C.P.).



En consonancia con tal posibilidad, nada tiene de inconstitucional que al dictar reglas generales en los regímenes salariales y prestacionales, el legislador advierta sobre las excepciones que surgen, precisamente, de regímenes especiales.”

En este punto es imperioso destacar lo que la H. Corte Constitucional interpretó sobre los regímenes salariales y prestacionales especiales: i) Que el legislador puede crear regímenes especiales. Esto es sistemas normativos jurídicos que no obedecen a las regulaciones generales del ordenamiento jurídico; ii) Que la voluntad del constituyente fue que la Fiscalía General de la Nación estuviera regida por uno de esos regímenes especiales; iii) Que el régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación, dada su especialidad, se extrae del régimen general de los particulares y que en lo expresamente regulado por normas especiales no se aplican otras normas de derecho administrativo laboral. De lo anterior se elucida que no se puede juzgar el artículo 1° del Decreto 382 de 2013 bajo el racero del código sustantivo del trabajo.

Por su parte la **Sentencia C-444 de 1997** ha dejado sentado que el legislador tiene competencia, está habilitado para determinar que ciertas sumas de dinero que se reciban de forma habitual no se tengan en cuenta para liquidar determinadas prestaciones sociales, e incluso que esas sumas habituales que remuneren el trabajo no se reputen como salario. Para mayor claridad adjunto la cita textual:

*“Recuérdese que **el patrono y el trabajador, así como el legislador, pueden establecer sumas de dinero que habitualmente puede percibir el empleado, pero que no se tendrán en cuenta para efectos de liquidar determinadas prestaciones sociales, o que no se tendrán como salario** (artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo). Esta potestad ha sido avalada por el H. Consejo de Estado y esta Corporación, en diversos fallos. Es decir, ingresos reales del trabajador que no se ven representados en las prestaciones sociales, y no por ello se puede afirmar que existe desigualdad entre los distintos trabajadores al momento de liquidar aquéllas, pues la liquidación se hará siempre en relación con los montos que tengan carácter salarial.*

La ley 100 de 1993, por ejemplo, establece que las pensiones se liquidarán sobre un porcentaje de los ingresos base del trabajador (artículo 21), y del concepto de ingresos base están excluidos todos aquellos ingresos que el empleado recibe habitualmente pero que no constituyen salario (artículo 17 de la ley 344 de 1996). Por su parte, el artículo 34 de la misma ley, señala que el porcentaje mínimo de la pensión debe representar el 65% de la asignación básica.

Teniendo en cuenta lo anterior, existirán casos, tanto en el sector público como en el privado, en que el trabajador no recibe por concepto de pensión, un equivalente al 65% de lo que percibía mensualmente al momento de retirarse, pues ese porcentaje se calcula sobre la asignación básica, que no incluye factores que no tengan carácter salarial.

En conclusión, la desigualdad que se alega en la exposición de motivos es un sofisma. Sin embargo, ello no permite desconocer que fue voluntad del legislador, en desarrollo de su autonomía, asignarle carácter salarial a la prima que reciben ciertos servidores públicos, facultad que no le está prohibida.

Si las razones que se adujeron para ello fueron acertadas o no, es un juicio que sólo corresponde ejercer a esta Corporación, cuando de él resulte la vulneración a la Constitución, lo que en el caso en estudio no aconteció.”



Más adelante dice la misma sentencia de la Corte Constitucional:

“Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter” Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que “el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

De lo dicho *ut supra* resaltamos que la Corte Constitucional ha interpretado por vía de jurisprudencia que la definición de salario no es un dogma constitucional sino una definición legal y que el núcleo esencial del derecho contemplado en el artículo 53 constitucional se circunscribe a que el empleado reciba un salario justo como contraprestación de su trabajo, esto es, una “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo” permitiendo que el legislador - máxime en regímenes especiales - establezca que primas técnica, primas especiales, bonificaciones, o demás emolumentos o contraprestaciones que sean dadas al empleado, como fruto de su labor, no se imputen como salario y no implican una vulneración a los derechos de los trabajadores ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional. Nuevamente, para honrar la literalidad de la providencia constitucional me permito transcribirla:

“Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional.” (Corte Constitucional, sentencia C-279 de 1996. Sala de Conjuces. Conjuez ponente, doctor Hugo Palacios Mejía).”

1.3. De la especialidad del régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación y de la adecuación constitucional y legal de la denominada “bonificación judicial” del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, en cuanto a la expresión “constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”

Ahora bien, resulta solar para el tema *in examine* que el Decreto 382 de 2013, en atención a la habilitación constitucional y legal de la que hemos expuesto en los puntos antecedentes, estableció, en su artículo 16, que “Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4a. de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos



adquiridos”. Con la anterior disposición el decreto preveía las controversias sobre sus mandatos, pero dada su importancia y trascendencia dictaminó que no le era dable a ninguna autoridad, administrativa o judicial, establecer o modificar ese régimen especial de los salarios y prestaciones de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, lo cual incluye la expresión que modula la bonificación judicial, esto es, “constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Lo anterior tiene sustento en las siguientes consideraciones.

Línea doctrinal del Ministerio Público:

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 4ª de 1992, que finalizó con exequibilidad emitida por la Sentencia de la Corte Constitucional **C-312 de 1997**, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, el Procurador General de la Nación conceptuó:

“La Vista Fiscal aboga por la declaración de exequibilidad de la norma acusada. Manifiesta que la nueva Constitución amplió el radio de acción de las leyes marco o cuadro para comprender entre las materias sujetas a ellas la relacionada con el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, y el régimen de prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales. La extensión de las leyes marco a este tema se explica por ‘el carácter esencialmente cambiante de los fenómenos laborales que demandan una regulación flexible, adaptada a la dinámica propia de esta materia (...) la remuneración de los servidores públicos está condicionada a una serie de factores que, dada su mutabilidad, requieren desde el punto de vista macroeconómico, presupuestal y fiscal un tratamiento unificado por parte del Ejecutivo en su calidad de conductor y coordinador de la política económica del Estado, con el objeto de retribuir a quienes ejercen funciones públicas con una asignación equitativa y justa que les proporcione una digna subsistencia’.

Estima el Ministerio Público que lo lógico es que los funcionarios de la Fiscalía y de la Procuraduría se encuentren entre los destinatarios del sistema general de salarios y prestaciones sociales previsto en la Ley 4ª de 1992, pues ellos también desempeñan funciones públicas retribuidas con dineros del erario. Finaliza con la aseveración de que si se acogiera la interpretación que realiza el actor de los artículos constitucionales se desarticularía el sistema general de salarios y prestaciones sociales de los servidores estatales.”

Hemos subrayado que para el Ministerio Público, como garante de los derechos fundamentales, se ha reconocido que la regulación de los salarios y prestaciones de los servidores públicos se encuentra en cabeza del ejecutivo y debe responder al carácter esencialmente cambiante de los fenómenos laborales que demandan una regulación flexible, en otras palabras, que no atiende a la rigidez conceptual que se pretende en la demanda ni la interpretación que erróneamente se hace de la constitución política sobre los derechos laborales de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación pretendiendo adecuar las nociones de salario del Código Sustantivo del Trabajo, que son propias de un régimen general para los particulares, desconociendo el carácter especial del régimen salarial y prestacional de algunos servidores públicos, como los de la entidad demandada, en virtud de las implicaciones en la política económica del Estado, factores macroeconómicos, presupuestales y fiscales con las que el Presidente de la República, autor del decreto *sub judice*, como cabeza de la rama ejecutiva del poder público, reguló, condujo y coordinó los salarios y prestaciones antedichos.



Sobre el particular aduce la Corte Constitucional, en la sentencia referida ut supra:

En el mismo sentido, de lo expuesto por esta defensa y de la línea doctrinal del Ministerio Público, la H. Corte Constitucional precisó que frente al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos la Constitución Política y el Congreso se limitan a señalar normas generales, pero corresponde al Gobierno - en virtud del precitado carácter dinámico de los sueldos y prestaciones de los servidores públicos – regular, modular o ajustar dichas materias salariales y prestacionales. El texto es el que sigue:

“Por su parte, en la Constitución de 1991 el Congreso se limita a señalar las normas generales y los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales (art. 150, numeral 19, literales e) y f). De esta forma, en la nueva Carta se reconoció que en vista del carácter dinámico que posee lo relacionado con los sueldos y las prestaciones era conveniente que el Legislador se limitara a fijar criterios y que el Ejecutivo fuera el encargado de realizar los ajustes necesarios.

Sobre este tema se pronunció la Corte en su sentencia C-112 de 1993:

“(…)

Según el artículo 150-19 del Estatuto Supremo vigente, compete al Congreso de la República por medio de ley, dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para los siguientes efectos:

"…

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

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales".

...".

“De manera análoga a lo que acontecía en el régimen constitucional anterior, en el actual el Congreso cumple la mencionada función por medio de las denominadas "Leyes Marco".

“Como es bien sabido, dicha categoría conceptual se introdujo a nuestro ordenamiento constitucional con la reforma de 1968; la característica principal que distingue a tales leyes de las demás, consiste en que su contenido se dirige exclusivamente a sentar principios, criterios, bases u orientaciones de carácter general, a consagrar derroteros especiales, lineamientos, pautas o directrices generales o a señalar límites, a los cuales debe atenerse el Gobierno cuando vaya a desarrollarlas y a aplicarlas.

“Paralelamente, al Presidente de la República se le asigna en el artículo 189-14 ibídem la tarea de:



"Crear, fusionar y suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar las funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos" (las subrayas no son del texto).

"Dicho texto al tiempo le señala la prohibición de crear con cargo al tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales".

En síntesis: el Presidente de la República fija los salarios y emolumentos correspondientes a los empleos de la administración central y de los empleados públicos, pero ajustándose al marco general que señala el Congreso."

Adicionalmente, la Corte Constitucional⁴ hizo énfasis en los siguientes puntos:

- La determinación de la remuneración de los servidores públicos tiene hondas implicaciones en la política económica y afecta directamente la economía general;
- Los niveles de los salarios de los servidores públicos depende del equilibrio fiscal;
- Las anteriores consideraciones implican que la responsabilidad de la política salarial de los servidores públicos no compete al legislador ni a los jueces de la República sino a la máxima autoridad del poder ejecutivo, entre ellas *"la remuneración y prestaciones de los empleados de la Fiscalía y de la Procuraduría"*⁵.

⁴ Corte Constitucional C-312 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"La determinación de la remuneración de los servidores del Estado tiene hondas implicaciones en la política económica. En efecto, de los niveles de los salarios depende en buena medida el equilibrio fiscal. Y, como es sabido, la situación de las finanzas públicas afecta fundamentalmente el estado de la economía en general. De ahí que sea congruente que al Presidente, que, como se ha visto, tiene una responsabilidad destacada en materia de política económica, se le asigne también la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, y la de determinar el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales (CP, art. 150, num. 19, literales e) y f). Y puesto que la fijación de los salarios y prestaciones de los funcionarios y empleados de la Procuraduría y la Fiscalía también tiene influencia sobre las finanzas públicas, no es coherente que ellos sean apartados de la norma general y que su remuneración sea fijada directamente por el Congreso.

Las razones expuestas llevan a preferir la interpretación que realizan los intervinientes dentro del proceso: dado que la responsabilidad principal sobre la política salarial estatal descansa en el gobierno y que su nivel influye en forma determinante sobre la economía, la interpretación que más se ajusta a una visión integral de la Constitución es la que vincula el tema de la remuneración y prestaciones de los empleados de la Fiscalía y de la Procuraduría a la ley marco respectiva, es decir, a la contemplada en el literal e) del numeral 19 del art. 150 de la Constitución Política."

⁵ En otras providencias ha dicho la Corte constitucional:

C-608 de 1999. "Ahora bien, no comparte esta Corte la tesis del Viceprocurador General de la Nación, pues la referencia específica y directa a la Rama Legislativa en cuanto beneficiaria de las prestaciones que la norma permite reconocer resultaba pertinente por las ya referidas razones, propias del tipo de actividad de los congresistas, y en modo alguno discriminatoria, si se tiene en cuenta que, mirado el esquema general de la legislación, existen otros regímenes, también especiales, que se explican, entre otros motivos, por la índole de la función que se cumple, como esta Corte lo ha admitido en varias de sus providencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias C-461 del 12 de octubre de 1995. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-173 del 29 de abril de 1996. M.P.: Dr. Carlos Gaviria



1.4. Primera Conclusión

Todas las anteriores consideraciones y argumentos depositados en líneas superiores se integran a las excepciones de fondo de la defensa en el presente proceso judicial, con lo que se evidencia, sin lugar a duda, que la expresión **“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”**, contenida en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013 es ajustada a la ley marco 4ª de 1992 y la Constitución Política, por lo que no les es dable al operador de justicia exceptuarla por constitucionalidad toda vez los argumentos esgrimidos por el demandante, así como los refutados en esta contestación ya fueron objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en lo referente a:

- El presidente de la república es el competencia y legalidad del régimen salarial de los empleados públicos, como de hecho lo desarrolló al expedir el Decreto 382 de 2013 (desarrollado en el punto 1.1. de esta contestación);
- Cuando una norma jurídica, frente a regímenes especiales, excluye sumas de dinero que habitualmente puede percibir el empleado, pero que no se tendrán en cuenta para efectos de liquidar determinadas prestaciones sociales, o que no se tendrán como salario no se vulnera la constitución política ni norma alguna del ordenamiento jurídico - sentencias C-129 de 1998 y C-444 de 1997 (desarrollado en el punto 1.2. de esta contestación);
- La expresión **“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”** contenida en la denominada **“bonificación judicial”** del artículo 1° del Decreto 382 de 2013 está constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencialmente acorde al ordenamiento jurídico colombiano porque responde a la especialidad del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación (Conforme a lo anotado en el punto 1.3. de esta contestación).

1.5. Exceptuar de por inconstitucionalidad la expresión “constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenida en la denominada “bonificación judicial” del artículo 1° del Decreto 382 de 2013 implicaría, adicionalmente, exceptuar lo ordenado por la Ley 4ª de 1992, la cual ha sido declarada exequible por la Corte Constitucional.

La Ley 4ª de 1992 ordena:

“Artículo 20. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

(..)

h) La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;

i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;

(...)”

Díaz; C-089 del 26 de febrero de 1997. M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía; C-155 del 19 de marzo del 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz; C-089 del 18 de marzo de 1998. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo; C-129 del 1 de abril de 1998. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo y C-067 del 10 de febrero de 1999. M.P.: Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.”



La Corte Constitucional se ha referido al tema en los siguientes términos:

"Es fácil advertir que los asuntos objeto de las leyes marco corresponden a una realidad susceptible de permanente cambio. La regulación de estos fenómenos corre el riesgo de desactualizarse y no acomodarse a su errático curso, si carece de cierto grado de flexibilidad. La técnica en comento combina el momento de necesaria estabilidad y generalidad, estrictamente ligado a la filosofía que debe animar a la actuación del Estado en la materia y que lo suministra la ley, con el momento dinámico de ajuste coyuntural, circunstancial y de desarrollo detallado de la política general que se satisface con el decreto.

La Asamblea Nacional Constituyente conservó esta modalidad de ley, adicionando a las materias objeto de las mismas que contemplaba la anterior Constitución las siguientes: La regulación de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y la regulación del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales (CP artículo 150-19-d, e y f). A este respecto se lee en el informe-ponencia: "La Constitución debe mantener el esquema vigente que le permite al órgano legislativo nacional expedir normas de carácter general para organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el comercio exterior, modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, dejando al Presidente la necesaria flexibilidad para disponer, en cada caso, de las medidas que a su juicio las circunstancias hagan aconsejables, con sujeción a la ley". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-510 del 3 de septiembre de 1992. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"La institución de las leyes marco, introducida en el ordenamiento constitucional colombiano con la reforma de 1968, persigue para determinadas materias, dada su complejidad y constante evolución, la colaboración de Legislativo y Ejecutivo, así: el primero, señalará al Gobierno las pautas generales dentro de las cuales éste último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en una forma dinámica y de fácil modificación". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-013 del 21 de enero de 1993. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"La expedición de toda ley marco implica entonces una distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. En efecto, el Congreso consagra los preceptos generales y el Presidente expide los denominados decretos ejecutivos, destinados a reglamentar, en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la ley, decretos éstos que, por cierto, no tienen la misma jerarquía de la ley de la cual se derivan, pese a tener su misma generalidad y obligatoriedad". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-133 del 1 de abril de 1993. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Afirmamos que censurar el Decreto 382 de 2013 es atacar, igualmente la misma ley 4ª de 1992 porque, como se ha observado a lo largo de este memorial, dicha ley está en consonancia con la constitución cuando en unos casos se exceptúa de carácter salarial a algunas remuneraciones habituales del trabajo o se exceptúan factores salariales como base de liquidación de todas o algunas prestaciones sociales



sin que por ello se vulnere la constitución política o normas jurídicas superiores. En consonancia con lo acabado de afirmar detengámonos sólo en algunas disposiciones de la Ley 4 de 1992 en los que se evidencia la veracidad de lo expuesto:

“Artículo 14. Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

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

1.4.1. El artículo 14 de la Ley 4 de 1992 fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-279-96 de 24 de junio de 1996** de Magistrado Ponente Dr. Hugo Palacios Mejía. Consideramos importante traer al frente lo que en dicha ocasión el Ministerio Público Conceptuó:

“Se observa entonces, que está autorizada la discriminación en materia laboral cuando ella atiende a diferencias objetivas y razonables.

(...) el legislador extraordinario, cumpliendo en la delegación conferida, estableció una Prima Técnica en favor de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los Magistrados del Tribunal Disciplinario, lo cual de ninguna manera significa incremento salarial, toda vez que, según lo preceptuado en el inciso 2, artículo 1, del Decreto cuya inexequibilidad se solicita, dicha Prima Técnica no constituirá factor salarial, ni estará incluida en la base de liquidación del aporte a la Caja Nacional de Previsión Social.”.

Como se ha expresado, el legislador al establecer que la Prima Técnica y la Prima Especial no tienen, en algunos casos, carácter salarial, no transgredió el mandato del artículo 25 constitucional, pues establecer un reconocimiento económico a favor de algunos servidores públicos, atendiendo a sus calidades, en modo alguno significa desprotección al trabajador, como tampoco puede entenderse que se hayan desmejorado los derechos de las personas referidas por las normas acusadas”.

Por su parte, la Corte Constitucional expresó:

“Se considera errada la interpretación que la demandante hace de la norma constitucional, pues el concepto de salario es parte integrante del régimen salarial cuya regulación según el artículo 150, numeral 19, literal e), debe ser realizada mediante ley marco. Es decir, el constituyente habilitó al legislador para que fijara el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, partiendo del supuesto



que tanto los derechos salariales como los no salariales, hacen parte del régimen salarial.

(...) la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacérseles otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional."

1.4.2. La jurisprudencia en lo contencioso administrativo no ha sido ajena al tema tratado y se ha pronunciado en plena armonía con la Corte constitucional, así el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación, Expediente No. 73001-23-33-000-2017-00568-01(5472-18) SUJ-023-CE-S2-2020 de 1 de agosto 2020, C.P. Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba.

Sobre el particular se debe tener en cuenta la Unificación Jurisprudencial sentada por el Consejo de Estado, respecto a la prima especial de que trata el artículo 14 de la ley 4 de 1992 y su reconocimiento a aquellos Fiscales que acogieron al régimen salarial del Decreto 53 de 1993 o que se hayan vinculado de manera posterior a la entidad, en los siguientes términos:

"La prima especial constituye factor salarial sólo para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación." (Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de Unificación Jurisprudencial 41001-23-33-000-2016-00041-02(2204-18) CE-SUJ2-016-19 de 2 de septiembre 2019, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos).

1.4.3. Súmese a los puntos anteriores lo dispuesto por el Artículo 15 de la Ley 4ª de 1992: *"Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial."*

Punto polémico que generó varias providencias de la Corte Constitucional, la primera de ellas fue la Sentencia C-279-96 de 24 de junio de 1996 Magistrado Ponente Dr. Hugo Palacios Mejía, que declaró EXEQUIBLE la expresión: 'sin carácter salarial', contenida en los artículos 14 y 15 de la ley 4 de 1992.

1.5. Segunda Conclusión

La Ley 54 de 1962, mediante la cual se adoptan en la legislación interna colombiana el Convenio 95 de 8 de junio de 1949 de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), contempla en su Artículo 1º:



“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 empleado a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”

De la disposición arriba transcrita se debe decir que lo que es objeto de debate no es si la bonificación judicial contemplada en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013 corresponde a la definición de salario, lo cual ha quedado más que claro, sino que el legislador y los convenios o acuerdos entre empleados y empleadores pueden estipular que un rubro de la contraprestación habitual o salario no tenga efectos para liquidar todas o algunas de las prestaciones sociales. En otras palabras, la materia de debate no estriba en adecuar la bonificación judicial al concepto de salario, por el contrario; dicha circunstancia se reconoce, el nudo gordiano *sub judice* está en identificar si la exclusión de dicho factor salarial como base de liquidación de algunas prestaciones sociales se adecua o no al ordenamiento jurídico, y precisamente, acá hemos expuesto como dichas exclusiones son admitidas por la Constitución Política colombiana, por varias leyes de la república que adicionalmente gozan de sentencias de constitucionalidad que reafirman su adecuación a la justicia y la legalidad, sino que, adicionalmente, la exclusión del artículo 1º del Decreto 382 de 2013 se encuentra en perfecta armonía y concordancia con el Convenio 95 de la OIT y la Ley 54 de 1962 (Bloque de Constitucionalidad) por cuanto el mismo convenio afirma que el salario es fijado *“por acuerdo o por la legislación nacional”*. En suma, el salario y régimen prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación está fijado, de conformidad con los literales e y f, numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política por el Presidente de la República, bajo los parámetros de la Ley 4ª de 1992 de la cual emana el Decreto 382 de 2013, así como por los acuerdos o convenciones colectivas que antecedieron la creación del decreto precitado, en el que de común acuerdo – empleados y nominador legislativo – decidieron que el factor salarial denominado “bonificación judicial” se pagara de forma habitual pero que sólo sirviera de base para la liquidación de la pensión y no de otras prestaciones sociales.

Por si fuera poco, el Convenio 95 de la OIT es tan respetuoso de la autonomía de la voluntad y los acuerdos que entre empleados y empleadores se plasmen en las convenciones colectivas como de la facultad legislativa – máxima expresión de la soberanía popular de los pueblos que componen la comunidad internacional – que en el numeral 2º de su artículo 2º consagra la siguiente regla:

“2. La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y estén directamente interesadas, podrá excluir de la aplicación de todas o de cualquiera de las disposiciones del presente convenio (...)”

De forma tal que la literalidad y exegesis gramatical de la norma cede a principios y derechos superiores como lo son la libertad y autonomía de quienes conforman la relación laboral por activa y pasiva como del legislador cuando éste tiene que articular y modular que integra el salario o que parte del salario sirve de base para la liquidación de prestaciones sociales, sus porcentajes y alcances como lo ha desarrollado la ya expuesta línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.



1.6. Tercera conclusión

Por lo tanto, es pertinente en esta instancia dilucidar que si bien un pago laboral, que percibe un trabajador público, eventualmente puede categorizarse como “salario”, pero no necesariamente dicho emolumento debe estar inmerso, de forma automática, en la base de liquidación de las prestaciones sociales u otras retribuciones laborales que esté perciba, pues puede darse una restricción legal y constitucional al carácter salarial de cada rubro; es por ello que para estudiar dicha dicotomía, se hace necesario analizar el alcance del concepto de “salario” en nuestro ordenamiento jurídico, para luego estudiar las diferentes posiciones jurisprudenciales respecto del reconocimiento de un rubro laboral como base de liquidación de otros montos.

En el **ámbito internacional**, la Organización Internacional del Trabajo – OIT a través del Convenio 095 de 1949 sobre la protección del salario, ha establecido diferentes mecanismos a efectos de asegurar el pago efectivo de una remuneración indistintamente de su denominación, así como la de proteger el salario ante eventuales descuentos o embargos que afecten arbitrariamente la retribución del trabajador, no obstante es de tenerse en cuenta que la definición de “salario”, contenida en dicho convenio, es adoptada únicamente para determinar el alcance de las disposiciones de ese mismo convenio, por lo cual no es dable otorgarle un espectro mayor.

Así lo ha entendido la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 15 de marzo del 2017, identificada con radicación No. 48001⁶**, en la cual se indica:

*“Es pertinente precisar por la Sala que **el sentido amplio del vocablo “salario” contenido en el artículo 1º del Convenio 95 únicamente aplica dentro del alcance del mismo convenio**, es decir para asegurar la protección del pago efectivo de la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, ya sea escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar, o por servicios que haya prestado o deba prestar, **más no tiene aplicación cuando se trata de definir el carácter salarial para efectos de liquidar prestaciones, pues clara y expresamente la definición convencional internacional limita su ámbito material de aplicación “a los efectos del presente Convenio”, esto es para proteger su pago efectivo, lo cual significa que no son contrarios al convenio los artículos 127 y 128 del CST que definen cuáles devengados tienen o no naturaleza salarial, pues la intención de estos preceptos es definir los factores salariales a tener en cuenta para liquidar una prestación o un beneficio determinado, como también sirven para garantizar el salario mínimo.**” (Negrilla fuera del texto)*

A la par, en esta misma jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia acoge el pronunciamiento de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT dado en el Estudio General de 2003⁷, y analiza lo siguiente:

“En este mismo sentido se ha pronunciado la CEACR, en el párrafo 47 en el estudio general de 2003 precitado, como se puede ver enseguida:

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. SL3711-2017 Radicación n.º48001, Magistrado ponente: Jorge Mauricio Burgos Ruiz, Acta 09, Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

⁷ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 91ª reunión 2003, informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informes y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Estudio General de las memorias relativas al Convenio (num. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). ISBN 92-2-312874-9. ISSN 0251-3226. Primera Edición 2003. Párrafo 47.



(...) Al adoptar las conclusiones del Comité tripartito establecido para examinar esta reclamación, **el Consejo de Administración consideró que el hecho de que una prestación salarial, cualquiera sea su denominación, no se integre en la definición de salario recogida en la legislación nacional no constituye automáticamente una violación del Convenio**, siempre que la remuneración o ganancia debida, cualquiera que sea su denominación, gocen de la cobertura proporcionada por las disposiciones de los artículos 3 a 15 del Convenio⁸.”

En otras palabras, en los términos del Convenio 95 de la OIT, fundamento constitucional del artículo 65 del CST, **el concepto amplio del término “salario” en él contenido no se ve afectado de forma inmediata por la naturaleza salarial o no que le sea otorgada por el derecho de origen interno a un pago realizado por el empleador al trabajador**, si la remuneración o ganancia debida, cualquiera que sea su denominación, gocen de la protección del convenio proporcionada por las disposiciones de los artículos 3 al 15 del instrumento; por la misma razón, determina la Sala, la definición del tan mentado artículo 1º tampoco puede ir más allá de su alcance.” (Negrilla fuera del texto)

Ahora bien, en el **plano nacional**, la definición de “salario” se delimita en los Arts. 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo – C.S.T. -, de los cuales la Corte Constitucional en sentencia **C-521 de 1995**⁹ realizó un amplio estudio de su constitucionalidad, concluyendo que:

“Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los arts. 127, 128, 129, 130 y 132 del C.S.T., la regla general es que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales.

La Sala de Casación Laboral de la **Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481. Acta número 7, Sección Segunda M.P. Hugo Suescún Pujols)**, al referirse a la interpretación de los arts. 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en vigencia de la ley 50 de 1990, expuso lo siguiente:

“(…) Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden

⁸ Véase el informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Venezuela del Convenio núm. 95, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por varias organizaciones de trabajadores, documento GB.268/14/9, párrafos 21-22, págs. 7 y 8.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, C-521 - 1995 - Expediente NO. D-902 - Demanda de Inconstitucionalidad contra un segmento de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990 - Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, D.C., Diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco de 1995.



no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc)".

*"Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, **no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. (...)"***

(...)

Estima la Sala que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter.

Igualmente, dicha competencia se extiende a la determinación expresa, respetando los referidos criterios y principios, o deferida a la voluntad de las partes, de los pagos o remuneraciones que no constituyen salario para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales. Esto último es particularmente admisible, dado que la existencia del contrato y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución (art. 53), en cuanto no menoscaben la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores." (Negrilla fuera del texto)

Con lo anterior se destaca que si bien un pago laboral puede incluirse dentro de la definición de "salario" que prevé tanto la disposición internacional como la norma nacional, ello no implica que a dichos valores se les deba otorgar un reconocimiento automático de ser base de liquidación de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales que percibe un empleado, pues tanto en la norma como en la jurisprudencia se observa la facultad del legislador para determinar cuál pago se incluye o no, dentro de las bases de liquidación de otros factores.

Resaltando que tanto en el Art. 128 del C.S.T., como en la jurisprudencia citada y las que le siguen, expedidas por la Corte Suprema de Justicia¹⁰, es procedente i) establecer rubros que no constituyen salario; ii) establecer rubros que como beneficios habituales establecidos en acuerdos y/o convenios colectivos, como en efecto ocurre con el Decreto 0382 de 2013 - siendo producto de un acuerdo

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL63988, 2018.



colectivo, logrado en virtud de las negociaciones del 2012, que no solo se concretan en el firma del acuerdo del 06 de noviembre de 2012, sino que se complementan con las 26 actas de la mesa técnica paritaria establecida para plasmar lo acordado en la norma que se debe expedir para tal efecto, cumpliendo así el trámite de acuerdos colectivos en el sector público – que no sean base de liquidación de todas o algunas prestaciones sociales.

Es así como a efectos de analizar la posibilidad de la restricción del carácter salarial de un emolumento laboral, se deben de tener en cuenta las siguientes providencias emanadas de los altos tribunales judiciales del país, en las cuales se indica:

1.6.1. CORTE CONSTITUCIONAL, C-521-1995¹¹:

Los apartes de esta sentencia ya fueron citados con anterioridad, y refiere que el legislador es quien puede definir que emolumento corresponde a salario y cual no, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales.

Por lo anterior, con mayor razón, el legislador o las partes del vínculo laboral podrán establecer factores salariales que no se apliquen a las prestaciones sociales, se apliquen solo en un porcentaje o sólo para algunas prestaciones.

1.6.2. CORTE CONSTITUCIONAL, C-279-1996¹²:

En esta ocasión la Corte Constitucional estudió si los apartes de los artículos 14 y 15 de la ley 4 de 1992, que establecen a favor de ciertos funcionarios del Estado una prima técnica y una prima especial, que no constituye factor salarial comportaba una violación a los derechos de los trabajadores.

Para dilucidar dicho problema jurídico, la Corte Constitucional citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de febrero de 1993, Exp. No. 5481 y concluye que las normas demandadas son exequibles, así:

“Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no

¹¹ Expediente NO. D-902 - Demanda de Inconstitucionalidad contra un segmento de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990. Magistrado Ponente: DR. Antonio Barrera Carbonell - Bogotá, D.C., Diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco de 1995.

¹² Expediente: D-002, acumulados D-204 y D-817. Conjuez Ponente: Dr. Hugo Palacios Mejía - Bogotá D.C., del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).



en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional.” (Negrilla fuera del texto)

Se resalta que la Corte Constitucional mediante providencia **C-052 de 1999**, resolvió estarse a lo dispuesto en la sentencia C-279 de 1996 que se cita.

1.6.3. CORTE CONSTITUCIONAL, C-681-2003¹³:

La Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 parcial de la ley 4ª de 1992, por el cargo principal de violación del principio constitucional a la igualdad, providencia mediante la cual aclaró que la prima especial de servicios en comento constituirá factor salarial solo para cotización y liquidación de la pensión de jubilación, respetando así lo determinado por la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 frente a la discrecionalidad del legislador y el principio de solidaridad del sistema pensional.

1.6.4. CORTE CONSTITUCIONAL, C-244-13¹⁴:

En el caso en específico de la providencia referida, la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) de la Ley 4ª de 1992, e indica que:

“Para sentar su posición, la Corte arranca desde premisas opuestas a las plasmadas por la demanda ciudadana de inconstitucionalidad: según la Corte, existe ‘el contrasentido evidente de las afirmaciones que censuran la creación de primas, en favor de ciertos trabajadores, por oponerse, presuntamente, a las reglas constitucionales que protegen el trabajo. Ninguna norma que tenga como efecto principal aumentar el ingreso disponible de un trabajador puede lesionar las reglas sobre protección especial al trabajo.’ La Corte acepta que el tratamiento ordinario del derecho laboral ha llevado a tratar las remuneraciones habituales como parte del salario. Pero señala que ello no necesariamente debe ser así, sino que tal decisión no es constitucionalmente imperativa sino que cae dentro de la órbita de libertad de configuración del legislador:

(...) En varias ocasiones, la Jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal.

¹³ Expediente D-4170. Conjuez Ponente: Dra. Ligia Galvis Ortiz - Bogotá D. C., seis (6) de agosto de dos mil tres (2003).

¹⁴ Expediente D-8121. Conjuez Sustanciador: Diego E. López Medina - Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil trece (2013).



Las normas legales acusadas bien podrían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquél.

Para fortalecer esta conclusión, se cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de febrero de 1993, en ejercicio de funciones de control de constitucionalidad, en la que se **afirma que a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990 hay pagos que son "salario" pero que pueden, no obstante, "excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)."** Bajo esa cuerda argumentativa continua la providencia de la Corte Constitucional así:

“(…)

De esta forma la Corte rechaza el argumento según el cual el concepto de "salario" estaría fuertemente constitucionalizado y llevaría al reconocimiento automático de que cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales. Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional.

(…)

Una nueva variación de la jurisprudencia en este sentido traería consecuencias altamente desfavorables para la estabilidad jurídica y podría llegar a afectar, una vez más, la liquidación de prestaciones sociales (incluso con efectos retroactivos), generando así una nueva ola de litigios y de incertidumbre en un área del derecho laboral administrativo que ya ha contado con una excesiva fragmentación normativa y jurisprudencial que las salas de conjuces han advertido en diversas ocasiones.

Estos argumentos son suficientes para desestimar las pretensiones de la demanda por puras consideraciones basadas en la certeza jurídica que la cosa juzgada constitucional busca proteger.” (Negrilla fuera del texto)

Con los argumentos citados la Corte Constitucional finalmente decide estarse a lo resuelto en la sentencia C-681 de 2003.

1.6.5. CORTE CONSTITUCIONAL, SU – 395 – 2017¹⁵:

Esta jurisprudencia se produce ante el estudio de la posibilidad de la bonificación especial o quinquenio como factor salarial para funcionarios de la Contraloría General de la República como computo en su

¹⁵ Expedientes T-3.358.903, T-3.358.979, T-3.364.831, T-3.364.917 y T-3.428.879 (Acumulados), Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017).



totalidad o de forma proporcional como base integrante del monto pensional, para tal efecto la Corte estableció:

“De modo que considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores y tampoco implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que el Estado colombiano ha adquirido ante la comunidad internacional.”

De ahí que, admitida la exclusión de la prima como factor salarial, a pesar de tener los elementos para ser considerada como salario, se haya optado por la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones legales que prescinden del carácter salarial de las primas técnicas y especiales en el ámbito de la Ley 60 de 1990 y 4 de 1992.

1.6.7. CONSEJO DE ESTADO, Radicación interna - 0867-06¹⁶:

En este caso el actor solicitó la declaración de nulidad de los artículos 1° -parcial- y 2° del Decreto 3131 del 05 de septiembre de 2005, “Por el cual se establece una bonificación de actividad judicial para jueces y fiscales”, en esta oportunidad el Consejo de Estado sentenció:

“En vigencia de la Constitución de 1886 era función del Congreso definir las escalas salariales de las distintas categorías de empleos en el nivel nacional; a partir de la expedición de la Constitución de 1991 tal facultad fue trasladada al Gobierno Nacional sujeto a los objetivos y criterios establecidos por el Congreso (C.P. art. 150 # 19)

*En ejercicio de dicha potestad, el Congreso Nacional expidió la Ley 4ª de 1992 como norma de carácter general y así el Gobierno quedó facultado para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.
(...)*

Por su parte, la Corte Constitucional al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 y apartes del 14 de la Ley 4ª de 1992, en cuanto allí se contemplaba que la prima especial de servicios no tiene carácter salarial, en sentencia del C-279/96 del 24 de junio de 1996, afirmó:

“En varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podían entonces disponer que no se consideraran parte del salario, para efecto de

¹⁶ Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00043-00(0867-06). Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA - Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008).



liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquel...”

De igual manera, ya la Corte Suprema de Justicia, había fijado su posición con relación a la discrecionalidad del legislador para determinar qué constituye parte del salario, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, (...)

Conforme a lo expuesto, considera la Sala que las normas acusadas, al señalar que la bonificación de actividad judicial no tendría carácter salarial ni prestacional, no desconocieron ningún derecho adquirido ni violaron las disposiciones legales y constitucionales citadas en la demanda.

Para la Sala no es de recibo tal razonamiento porque, contrario a lo afirmado por el actor, la bonificación de actividad judicial fue creada precisamente para mejorar el salario, es decir se trata de una suma adicional a la asignación básica, constituida, desde un principio, sin carácter salarial. Por ello resulta desacertado que se alegue una desmejora del mismo, y no puede concebirse que una disposición que tiene como finalidad mejorar las condiciones económicas de un trabajador pueda lesionar y desmejorar el derecho al trabajo.

Así las cosas, no existe una situación jurídica consolidada, por cuanto la bonificación especial no existía con anterioridad a la Ley 4ª de 1992, y además, porque las normas acusadas fueron expedidas dentro de las facultades del Gobierno, de acuerdo con los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª. de 1992, declarados exequibles por la Corte Constitucional.” (Negrilla fuera del texto)

El Consejo de Estado concluyó que las normas acusadas no son objeto de declaración de nulidad en atención a que es posible que el legislador determine que sumas laborales son consideradas como salario y cuáles no, con efectos en liquidación de prestaciones sociales; considerando además que al ser la bonificación de actividad judicial un emolumento que desde el principio se concibió sin carácter salarial, no es posible que después se predique que existiere una desmejora de los derechos del trabajador, y al ser su creación posterior a la Ley 4ª de 1992 tampoco se puede predicar que existiere una situación jurídica consolidada que deba quedar incólume.

1.6.8. CONSEJO DE ESTADO, Radicación interna - 0984-06¹⁷:

Por medio del caso en mención se le solicita a la Corporación la nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto No. 3131 de 8 de septiembre y 1º del Decreto 3382 de 23 de septiembre de 2005, expedidos por el Gobierno Nacional, por el cual se establece una bonificación de actividad judicial para jueces y fiscales, al respecto el **Consejo de Estado reitera** lo indicado en la sentencia antes citada.

1.6.9. CONSEJO DE ESTADO, Radicación interna - 0845-15¹⁸:

¹⁷ Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Radicación No. 11001-03-25-000-2006-00047-00(0984-06). Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011)

¹⁸ Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Sala De Conjuces – Sentencia De Unificación - Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00246-02(0845-15). Consejero Ponente: Jorge Iván Acuña Arrieta – Conjuetz - Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016).



En la citada sentencia de unificación se analiza la posibilidad de otorgar el reconocimiento de efectos salariales a la Prima Especial de Servicios para liquidación de prestaciones sociales, para lo cual el Consejo de Estado, cita y ratifica la posición de la Corte Constitucional dictada en la sentencia C-681 de 2003, frente a la posibilidad constitucional de que un emolumento cuente con un carácter salarial limitado.

1.6.10. CONSEJO DE ESTADO, Radicación interna - 3458-14¹⁹:

Se trata del caso en el que se le solicitó al Consejo de Estado a título de restablecimiento el derecho: que la parte demandada reliquidara la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta la Bonificación por actividad judicial D3131/2005; para lo cual la Corporación negó las pretensiones de la demanda indicando:

“Ahora bien, mediante sentencia de 19 de junio de 2008, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Jaime Moreno García manifestó que la bonificación por actividad judicial no tiene naturaleza salarial, la cual es recalcada en el artículo 1º del Decreto 3131 de 2005, sino que se trata de una suma adicional a la asignación básica, (...)

A idénticas conclusiones arribó la misma subsección mediante sentencia de 27 de febrero de 2011, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez De Páez, en la cual manifestó que la bonificación por actividad judicial no se aplica como factor salarial o prestacional antes del 01 de enero de 2009, fecha a partir de la cual entró en vigencia el Decreto 3900 de 2008, como lo señalo así:

“El carácter de bonificación por actividad judicial cambió a partir del 1 de enero de 2009, por expresa disposición del Decreto 3900 de octubre de 2008, según el cual constituye factor para determinar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en salud y pensión. Al existir pronunciamiento judicial respecto a la legalidad del carácter “no salarial” de la bonificación por actividad judicial en vigencia del Decreto 3131 de 2005, no es viable su inclusión como factor salarial o prestacional antes del 1 de enero de 2009, fecha a partir de la cual el Gobierno Nacional le confirió tal connotación. Así pues, la bonificación por actividad judicial que devengó la demandante en el año 2007, no constituye factor salarial para determinar el ingreso base de liquidación pensional porque el artículo 1 del Decreto 3131 de 2005, que esta Corporación encontró ajustado a la ley por los cargos analizados, no le otorgó ese carácter. Sólo constituye factor salarial y prestacional a partir del 1 de enero de 2009 por expresa disposición legal”. (Negrilla fuera del texto)

1.6.11. CONSEJO DE ESTADO – Radicación interna - 3568-15²⁰:

¹⁹ Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B - Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00187-01(3458-14). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez - Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017)

²⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B - Radicación número: 50001-23-31-000-2012-00260-01(3568-15). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez - Bogotá D. C., dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017).



El Consejo de Estado estudió la solicitud realizada a título de restablecimiento del derecho, de: Reliquidar la pensión con la asignación mensual más elevada devengada en su último año de servicio, incluyendo la bonificación por actividad judicial. Se resalta que igualmente en este caso el **Consejo de Estado retoma** lo indicado en la sentencia antes reseñada en cuanto al carácter salarial restringido de la bonificación por actividad judicial.

1.6.12. CONSEJO DE ESTADO – Radicación interna - 2107-2015²¹:

Frente a este análisis, el Consejo de Estado se ciñe a la normativa que establece la Bonificación por compensación solo como factor salarial para determinar pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que sobre ello se presente controversia, pues respeta la literalidad de la norma, como libertad de configuración del Gobierno Nacional.

1.6.13. CONSEJO DE ESTADO – Sentencia de Unificación 28 de agosto de 2018²²:

En este caso, la demandante solicita por medio de nulidad y restablecimiento del derecho que se le reliquide el monto de la pensión con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de vinculación laboral, para lo cual el Consejo de Estado dictó sentencia de unificación en la que indica:

*“(...) La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; **sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.**” (Negrilla fuera del texto)*

De todo lo expuesto se fuerza concluir que si bien existen posturas en las que se defina que todo lo que un trabajador reciba de forma habitual y periódica es salario, esto no implica per se, que todos esos rubros deban ser incluidos, imperativamente, dentro de la base de liquidación de prestaciones sociales u otras retribuciones laborales que reciba un trabajador, pues como bien lo unificó el Consejo de Estado en la sentencia referida en el acápite que nos ocupa, dicha apreciación es una interpretación que vulnera directamente la voluntad del legislador, pues dentro de su libertad de configuración puede determinar qué factores se toman como base de liquidación para calcular otros emolumentos y en que porcentaje.

²¹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - CONJUEZ PONENTE: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA - REFERENCIA: 47001233100020110007202 (2107-2015) - Bogotá D.C., Dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018).

²² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, Radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01 - Consejero Ponente: César Palomino Cortés - Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018).



1.7. Conclusiones sobre el análisis de jurisprudencia de jurisdicción constitucional aplicada al caso su *judice* y la imposibilidad jurídica de declarar la excepción de inconstitucionalidad en el caso *sub judice*

En suma se cuenta no con providencias asiladas o con argumentos remotos sino con toda una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, por lo cual le solicito, muy respetuosamente, al honorable juzgador del presente caso que tenga en cuenta – para tomar su decisión de fondo – las sentencias presentadas en esta contestación como las seis (6) sentencias acá expuestas en que la Corte Constitucional ratificó que el legislador o quien haga sus veces, cuenta con la discrecionalidad de determinar qué factores salariales deben ser tenidos en cuenta como bases para la liquidación de prestaciones sociales o demás conceptos laborales; así mismo se tengan en cuenta las siete (7) sentencias emanadas por el Consejo de Estado en la cual se adoptan las disposiciones establecidas por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, así como otras sentencias del Consejo de Estado, en las que se estudia que el legislador o el Gobierno Nacional tiene la facultad de restringir los efectos salariales de un emolumento laboral, sin que ello signifique una extralimitación del Gobierno Nacional o una afectación a disposiciones constitucionales o convenciones internacionales. De lo contrario solicito, como defensor de la entidad demandada, que si el juzgador se aparta de dichas providencias de jurisdicción constitucional se sirva contradecirlas o expresar el mérito por el cual las desestima.

Contrario sensu, la Corte Constitucional adoptando una decisión de la Corte Suprema de Justicia, considera que no existe disposición constitucional alguna que imponga al legislador la obligación de que cuando crea una retribución laboral, la misma deba ser incluida como base de liquidación para otras prestaciones sociales u pagos salariales.

Es decir que en las normas internacional y nacionales, se analiza que si bien existen retribuciones que se denominen “salario”, esto no es óbice para que automáticamente se concluya que dichos rubros constituyen base para la liquidación de las prestaciones sociales y demás emolumentos salariales que devengue un trabajador, pues el legislador y el Gobierno Nacional - este último conforme a las potestades otorgadas en la Ley 4ª de 1992 – puede, a su libre discrecionalidad, establecer si un rubro será parte o no de la base de liquidación de las prestaciones sociales o de los demás rubros salariales que devenga un empleado, sin que ello constituya una afectación a los derechos laborales de los funcionarios o estando en contravía de la Constitución, ni mucho menos que con esta limitación se altere, se afecte o se vulnere el carácter salarial que tenga el emolumento laboral.

En síntesis, son dos líneas diferentes, por un lado se tiene la naturaleza propia del concepto de salario de rubros con pago habitual y periódico, y por otro lado se tiene la característica que cada rubro posea particularmente, ya sea por disposición legal o acuerdo colectivo, en cuanto pueda servir o no como base para liquidar prestaciones sociales u otros rubros salariales, sin que ninguna de las líneas se crucen en algún punto o que se deban afectar por intervención de la otra, pues son aspectos independientes.

Siendo además claro, que el Código Sustantivo del Trabajo que contiene el concepto de salario a nivel nacional permite que, por acuerdo entre las partes, o como lo analiza la Corte Constitucional que por su simple naturaleza y/o por disposición legal, se puede regular que un rubro no posea carácter salarial, sin que esa restricción sea ilegal, inconstitucional o ilegítima de algún modo.

Concluyendo en lo específico, **la disposición contenida en el Decreto 0382 de 2013 artículo 1º que determina que la bonificación judicial “constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”, es totalmente legítima, legal y constitucional, en atención a que el legislador o el Gobierno Nacional pueden discrecionalmente especificar qué rubro constituye factor salarial con implicaciones en la base de liquidación de las prestaciones sociales o demás emolumentos salariales, facultad está que es avalada**



con el estudio de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, que a su vez en varias ocasiones ha sido retomado por el Consejo de Estado, y por lo tanto no se puede predicar la inconstitucionalidad de dicha expresión.

1.8. Si el argumento para nulitar los actos administrativos demandados pende de la constitucionalidad del artículo 1° del Decreto 382 de 2013, y ha quedado demostrado que esté se encuentra ajustado a la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad, esos actos administrativos que de ella derivan, por sustracción de materia, deben ser reafirmados en la presunción de legalidad que los amparan

Decantado que el artículo 1° del Decreto 382 de 2013 se encuentra amparado por la presunción de legalidad y que está no logró ser desvirtuada mediante una excepción de inconstitucionalidad, ya que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como la de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia – acá presentadas y analizadas – han sido enfáticas en afirmar las conclusiones enlistadas en líneas superiores, no es jurídicamente posible asegurar que los actos administrativos emitidos por esta Entidad, en los que se niega la solicitud de otorgar naturaleza salarial distinta a la contemplada en la normatividad, a efectos de que la bonificación judicial haga parte de la base de liquidación para computo de todas las prestaciones sociales, sean nulos, toda vez que dichos actos se ciñen estrictamente a lo contemplado en el Decreto 382 de 2013, el cual, como se analizó en esta contestación es plenamente constitucional y legal. Como consecuencia de lo anterior, por sustracción de materia, no es dable al interprete aducir la nulidad de los actos administrativos demandado.

Por último se precisa que como se analiza de las sentencias citadas, la restricción del carácter salarial de la bonificación judicial no expone de ningún modo una desmejora en los derechos del trabajador, puesto que la misma fue concebida desde su creación solo con efectos salariales sobre los aportes en seguridad social en salud y pensión, sin que con esto se hubieren desarrollados derechos adquiridos respecto de otros emolumentos, de interpretarse de otra manera se rebasaría la finalidad del legislador para estos casos, desconocería la libertad de configuración del determinador de la norma y desbordaría la competencia interpretativa del juez.

2. 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.

Para un mejor análisis de este mandato es procedente revisar la sentencia de importancia jurídica proferida por el Consejo de Estado el pasado 25 de noviembre de 2014, con Magistrado Ponente el Dr. Enrique Gil Botero²³, mediante la cual se observa el alcance que debe otorgársele, así:

*“Y pese a que ni la Constitución ni la ley establecen una noción clara y concreta de sostenibilidad fiscal –incluso la literatura económica ofrece una variedad amplia de conceptos-, es claro que, por lo menos, **alude al equilibrio que debe existir entre la disponibilidad de recursos para atender las necesidades públicas y los gastos que se pueden atender con ellos, para no incurrir en déficits que***

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., noviembre veinticinco (25) de dos mil catorce (2014).



produzcan crisis fiscales que no atienden la prioridad de gasto con los recursos escasos. Por esto, elevar a rango constitucional la sostenibilidad fiscal, en el contexto indicado, **ayuda a construir políticas públicas serias y maduras que atiendan la necesidad de prevenir esas crisis.**

(...)

En esta medida, **la sostenibilidad fiscal “orienta”** -como lo expresa el art. 334 de la Constitución Política- **las actuaciones de todas las ramas y órganos del Estado, de manera que inspira una especie de línea conductora de gestión de los recursos públicos, y de los proyectos asociados a su inversión, sometiendo al sentido que infunde la adopción de decisiones económicas.”** (Negrilla fuera del texto)

Aclarado el alcance del mandato de la sostenibilidad fiscal, es preciso observar que dentro del Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 suscrita entre el Gobierno Nacional y los Representantes de los Funcionarios y Empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, la cual es base para la creación de la Bonificación Judicial, se determinó que:

“ACUERDAN:

(...)

2.- Para los efectos a que se refiere el numeral anterior, el Gobierno Nacional **dispondrá de la suma** de UN BILLÓN DOSCIENTOS VEINTE MIL MILLONES (\$1.220.000.000.000) DE PESOS Mcte, cifra que se **distribuirá en los presupuestos anuales, iniciando en la vigencia fiscal de 2013, y culminando en la vigencia Fiscal de 2018.**

A partir del año 2014, se dispondrá de una suma de DOSCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$200.000.000.000) anuales, de los cuales, CIENTO VEINTE MIL MILLONES (\$120.000.000.000), **serán aportados por el Gobierno Nacional y los restantes OCHENTA MIL MILLONES (\$80.000.000.000) de los presupuestos de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.”** (Negrilla fuera del texto)

Conforme la transcripción se observa que 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.

En igual sentido, la Ley 4ª de 1992, en el artículo 2º, literales **h** e **i**, establece: “Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios: (...) h) La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad. (...)”, con lo que se puede evidenciar que se le impone directamente al Gobierno Nacional la obligación de tener en cuenta las limitaciones presupuestales para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores.

Con esto, es claro que el Gobierno Nacional al disponer de cierta cantidad de recursos y limitar el alcance salarial de la Bonificación Judicial, demuestra el estricto cumplimiento del mandato superior de sostenibilidad fiscal, al presupuesto nacional previsto y a la obligación que le impone la misma Ley 4ª de 1992.



Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el Decreto 0382 de 2013, prevé que la bonificación judicial sirva como base de liquidación para el sistema pensional, lo que a su vez protege el mandato de sostenibilidad financiera en el sistema pensional previsto en el art. 48 de la Constitución Política, situación que igualmente se apareja con los fines esenciales del Estado Colombiano, el intereses general y el principio de solidaridad establecidos en los arts. 1 y 2 de la C.P., cumpliendo así tanto los parámetros constitucionales²⁴ como los objetivos y criterios establecidos en el Ley 4ª de 1992.

En suma, es claro que no es posible otorgarle un alcance superior al Decreto 0382 de 2013 del que fue dispuesto por el Gobierno Nacional, pues ello provocaría que se ordenará la disposición de recursos públicos adicionales para sufragar necesidades no proyectadas con anterioridad, desbordando el presupuesto destinado para solventar este emolumento adicional, lo que fracturaría el mandato de la sostenibilidad fiscal.

3. LEGALIDAD DEL FUNDAMENTO NORMATIVO PARTICULAR

En este punto es válido recordar que de acuerdo con la normativa nacional es el legislador y/o Gobierno Nacional, según sea el caso, quien está facultado para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, siendo así, tanto la creación, como la modificación o eliminación de cualquier emolumento laboral debe estar dispuesto en normas, ya sea denominadas Leyes o Decretos, en las cuales se discrimina de forma particular para cada factor salarial o prestacional: i) el periodo de liquidación, ii) el modo de liquidación, iii) el momento en que debe realizarse su pago, y iv) la base de liquidación de cada rubro.

En la actualidad se observa que dentro de dicha normatividad particular no se evidencia que se incluya la bonificación judicial establecida en el Decreto 0382 de 2013 como base de liquidación de las prestaciones sociales o emolumentos laborales que reciben los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, por lo que de ampliarse el carácter salarial de la bonificación judicial a la liquidación de todas las prestaciones sociales, como lo pretende la parte actora, no solo se estaría afectando directamente el Decreto 0382 de 2013, sino que también se modifica la norma particular que regula cada factor laboral, sin que en su contra se haya dictado norma posterior que la derogue o sentencia que declare su inconstitucionalidad o ilegalidad.

De modo que, 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.

4. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

La Fiscalía General de la Nación ha adelantado todas sus actuaciones en cumplimiento de un deber legal, pues como bien lo ha establecido la Constitución Política de Colombia las autoridades

²⁴ Corte Constitucional, C – 312 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997). Aprobado por Acta No. 25



administrativas deben cumplir a cabalidad la ley; en el mismo sentido lo ha establecido la Ley 1437 de 2011 – CPACA – en su artículo 10, así:

“ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. (...)” (Negrilla fuera del texto)

En complemento, el Consejo de Estado ha determinado que la proposición de “cumplimiento de un deber legal”, comprende:

“Como se sabe, el estricto cumplimiento de un deber legal es una permisión con la que se declara ajustada al derecho la realización de ciertas conductas típicas llevadas a cabo por un agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico.” (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Siendo así, es claro que la Entidad debe dar cumplimiento cabal de la ley y las normas que la regulen; para este caso en específico es de anotar que la Fiscalía General de la Nación actuó en cumplimiento del deber que se le impone, puesto que la promulgación del Decreto 0382 de 2013 obedece a la función que prevé la Constitución Política de que el Congreso debe “Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”²⁵, en virtud de lo cual el Congreso de la República procedió a dictar la Ley 4ª de 1992 en la que se determinan las diferentes normas, principios, criterios y objetivos a los que se debe ceñir el Gobierno Nacional a la hora de regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, en este caso los de la Fiscalía General de la Nación, con lo que se evidencia claramente la concreción del deber de colaboración y complementación entre las ramas del poder público establecido en el art. 113 de la C.P., pues el legislador conserva su facultad de regular las normas básicas, y mediante el Gobierno Nacional responder inmediatamente a los hechos o situaciones que se presenten en el ámbito laboral público²⁶.

Para el particular, luego de una serie de negociaciones entre el Gobierno Nacional y los representantes de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, se llegó al acuerdo final de que el Gobierno Nacional, en virtud de sus facultades y en cumplimiento de los criterios establecidos en la Ley 4ª de 1992, crearía una bonificación judicial con un carácter salarial restringido que solo tendría repercusiones en la liquidación de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y al Sistema General de Pensiones, situación que se concretó con la promulgación del Decreto 0382 de 2013 que regula la materia, y en lo sucesivo, con las actualizaciones año tras año de los valores por parte del Gobierno Nacional en cumplimiento de la Ley 4ª de 1992.

Por lo tanto, al ser el Decreto 0382 de 2013 una norma claramente constitucional, legal y legítima, no solo en cuanto a la forma en la que se promulgó, pues obedece a las facultades que desde la misma Constitución se le otorgó al Gobierno Nacional, reguladas por los criterios señalados por el Congreso de la República; sino que también al mismo tiempo es producto de la facultad discrecional del legislador, en este caso del Gobierno Nacional, de limitar o restringir el carácter salarial de una retribución reconocida a un servidor.

En conclusión, la Fiscalía General de la Nación, está en la obligación constitucional y legal de dar

²⁵ Constitución Política de Colombia, Art. 150, numeral 19, literales e) y f).

²⁶ Corte Constitucional, C – 312 de 1997, Ibidem,



cumplimiento estricto a las normas que se han promulgado, como las que regulan la bonificación judicial reconocida a los funcionarios de esta Entidad, siendo claro que es una norma que goza de plena validez jurídica y presunción de legalidad, tanto por la forma como por el contenido de la misma, sin que sobre ella pese ninguna decisión de inconstitucionalidad, ilegalidad, o derogación.

Bajo este entendido, es lógico y claro que la Entidad demandada emita actos administrativos en cumplimiento de este deber legal, sin que se le sea dado modificar de alguna forma la norma, la interpretación o la aplicación de la misma, y es por ello que si en efecto la norma principal – Decreto 0382 de 2013 – goza de legalidad, pues los actos administrativos objeto de esta demanda al ceñirse estrictamente a lo contemplado en este decreto, también son plenamente validos sin que se pueda declarar la nulidad sobre ellos.

5. COBRO DE LO NO DEBIDO:

Como ya se indicó, el Decreto No. 0382 de 2013, que contempla que la bonificación judicial, es plenamente legal, por lo tanto dicha circunstancia permite afirmar que a la totalidad de los funcionarios de la Entidad, se les han venido cancelando, conforme a las normas que los regulan, todos sus salarios y prestaciones, que se desprenden de la relación legal y reglamentaria sostenida con la Entidad, por lo que resulta claro que no hay suma adicional alguna a la que tengan derecho y que se les deba cancelar.

Se concluye entonces que la Fiscalía General de la Nación dio aplicación a lo que en materia salarial y prestacional debe seguirse para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el régimen vigente, y en consecuencia a la Entidad que represento no le es dable entrar a reconocer lo que la ley no le concede.

6. PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES.

Es de analizarse, sin que ello signifique aceptar derecho alguno, que en el caso hipotético en el que el Despacho considere procedente la pretensión de inaplicar el Decreto 0382 de 2013 bajo el entendido que la bonificación judicial constituya base para liquidar todas las prestaciones sociales y salariales, y acceda a la consecuente reliquidación y pago de ciertos derechos laborales, a la par esté debe analizar que a la fecha parte de dichos derechos se encuentran a todas luces prescritos en virtud de lo dispuesto en las siguientes normas:

- Art. 102 del Decreto 1848 de 1969
- Art. 151 del Código Procesal del Trabajo
- Art. 488 del Código Sustantivo del Trabajo

Por lo anterior en el presente caso se aplica la prescripción, al considerarse que el ejercicio de un derecho se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo con las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten; en particular para el caso de derechos laborales la norma prevé que el plazo máximo para solicitar el reconocimiento de dichos derechos es de 3 años contados desde su exigibilidad.

Además de lo anterior se observa que la norma permite interrumpir este término de prescripción extintiva con el simple reclamo del trabajador al empleador, sin embargo, esta interrupción solo se



dará por una sola vez y por un término igual, como lo prevé el Art. 94 del Código General del Proceso.

En virtud de la normativa citada y para el sub lite, se debe tener en cuenta que la parte demandante solicito mediante **reclamación**, las pretensiones que en la presente se incoan, hasta el pasado **27-11-2017** es solo desde mentada fecha que se deberá analizar la interrupción de la prescripción de los derechos laborales, es decir que solo estarán vigentes a la fecha los derechos laborales que se hayan causado y sean exigibles desde 3 años atrás, a saber desde el **27-11-2014** puesto que todo lo causado y exigible con anterioridad se encuentra prescrito de pleno derecho en cumplimiento de la normativa laboral y ante la omisión de presentación de reclamación con anterioridad.

En consecuencia, es procedente que el Despacho, en el eventual caso en que considere que es legítima la reclamación de la parte actora, declare prescritos los derechos que se hayan causado y se hayan hecho exigibles con anterioridad **27-11-2014**, pues la interrupción de la prescripción dada por la presentación de la reclamación administrativa solo operó para mantener vigentes los derechos de la parte demandante desde dicha fecha.

7. BUENA FE.

Sin que implique reconocimiento de derecho alguno en favor de la parte demandante, esta excepción se propone en razón a que la Fiscalía General de la Nación ha actuado siempre de buena fe, teniendo en cuenta las normas legales vigentes, los principios aceptados por la Doctrina y la Jurisprudencia, por lo tanto, solicito se exonere de cualquier condena.

8. LA GENÉRICA

Solicito a su Señoría que, en el evento de encontrarse acreditado cualquier hecho en el proceso que enerve las pretensiones del demandante, sea declarada la excepción correspondiente.

PRUEBAS

Solicito al Despacho que se tengan en cuenta las pruebas aportadas por la parte demandante, teniendo en cuenta que son los mismos antecedentes administrativos que reposan en la Entidad. Lo anterior, a efectos de que se dé por cumplido lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, y con el objetivo de cumplir con la política de Cero Papel implementada por la Entidad, como un compromiso con el medio ambiente y el desarrollo sostenible del país.

No obstante, me permito informar que este apoderado remitió solicitudes formales de manera interna al Departamento de Personal de la Fiscalía General de la Nación con el propósito de que se aporten las documentales que sean diferentes a las ya allegadas por la parte demandante.

Por otro lado, de manera más respetuosa, le solicito que si considera que se deben aportar los mismos antecedentes administrativos que ya fueran aportados por el demandante u otros documentos diferentes, de forma inmediata esta defensa estará presta a atender su solicitud.

Respetuosamente solicito al Despacho, se ordene oficiar al Departamento de Personal de la Fiscalía General de la Nación, para que certifique la fecha de ingreso, cargo, asignación básica y ubicación actual, valores pagados por todo concepto; así como el régimen salarial que rige al demandante.



FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA DEFENSA

• **DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO 0382 DE 2013 Y RESPECTO DE LA NIVELACIÓN**

Sea lo primero advertir que la aplicación del Decreto 0382 de 2013 tiene como requisitos que: i) el régimen salarial y prestacional de los funcionarios sea el dispuesto en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto 875 de 2012, es decir que se ciñan por la normatividad dispuesta luego de la expedición de la Constitución de 1991 y la creación de la Fiscalía General de la Nación, siendo claro que no se aplicará la bonificación judicial a quienes aún se encuentran con la escala salarial establecida con anterioridad; y ii) Que el funcionario permanezca en el servicio.

Siendo así, es viable aclarar que si bien la nivelación salarial ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 no estaba sujeta a ningún referente porcentual para la nivelación y ajuste de las asignaciones salariales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que el Gobierno Nacional, al dictar en el año 1993 los decretos que desarrollaron dicha disposición, otorgó incrementos que superaron en muchos casos el **100%** del salario que devengaban tales servidores en el año inmediatamente anterior.

De igual manera, debe anotarse que con la expedición de estos regímenes se eliminaron las dispersiones de ingreso salarial mensual preexistentes en estos organismos al amparo del anterior régimen; con lo que se acató plenamente la disposición contenida en la Ley 4ª de 1992 respecto del estudio de nivelación de las remuneraciones mensuales correspondientes a empleos de igual naturaleza y complejidad funcional.

• **DE LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS Y LOS ACUERDOS QUE GENERARON LA BONIFICACIÓN JUDICIAL**

Es necesario resaltar que el Decreto 382 de 2013, tuvo su origen en un acuerdo de voluntades, fruto de las negociaciones del Gobierno Nacional con las asociaciones sindicales de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, las cuales, fueron integral y ampliamente debatidas por las distintas partes, como lo demuestran las más de 26 actas de las reuniones de negociación celebradas para el efecto, dando lugar finalmente a la expedición del Decreto debatido.

En torno a la viabilidad de la negociación colectiva entre el Estado y las asociaciones sindicales de empleados públicos, resultan reveladores los siguientes apartes de la Sentencia **C-1234 de 2005**, M.P: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, veamos:

“De conformidad con lo expuesto, a modo de resumen se tiene: (...) (iv) los empleados públicos si bien no gozan de los plenos derechos de asociación y convención colectiva, como ocurre con los trabajadores oficiales, la Constitución y los Convenios sí les permiten participar en la determinación de sus condiciones de empleo, siempre y cuando se entienda que en última instancia, la decisión final corresponde al Congreso de la República y al Presidente, en el plano nacional, y a las asambleas, concejos, gobernadores y alcaldes, en el plano territorial; (v) que los objetivos de la negociación colectiva se centran en la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo, en la necesidad del diálogo encaminado a afianzar el clima de tranquilidad social, en la participación de todos en las decisiones que los afectan, en la defensa de los intereses comunes, en la garantía de ser oídos y atendidos los representantes de las partes; (vi) que el



concepto de empleados públicos excluidos del derecho de sindicalizarse es restringido.” (Negrilla fuera del texto).

Con lo anterior es preciso concertar dos reflexiones, así: i) La negociación colectiva, ya sea en el plano privado o el público, tiene como objetivo único el de acordar mejoras en las condiciones de empleo de los trabajadores, por lo tanto los únicos límites a dicha negociación resultan ser los mínimos o máximos legales establecidos, como horas máximo de trabajo o el salario mínimo legal mensual vigente, lo que implica que de dicho límite en adelante se podrá pactar por las partes en conflicto lo que consideren prudente y de la forma en que así lo convengan, pues la negociación colectiva tiene como principio fundante la libertad de que cada parte exprese su voluntad y finalmente llegar a un acuerdo que satisfaga las dos partes; y ii) igualmente, en el ámbito exclusivo del sector público, si bien se reconoce el derecho a los empleados públicos de negociar colectivamente, esto no es óbice para que los mismos puedan afectar el funcionamiento de una entidad pública y perturbar el interés general, pues finalmente quien tiene la facultad de adoptar la decisión que se concertó es el legislador o el creador de la norma, atendiendo criterios de sostenibilidad fiscal.

En este sentido, se considera importante acudir a los criterios expuestos por la OIT en el documento **“La negociación colectiva en la administración pública, un camino a seguir”**, Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª, reunión, 2013, en el cual consideró el organismo internacional que:

*“(…) 228. La legitimidad de la negociación colectiva queda **reforzada además en la medida en que aquellos que deben soportar las consecuencias negativas de ciertas cláusulas de los acuerdos colectivos las han aceptado (a través de sus representantes) en el marco de un proceso de concesiones recíprocas entre las partes.** Al mismo tiempo, los funcionarios públicos ocupan una posición especial y única en la elaboración del presupuesto dado la parte importante de las finanzas públicas que se les destina. Además, afrontan desafíos inusuales en la formación de coaliciones políticas debiendo protegerse de las presiones que resultan de imperativos económicos reales o supuestos. Estos factores refuerzan la opinión según la cual los funcionarios públicos deben tener acceso a mecanismos de negociación colectiva en base a su estatuto principal de empleados y a su estatuto de ciudadano o votante.*

(…)

- *El gasto público — incluidas las remuneraciones de los funcionarios — requiere la aprobación previa de las secciones correspondientes del presupuesto del Estado (y de los Estados federales) por la asamblea legislativa; los presupuestos de los entes territoriales también son aprobados por órganos públicos. Por otra parte, el gasto público es controlado por órganos especiales de supervisión del Estado, que en caso de infracción pueden promover procedimientos sancionatorios. En este sentido, **la negociación colectiva en la administración pública está condicionada por diferentes motivos por los procesos presupuestarios y su lógica.** (…)*
- *Debido al impacto de las remuneraciones de los empleados públicos en el nivel de la deuda pública (por ejemplo, en 2011, en los países de la Unión Europea, las remuneraciones del sector público equivalían al 22,1 por ciento del gasto público total), **durante el proceso de negociación de las remuneraciones de los funcionarios públicos, las autoridades exponen los lineamientos de la política económica del Gobierno y los retos macroeconómicos, en vista de que los ingresos del Estado no dependen principalmente de los beneficios económicos y de las ganancias — como en el caso de las empresas — sino de los impuestos, y de que las autoridades deben rendir cuentas de su gestión ante los ciudadanos.**” (Negrilla fuera del texto)*

Comprendida la naturaleza de la negociación colectiva y sus límites, debe ser claro que en el presente caso la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013, norma que se solicita inaplicar,



responde a un proceso de negociación colectiva adelantado entre el Gobierno Nacional, como “empleador” o “regulador del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos”, y los representantes de las agremiaciones sindicales de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, quienes durante el proceso de negociación colectiva y en el acuerdo final estuvieron plenamente de acuerdo con que la naturaleza de la bonificación judicial como factor salarial únicamente aplicara para la “base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud”, y por lo tanto no es plausible que luego de llegar a la concertación final y del transcurso de algunos años de su aplicación se desconozcan los acuerdos logrados y se pretenda modificar por otras vías administrativas o judiciales un acuerdo que cuenta con plena validez legal.

Es tanto así que la voluntad de los propios funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación designados para participar en la referida negociación, se plasmó en el Acta de Acuerdo del 6 de Noviembre de 2012, continuada mediante el Acta No. 25 del 8 de enero de 2013, determinando que la distribución realizada el Decreto 382 de 2013 garantizó los criterios de equidad, gradualidad y proporcionalidad de los ingresos totales de sus respectivos servidores, así como la jerarquía y complejidad funcional de los empleos.

Pues se observa que, a lo largo de las reuniones de la Mesa Técnica Paritaria instituida para dar cumplimiento al Acuerdo del 6 de noviembre de 2012, se consideraron dos alternativas a efectos de aplicar la nivelación salarial, así:

*“1. Una **primera propuesta** presentada, parte de la estimación los valores de ingreso adicional anual para cada denominación de empleos de Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, de conformidad con los parámetros generales inicialmente previstos y tal valor se asigna así: (...); y ii) a los empleados de Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación se aplica a la asignación básica. Esta alternativa plantea la afectación de los recursos globales con el costo derivado de prestaciones y demás gastos asociados a la nómina.*

*2. Una **segunda propuesta** surge como alternativa a la inicial, en la que se estiman los valores de ingreso adicional anual por empleo y el valor total se agrega a título complemento a todos los servidores de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación; esto es, funcionarios y empleados. **Tal beneficio o complemento que aumenta el ingreso total debe ser de pago mensualizado, considerarse como ingreso mensual del servidor para efectos tributarios y tener efecto salarial para la cotización en salud y pensiones, a semejanza del beneficio otorgado a los Magistrados de Tribunal en relación con la bonificación de compensación.**”²⁷ (Negrilla fuera del texto)*

Opciones que finalmente luego de la correspondiente concertación de la Mesa Técnica paritaria se estableció en el Acta No. 25 del 8 de enero de 2013, lo siguiente:

*“Esta revisión definición de valores de ingresos adicional por año, corresponde a los **criterios de equidad, gradualidad, proporcionalidad de los ingresos totales de los servidores, la jerarquía y complejidad funcional de los empleos.***

Igualmente, se preserva que el incremento del ingreso anual de los funcionarios y empleados se determinará en un monto de reconocimiento adicionado anualmente progresivo durante seis (6) años, a título de complemento (o denominación que determinen las autoridades competentes) el cual tendrá un reconocimiento de carácter mensual y el cual tendrá carácter salarial sólo para efectos de contribución de pensiones y salud, tal como se viene aplicando a la prima especial de

²⁷ Mesa Técnica Paritaria para cumplimiento del Acuerdo suscrito el día 6 de noviembre de 2012, Acta No 22 de 2012, 20 de diciembre de 2012.



servicios para Magistrados de las Altas Cortes y a la bonificación por compensación para Magistrados de Tribunal.” (Negrilla fuera del texto).

Entonces, es claro que: i) la bonificación judicial creada mediante el Decreto 0382 de 2013 es producto de un **Acuerdo** logrado mediante negociación colectiva que desarrolla los Convenios de la OIT y la jurisprudencia constitucional que reconoce la posibilidad de que los servidores públicos intervengan en la definición de sus “condiciones de empleo”, sin que se alteren los mínimos legales, pues en este caso lo que ocurrió fue la concesión de una retribución adicional que antes no existía; y ii) que dicha bonificación adicional a su vez se creó sobre la base de unos recursos específicos que destino el Gobierno Nacional para cubrir los efectos de dicha concertación, atendiendo el mandato constitucional de sostenibilidad fiscal.

Por lo que se concluye que en conjunto, las autoridades y los propios representantes sindicales negociaron, concertaron y aprobaron la fórmula salarial finalmente plasmada en el Decreto 382 de 2013, así como el establecimiento de que la bonificación judicial solo constituiría factor salarial para la “base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud”, asegurando con ello la concertación de lo pretendido por ambas partes del conflicto laboral, por lo que no resulta plausible ni leal, que con el paso de los años se pretenda desconocer los acuerdos alcanzados en virtud de la negociación colectiva, más aún que están plasmados en una norma legal y con plena vigencia en la actualidad.

Ahora bien, si la parte demandante considera que los negociadores designados por la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación no cumplieron a cabalidad con sus compromisos, no es precisamente la acción de simple nulidad (art. 137 Ley 1437/11) o de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 Ley 1437/11) el escenario propicio o adecuado para descalificarlos, ni tampoco para pretender desconocer los acuerdos finalmente alcanzados, sino por el contrario se debió demandar la legalidad y constitucionalidad del Decreto No. 382 de 2013 mediante una Acción de Inconstitucionalidad.

• **EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Para el caso del Decreto 0382 de 2013, que contiene y crea la bonificación judicial, se ha observado que cumple con todos los parámetros necesarios para determinar que es plenamente constitucional tanto el plano formal como material o sustantivo, es decir en la forma en la que fue promulgado, como en su contenido.

Por lo tanto, es importante precisar que:

- Sobre el Decreto 0382 de 2013 hasta la fecha no ha sido sujeto de ningún tipo de declaratoria de ilegalidad, de inconstitucionalidad o en el que anule su ejecutoriedad, por lo que la norma en mención es completamente legal y goza de plenos efectos jurídicos. Igualmente, la norma es totalmente clara en cuanto prevé un ámbito de acción determinado, los funcionarios que beneficia, los valores que deberán ser cancelados y la restricción del carácter salarial constitucional, con lo que se evidencia que no se contienen vacíos jurídicos.
- La norma estudiada atiende totalmente los parámetros constitucionales así: i) sostenibilidad fiscal Art. 334 de la C.P.; ii) sostenibilidad del sistema financiero Art. 48 de la C.P.; iii) contiene el análisis de la política económica del país; iv) responde a la prevalencia del interés general del Art. 1 de la C.P.; v) al cumplimiento de los fines esenciales del Estado Art. 2 de la C.P.; y vi) atiende los criterios y objetivos de la Ley 4ª de 1992. Siendo así el Decreto 0382 de 2013 una norma ajustada la visión general e integral de la Constitución.



En conclusión, tanto con las anteriores precisiones como con todos los fundamentos antes desarrollados y señalados, se observa que de ningún modo se puede categorizar al Decreto 0382 de 2013 como una norma inconstitucional o ilegal, por lo que no es factible que el juzgador aplique la excepción de inconstitucionalidad, a todas luces improcedente para el caso objeto de litis.

En este orden, teniendo en cuenta todos los argumentos esbozados en esta contestación, esta Entidad considera que las pretensiones planteadas por la parte demandante están llamadas a fracasar.

ANEXOS

Acompaño esta contestación con los documentos que se señalan a continuación:

- 1.- Poder debidamente conferido.
- 2.- Documentos que soportan la representación legal de la Entidad.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Bloque C – Piso 3, Bogotá, Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en el siguiente correo electrónico jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co; Ronald.Valencia@fiscalia.gov.co

Cordialmente,

RONALD FRANCISCO VALENCIA CORREDOR
C.C. No. 80.232.372 de Bogotá
T.P. No. 145.178 del C. S de la J