



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 11001-33-42-052-2017-00301-00
Demandante: DOLLY ROJAS RODRIGUEZ
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Reconocimiento bonificación judicial como factor salarial.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Dolly Rojas Rodríguez a través de apoderada judicial en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la señora Dolly Rojas Rodríguez, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se:

- Inaplique parcialmente el Decreto 382 de 2013 en el artículo 1° específicamente en lo atinente a la parte que expresa que la bonificación judicial constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por resultar contrario a la Constitución, al parágrafo 14 de la Ley 4ª de 1992 y al Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 3382 del 23 de diciembre de 2015, 177 del 10 de febrero de 2016 y el acto ficto negativo que surgió ante la no respuesta al recurso de apelación interpuesto por el actor en contra del primer actor administrativo, a través de los cuales la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación a:

- Reconocer y pagar la bonificación judicial con carácter salarial y prestacional por todas las primas y prestaciones devengadas, esto es: prima de navidad, prima semestral, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios, cesantías e intereses a las cesantías.
- Condenar al sujeto pasivo a pagar indexadamente los valores adeudados junto con los intereses y costas según los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fl.17):

El Gobierno Nacional a través del Decreto 382 de 2013, creó una bonificación judicial a favor de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que se pagaría mensualmente y sólo sería factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde el 1° de enero de 2013 hasta el 2018, de ahí adelante el aumento de esa bonificación se llevara a cabo conforme a IPC.

Desde la creación de la bonificación judicial, la accionante la viene percibiendo ininterrumpidamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la accionada el 15 de diciembre de 2015, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial percibida como factor salarial.

La anterior petición fue negada por la demandada mediante el Oficio No. 3382 del 23 de diciembre de 2015. Inconforme con ello, la actora interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación.

El recurso de reposición se resolvió negativamente por la accionada a través de la Resolución No. 0177 del 10 de febrero de 2016, mientras el de apelación a la fecha no se ha decidido, dando origen al acto ficto negativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 2, 13, 25, 53 y 150 de la Constitución Política; Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

Afirmó la mandataria de la parte actora que de conformidad con las normas citadas y los principios de progresividad y no regresividad laboral la bonificación judicial por percibirse habitual y periódicamente y cuyo fin es nivelar los salarios de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, tiene el carácter de salario motivo por el cual debe tenerse en cuenta para liquidar las demás primas y prestaciones sociales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.51 a 63).

Luego de pronunciarse sobre los hechos se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo dos argumentos a saber: (i) la creación de la bonificación judicial con carácter salarial exclusivamente para salud y pensión es un acuerdo al cual llegaron libremente los representantes de los empleados de la Fiscalía General de la Nación y el Gobierno Nacional, acuerdo que se encuentra protegido por los convenios de la OIT que invitan a que los servidores públicos en uso de los derechos de asociación puedan participar en la fijación de las condiciones de empleo y; (ii) existe libertad de configuración del legislador de crear una bonificación que si bien retribuye el servicio de una persona no significa que de contera tenga el carácter intangible de salario para todos sus efectos ya que eso sería otorgar un carácter de inamovilidad al salario.

Por ello, propuso las excepciones que denominó: *"Cumplimiento de un deber legal"*, *"Cobro de lo no debido"*, *"Buena Fe"* y *"Genérica"*.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a la excepciones antes referidas encuentra el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de estas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir sentencia que resuelva la presente controversia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 7 de septiembre de 2018 (fl.122), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La accionante presentó alegatos de conclusión a través de memorial del 14 de septiembre de 2018 (fls.124 a 125), en el cual se ratificó en lo expuesto en la demanda.

La entidad accionada mediante memorial del 14 de septiembre de 2018 (fls.124 a 141), alegó de conclusión en el cual planteó los mismos argumentos consagrados en la contestación de la demanda, realizando énfasis en que en virtud de la libertad de configuración legislativa se podía fijar la bonificación judicial como un elemento que si bien se encuentra dentro de la definición estándar de salario no se tenía que tener cuenta para liquidación de prestaciones sociales. Para el efecto citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia.

La representante del Ministerio Público guardó silencio.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 27 de junio de 2018 (fls. 86 a 88), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora que se inaplique el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 y en consecuencia se reconozca y pague la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de todas las prestaciones sociales y salariales?

ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

1. Copia del escrito radicado por la accionante en ejercicio del derecho de petición el 15 de diciembre de 2015 ante la demandada en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor

salarial para la liquidación de las prestaciones sociales y no sólo para salud y pensión (fls.1 a 5).

2. Oficio No. 3382 del 23 de diciembre de 2015 proferido por la accionada en el cual negó la anterior petición (fls.6).
3. Recurso de reposición en subsidio de apelación radicada por la demandante en contra del Oficio No. 3382 del 23 de diciembre de 2015 (fls.7 a 11).
4. Resolución No. 0177 del 10 de febrero de 2016 expedido por la Nación – Fiscalía General de la Nación en el cual negó el recurso de reposición radicado por la actora (fls.12 a 13).
5. Certificado de los salarios devengados por la demandante desde el 1º de enero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2017 (fls.94 a 117).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico es necesario hacer referencia a la naturaleza y características de la bonificación judicial que se reconocen a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y analizar la concepción de salario con base en pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Bonificación judicial

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

A su vez la Ley 4ª de 1992 determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación.

El Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, estableció el régimen salarial y prestacional de los empleados de esa entidad, dentro del cual señaló que las personas que se encontraban bajo el régimen de la rama judicial podían optar por permanecer en ese régimen o de acogerse al consagrado en esa disposición.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 53 de 1993 mediante el cual estableció el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación para el personal que se vinculará a partir de su vigencia o para las personas que libremente decidieran acogerse a ese régimen.

Luego, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 382 de 2013, en el cual creó una bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se rigieran por lo establecido en el Decreto 53 de 1993 a partir del 1º de enero de 2013, con base en la escala de valores consagrada en el artículo 1º para cada cargo.

El parágrafo del artículo 1º del referido Decreto respecto a la forma de reajuste de la bonificación judicial consagró:

"PARAGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente."

Conforme la norma transcrita, la forma de reajuste de la bonificación judicial para el periodo comprendido entre el año 2013 y 2018 se hizo con base en un IPC proyectado del 2%, dejando la posibilidad que si el aumento inflacionario superaba ese indicador el Gobierno tenía que reajustar el valor; y para el 2019, el reajuste de esa bonificación se llevará a cabo con base en IPC certificado en el año anterior, al igual que la forma de aumento que se efectúa a las asignaciones básicas.

El artículo 2º del Decreto 382 de 2013 señaló que los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993, percibirán un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial creada, respecto de quienes ejercen el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el Decreto 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

La bonificación judicial creada en el Decreto 382 de 2013 se consagro únicamente como factor salarial para el pago de las cotizaciones al Sistema General de Salud y de Pensiones.

Concepto de salario.

El Código Sustantivo del Trabajo desde los artículos 127 a 132 regula todo lo relacionado con aquellos pagos que realiza el empleador que debe entenderse como salario y aquellos que no. Así, por salario se tiene que es todo pago ordinario fijo, variable o en especie con el cual se retribuye habitual y periódicamente la prestación del servicio sin importar la denominación que se le otorgue.

Los viáticos serán salario cuando son habituales y su destino es para cancelar gastos de manutención y alojamiento, no tendrá esa naturaleza jurídica cuando son ocasionales y se pagan con el fin de cubrir gastos de transporte. El auxilio de transporte se agrega al salario para el pago de prestaciones sociales pero se excluye para la base de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social.

El Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo “sobre la protección al trabajo” teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos según la cual toda persona que trabaja merece una remuneración equitativa y satisfactoria define salario en el artículo 1º como:

“la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”

El artículo 128 del CST consagra los pagos que no constituyen salarios de la siguiente manera:

"No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

Conforme la norma transcrita, no es salario: (i) los pagos que efectúa ocasionalmente o por mera liberalidad el empleador; (ii) aquellos que se efectúan con el fin que el trabajador pueda cumplir a cabalidad sus funciones por lo cual el dinero o especie recibida no aumenta o enriquece su patrimonio y; (iii) los pagos que se realizan de forma habitual pero que mediante acuerdos de desalarización empleado y trabajador acordaron que no tendría la connotación de salario para la liquidación de las prestaciones sociales.

Ahora con base en lo expuesto, si bien los intervinientes de una relación laboral tienen la posibilidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho de asociación de acordar el reconocimiento y pago de emolumentos que no se tendrán en cuenta como factor salarial para la cancelación de prestaciones sociales, esos acuerdos no pueden estar en contra de los derechos mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tales como primacía de la realidad sobre las formalidades, la irrenunciabilidad del salario y la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995 mediante el cual declaró exequible el artículo 138 del CST, señaló sobre los acuerdos de desalarización lo siguiente:

*"La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, **en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley.**" (Negritas fuera de texto).*

Ahora bien, no hay que olvidar que en el sector público esos acuerdos que pueden llegar los servidores públicos con las entidades del orden nacional deben ser plasmados a través de un Decreto expedido por la el Gobierno bajo los parámetros

que ha fijado el legislador para establecer el régimen salarial y prestacional de ellos, en todo caso el ejecutivo y el congreso al momento de plasmar esos emolumentos que no tienen el carácter de salario deberán tener en cuenta los principios mínimos fundamentales del trabajador consagrados en el artículo 53 de la Constitución. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia citada señaló:

"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. 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"

Posteriormente, el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia T-1029 de 2012 ratificó el criterio expuesto en la providencia citada, al consagrar:

*"La Corte recuerda que los extremos de las relaciones laborales se encuentran vinculados a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales del trabajador, porque aquellos no son enteramente libres al momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del C.S.T. La sentencia C-521 de 1995 advirtió que los pactos de desregularización salarial son constitucionales, siempre que no vulneren derechos irrenunciables del trabajador. **El artículo 53 de la Carta Política establece que la irrenunciabilidad del salario es un mínimo que el trabajador no puede ceder.** (...) En síntesis, la Sala precisa que la interpretación del artículo 128 contiene las siguientes premisas:*

2) Las partes tienen la autonomía para estipular pagos extralegales que se cancelan de forma ocasional o habitual y señalar que esos no revisten la naturaleza de salarios. Estos acuerdos serán válidos además de eficaces siempre y cuando ese rubro no tenga connotación salarial.

3) El juez laboral debe evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es una remuneración al trabajador por el servicio prestado o si cuenta con los elementos establecidos en el artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo, estudiando las circunstancias de cada caso concreto, las pruebas que obran en el expediente y atendiendo a la finalidad del ingreso.

4) La simple consagración del pacto de desregularización salarial no le quita la naturaleza de salario a un pago que tiene ese carácter.

5) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el ordenamiento jurídico estableció la sanción de ineficacia a los desembolsos que siendo salarios pretenden esconder dicha característica a través de un convenio entre las partes del contrato de trabajo o una decisión unilateral." (Negrillas fuera de texto).

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral también se ha manifestado sobre los límites que existen sobre los acuerdos de desalarización de un emolumento. Así en la sentencia del 28 de julio de 2009, M.P. Eduardo López Villegas, dentro del radicado No. 35579, señaló que si bien el acuerdo de no salario es válido entre las partes que intervienen en una relación laboral, este no puede efectuarse sobre aquellas *“compensaciones directas del servicio prestado, sobre los que no resulta viable celebrar este tipo de pactos”*.

En sentencia del 25 de enero de 2011, radicación No. 37037 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia arguyó:

*“No está demás advertir lo que tiene señalado, desde antaño, esta Sala, sobre que las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; **tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario.** Así lo asentó esta Sala en la sentencia con radicación 30547 de 2009, que a su vez reitera lo dicho en la sentencia 27235 del 10 de julio de 2006:*

“De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende por salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

*“Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, (...). **En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz.**” (Subrayas en la sentencia)”*

Posteriormente, en sentencia del 1º de febrero de 2011, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Gustavo José Genecco Mendoza, radicación No 35771, al decidir que los gastos de representación que le habían sido pagados a un jugador de fútbol del Once Caldas F.C. correspondían realmente a salario por retribuir el servicio, expuso:

*“Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, **las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.***

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado. (Negritas fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta la definición de salario del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo ha señalado que todo emolumento que se percibe como retribución directa del servicio de forma habitual y periódica es salario sin importar la denominación que se le dé.

Así, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 3 de agosto de 2016, radicado No. 25000-23-37-000-2012-00091-01, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia indicó que:

“Desde la perspectiva del artículo 127 del CST, el salario mensual corresponde a todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que adopte (primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, trabajo en días de descanso obligatorio o porcentajes sobre ventas y comisiones), incluyendo los salarios pagados en moneda extranjera.”

Igualmente, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 19 de enero de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del radicado No. 54001-23-33-000-2012-00180-01, expuso:

“La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral, comprende entonces, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

En torno al tema, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6 (parágrafo 1º) prevé que salario es «[...] todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones [...]».

Y es que lo dispuesto en este Decreto también lo tiene previsto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque aplicable al régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación por tratarse de una consagración de derechos mínimos, pues prescribe como concepto de factor salarial «[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. En conclusión, el salario está constituido por todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por su labor.” (Negritas fuera de texto).

Conforme a todo lo expuesto, el Juzgado concluye que:

- I. El concepto de salario de conformidad con lo consagrado en el artículo 127 del CST y el Convenio 95 de la OIT es toda remuneración o ganancia fija o variable que se percibe en dinero o especie de manera habitual y periódica como contraprestación del servicio.
- II. De conformidad con el artículo 128 del CST empleador y trabajador en ejercicio de la autonomía de la voluntad y el derecho de asociación pueden pactar el pago de emolumentos que no tengan el carácter de salario.
- III. Los servidores públicos pueden participar con las entidades en la formulación de políticas de salario y de condiciones de empleo, en caso que se pacte una mejora salarial la misma debe plasmarse en un acto administrativo general que deberá sujetarse a las reglas previstas por el legislador, en este caso de la Ley 4ª de 1992.
- IV. En ambos eventos, los pactos de desalarización a la cual lleguen las partes deben respetar los principios mínimos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, tales como irrenunciabilidad al salario, prevalencia de la realidad sobre las formalidades y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. De esa manera, si se demuestra que un pacto no salarial se percibe de forma periódica, ininterrumpida, que retribuye el servicio y enriquece el patrimonio del trabajador la misma será ineficaz y se tendrá como salario para todos los efectos.

CASO CONCRETO.

Advierte el Despacho que de conformidad con la hoja de servicios y los desprendibles de pago visibles a folios 95 a 117, se colige que la accionante es beneficiaria del régimen salarial y prestacional del Decreto 53 de 1993 y por lo tanto a partir del 1º de enero de 2013 se le ha venido pagando la bonificación judicial mes a mes sin tenerla en cuenta como factor salarial para el pago de prestaciones sociales.

La parte actora solicita el reconocimiento y pago de esa bonificación judicial como factor salarial para el pago de las prestaciones sociales por considerar que la misma integra el concepto de salario.

La entidad accionada dentro de la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión resaltó que la creación de la bonificación judicial como factor salarial únicamente para cotizar al sistema general de pensiones y salud obedeció a un acuerdo de voluntades que llegaron las partes (miembros de la Fiscalía General de la Nación y el Estado) de otorgarle tal naturaleza, tal acuerdo se elevó a Decreto teniendo en cuenta la competencia que sobre el particular se ha establecido en la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992.

Al respecto, advierte el Despacho que como se indicó en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el concepto de salario según los términos del artículo 127 del CST y el Convenio 95 de la OIT, es todo pago ordinario fijo, variable o en especie con el cual se retribuye habitual y periódicamente la prestación del servicio sin importar la denominación que se le otorgue, frente al caso del asunto, el artículo 127 referido, establece como ejemplo de salario taxativamente las "bonificaciones habituales".

Con base en el artículo 128 del CST y el ejercicio del derecho de asociación y respeto a la autonomía de la voluntad los trabajadores junto a su empleador pueden acordar el pago de sumas sin carácter salarial y que no se tendrán en cuenta para liquidación de prestaciones sociales.

En tratándose de los servidores públicos se ha establecido que ellos pueden en ejercicio del derecho de asociación participar en las formulación de sus condiciones de empleo y eventualmente en cuestiones salariales, no obstante, dada a la especial relación de sujeción que existe y la regulación del régimen salarial y prestacional de carácter compartido entre el legislador y ejecutivo por disposición constitucional, todo logro que se alcance deberá verse reflejado en un acto administrativo que respete las directrices de la Ley marco expedida por el Congreso.

Así, respecto a la bonificación judicial de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 382 de 2013 en ejercicio de las facultades otorgadas en la Ley 4ª de 1992, ello en cumplimiento de uno de los acuerdos a los que arribaron el grupo sindical y el Estado, quienes en ejercicio del derecho de asociación y autonomía de voluntad pactaron que ese emolumento se reconociera y pagara sin carácter salarial, esto es, en otras palabras, decidieron conjuntamente desalarizar la bonificación judicial.

En líneas anteriores, se resaltó que la desalarización es permitida con base en el artículo 128 del CST siempre y cuando ese acuerdo sea respetuoso de los principios mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, esto es, prevalencia de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad del salario y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo so pena que el acuerdo sea ineficaz y el emolumento se tenga en cuenta como salario para todos los efectos.

En el asunto, respecto a la situación concreta y particular de la demandante, el Juzgado encuentra que las partes al momento de realizar la negociación y el Ejecutivo al expedir el Decreto 382 de 2013 creando la bonificación judicial sin efectos salariales para la liquidación de las prestaciones sociales actuó en contravía de los referidos principios fundamentales consagrados en la Constitución Política por las siguientes razones:

- La bonificación judicial que percibe la demandante desde el 1º de enero de 2013 ha sido un emolumento que se ha pagado de manera periódica e ininterrumpida tal como se observa de los desprendibles de nómina visibles a folios 96 a 117 del expediente.
- La bonificación judicial se ha venido cancelado como retribución directa del servicio que presta la actora, toda vez que se percibe mes vencido y en ocasión al periodo trabajado, aunado al hecho que la misma tiene como fin aumentar e enriquecer el patrimonio del sujeto activo.
- La bonificación judicial no tiene como fin el pago de gastos o de funcionamiento del servicio.
- La bonificación judicial la reconoce y paga la entidad accionada en cumplimiento de la nivelación salarial establecida en la ley 4ª de 1992, es decir, que ello no nace de un acto ocasional o de mera liberalidad de la administración para con la accionante, sino que con base en esa nivelación salarial y la presión que sobre el particular ejerció el grupo representativo de trabajadores en la mesa de negociación dio origen al reconocimiento y pago de ese emolumento.

En ese orden de ideas, en aplicación de los precedentes judiciales expuestos en el marco jurídico y jurisprudencial, la entidad accionada no se encontraba facultada

para encubrir un pago que constituía salario en aplicación de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad del salario y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, por lo que el Despacho en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la Constitución Política inaplicará la frase “y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenida en el artículo 1° del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013 y en su lugar ordenará tener en cuenta la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos a partir del 1° de enero de 2013 en adelante por cuanto no se encuentra configurada la prescripción trienal consagrada en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Lo anterior, por cuanto desde la causación del derecho a percibir la bonificación judicial (1° de enero de 2013), la interposición del escrito de petición (15 de diciembre de 2015) y la radicación de la demanda (26 de julio de 2017) no trascurrieron más de tres años.

En consecuencia de lo expuesto, el Juzgado declarará la nulidad del Oficio No. 3382 del 23 de diciembre de 2015, Resolución No. 0177 del 10 de febrero de 2016 y el acto ficto negativo que surgió por la no contestación al recurso de apelación del 14 de enero de 2016 proferidos por la entidad accionada en los cuales negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{R.H. \text{ INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde (R) equivale al valor presente y se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de pagar desde cuando surgió la obligación, multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial de precios que certifique también el DANE.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los Artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del sub-examine.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Inaplicar por Inconstitucional la frase “y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenida en el artículo 1° del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. 3382 del 23 de diciembre de 2015, Resolución No. 0177 del 10 de febrero de 2016 y el acto ficto negativo que surgió por la no contestación al recurso de apelación del 14 de enero de 2016.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos a partir del 1° de enero de 2013 a la señora Dolly Rojas Rodríguez identificada con cédula de ciudadanía No. 38.245.394 de Ibagué.

CUARTO: Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{R.H. \text{ INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde (R) equivale al valor presente y se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de pagar desde cuando surgió la obligación, multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial de precios que certifique también el DANE.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Sin lugar a condenar en costas a la parte vencida.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

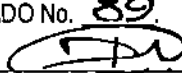
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

S.A


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy 4 de diciembre de 2018 se notifica el auto anterior por
anotación en el ESTADO No. 89


DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario