JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso:	**110013342-052-2016-00674-00**
Demandante:	**HÉCTOR JOSÉ ROCHA QUERUZ**
Demandado:	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL ULTIMO AÑO, REAJUSTE LEY 6ª DE 1992 Y AJUSTE ARTÍCULO 143 DE LA LEY 100 DE 1993.**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Héctor José Rocha Queruz en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

I. ANTECEDENTES

1. 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, el señor Héctor José Rocha Queruz, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 045662 del 4 de noviembre de 2015 y RDP 003378 del 29 de enero de 2016, mediante las cuales la entidad demandada negó a la actora su solicitud de reliquidación de la pensión que devenga y resolvió un recurso de reposición confirmando la decisión anterior.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional -UGPP:

Reconocer y ordenar pagar el reajuste de la pensión que devenga en los términos de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto reglamentario 2108 del mismo año, Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994.

Indexar las sumas que resulten del anterior reconocimiento con aplicación de los porcentajes del IPC certificados por el DANE, desde la primera mesada pensional cuando se causó su derecho hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la prestación, teniendo en cuenta las sentencias SU-120 del 2003, T-663 de 2003, T-815 de 2013, SU-120 de 2003, T-805 de 2004 y 862 de 2006.

Actualizar las sumas con aplicación de la fórmula R= Rh * índice final/ índice inicial.

Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada en los términos del artículo 188 del CPACA, debido a la conducta reprochable frente a la situación del señor Rocha Queruz.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 76-77):

El señor Héctor José Rocha Queruz nació el 30 de enero de 1927, por lo tanto tenia más de 40 años de edad al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y cumplió 55 años el 30 de enero de 1982.

El demandante prestó los servicios como empleado público en las siguientes entidades y periodos de tiempo:

ENTIDAD	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
Rama Judicial	16 de agosto de 1953	15 de febrero de 1957
Rama Judicial	1° de septiembre de 1957	28 de febrero de 1960
Rama Judicial	16 de noviembre de 1960	31 de julio de 1961

Rama Judicial	23 de junio de 1963	30 de marzo de 1970
Secretaría Distrital de Hacienda	16 de marzo de 1972	16 de febrero de 1977
Rama Judicial	30 de junio de 1977	30 de noviembre de 1980
Rama Judicial	16 de mayo de 1981	30 de septiembre de 1982
	Total años:	23,19

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP le reconoció pensión de vejez al señor Rocha a partir del 1º de octubre de 1982, en cuantía de $46.339,07.

Mediante Resolución No. 045662 del 4 de noviembre de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP le negó al demandante el reajuste de su pensión.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. RDP 003378 del 29 de enero de 2016, por el cual la Unidad decidió confirmar la anterior decisión.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos: 1, 2, 4, 11, 13, 25, 29, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia; 17 de la Ley 6ª de 1945; 42 del Decreto 1042 de 1978; 45 del Decreto 1045 de 1978; 1 y 3 de la Ley 33 de 1985; 1º de la Ley 62 de 1985; la Ley 71 de 1988; 12 y 20 del Decreto 758 de 1990; artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, 1 y 2 del Decreto 2108 de 1992; 11, 36, 143, 272 y 288 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994.

Adujo que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual fue desconocido por la entidad demandada teniendo en cuenta que no aplicó la disposición contemplada en el artículo 53 de la Constitución Política.

De otro lado, afirmó que la pensión que devenga su poderdante debe ser reajustada en los términos de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 184 a 190).

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Señaló que la liquidación de la pensión de la parte actora se encuentra ajustada a derecho, teniendo en cuenta que la entidad que representa expidió la Resolución No. 15356 del 20 de diciembre de 1983, mediante la cual tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, como son: sueldo básico, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de antigüedad, por lo tanto, indicó que no hay lugar a liquidar la pensión en los términos solicitados por la parte actora.

De otro lado, precisó que cada vez que se efectúa el reajuste anual de la pensión, se tiene en cuenta la variación porcentual del IPC certificado por el DANE, de manera tal que se mantiene el poder adquisitivo de la prestación.

Además de lo anterior, argumentó que la pensión del actor se encuentra ajustada a derecho, por haberse realizado en los términos legales y con base en los factores salariales sobre los cuales se realizaron aportes al sistema de seguridad social.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación de reliquidar la pensión"*, teniendo en cuenta que el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, no estableció excepción frente al tope establecido para las pensiones; (ii) *Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados"*, en razón a que el acto administrativo demandado conserva su presunción de validez y surte plenamente sus efectos jurídicos; (iii) *Imposibilidad de condena en costas"*, al presumirse la buena fe del demandado; (iv) *"Prescripción"*, por el término de 3 años de conformidad a lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, artículo 41 del Decreto 3135 de 1969 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; (v) *"Imposibilidad de intereses moratorios"* contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales se generan por el retardo en el pago de la pensión, sin que se aplique al asunto de la referencia, pues la entidad pagadora canceló en tiempo la prestación; (vi) *"Solicitud de Reconocimiento Oficioso de Excepciones"*, al

encontrarse en el transcurso del proceso hechos que constituyan excepción de mérito que deba ser declarara de oficio.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 28 de septiembre de 2018 (Fl.227), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la parte demandada allegó escrito el 2 de octubre de 2018 (Fls. 229-238), mediante el cual reiteró que la entidad que representa reconoció al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios y con la inclusión de los factores salariales a saber: sueldo básico, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

De otro lado, adujo que respecto al reajuste de que trata la Ley 6ª de 1992, reglamentada por el Decreto 2108 de diciembre de 1992, se presenta una carencia actual del objeto, teniendo en cuenta que los mismos se realizaron por parte de la entidad que representa, por ende, las pretensiones no están llamadas a prosperar.

A su vez, la apoderada de la parte actora allegó escrito el 16 de octubre de 2018 (Fls. 235-238), mediante el cual se ratificó en las pretensiones de la demanda y argumentó que la pensión del actor se debe reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados habitualmente por todo concepto desde la causación del derecho hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación.

Por otra parte, afirmó que el resultado de la anterior reliquidación se debe ajustar conforme a lo dispuesto en la Ley 6ª de 1992, reglamentada por el Decreto 2108 de 1992.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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:

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Las denominadas *"Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación"*, *"Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados"*, *"Imposibilidad de condena en costas"* e *"Imposibilidad del pago de intereses moratorios"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas 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 fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 21 de junio de 2018 (Fls. 199 a 201), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho al demandante a que su pensión sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta la disposición contenida en la Ley 6ª de 1992, reglamentada por el Decreto 2108 del mismo año?

- ¿Le asiste derecho al demandante a que su pensión sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta los aumentos contemplados en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y artículo 42 del Decreto 692 de 1994?

3. ACERVO PROBATORIO.

3.1. Copia simple de la Resolución No. 15356 del 20 de diciembre de 1983, mediante la cual la Caja Nacional de Previsión, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación al actor, efectiva a partir del 1º de octubre de 1982, con su respectiva constancia de notificación (Fls.8-12).

3.2. Copia simple de la certificación expedida por la Secretaría Distrital de Hacienda el 26 de septiembre de 2014, mediante la cual informe que le señor Rocha laboró al servicio de esa entidad desde el 16 de marzo de 1972 hasta el 16 de febrero de 1977 (Fls.27, 34 y 35).

3.3. Copia simple de certificación laboral expedida por la Secretaría de Hacienda Distrital el 26 de septiembre de 2014, mediante la cual se indican los factores salariales devengados por el señor Rocha Queruz desde el mes de marzo de 1972 hasta diciembre de 1976 (Fls. 28, 36 y 37).

3.4. Copia simple de acta de anulación No. 25 del 23 de febrero de 2015, por medio de la cual se anularon los certificados laborales y salariales Nos. 5461, 5462 y 5463 del 28 de abril de 2014 (Fl.33).

3.5. Copia simple de la certificación de información laboral expedida por la Rama Judicial -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial el 23 de febrero de 2015, mediante la cual relaciona los siguientes periodos de prestación de servicios del actor a la entidad (Fl. 29):

DESDE	HASTA
01-01-1956	16-02-1957
16-11-1960	31-07-1961
30-06-1977	30-11-1980
16-05-1981	30-09-1982

3.6. Copia simple de la certificación de salario base expedida por la Rama Judicial -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial el 23 de febrero de 2015, mediante la cual relaciona los valores devengados pro el actor (Fl. 30).

3.7. Copia simple de certificado de salarios mes a mes expedido por la Rama Judicial –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial el 23 de febrero de 2015, mediante el cual se indican los factores salariales devengados por el demandante desde enero de 1956 hasta septiembre de 1982 (Fls.31-32).

3.8. Escrito original presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP el 3 de julio de 2015, mediante el cual la parte actora solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y el reajuste de la misma en los términos de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año (Fls. 13-20).

3.9. Copia auténtica de la Resolución No. RDP 045662 del 4 de noviembre de 2015, mediante la cual la entidad demandada negó la solicitud de reliquidación de la pensión a la actora (Fls. 3-5).

3.10. Escrito original de recurso de apelación en contra de la anterior decisión del 4 de diciembre de 2015, sin constancia de radicado (Fls.21-26).

3.11. Copia auténtica de la Resolución No. RDP 003378 del 29 de enero de 2016, mediante la cual la Unidad resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión (Fls. 6-7).

3.12. Copia simple de la cédula de ciudadanía del señor Héctor José Rocha Queruz (Fl.2).

3.13. Copias simples actos administrativos que no corresponden al señor Héctor José Rocha Queruz (Fls. 38-52).

3.14. Copia simple de providencia incompleta y sin firma (Fls.53-74).

3.15. Copia simple del Oficio No. DEAJRH16-9499 del 13 de diciembre de 2016, por medio del cual el Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales del Consejo Superior de la Judicatura certificó que el último lugar de prestación de servicios laborales del demandante fue en Bogotá D.C. (Fl.95).

3.16. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos del señor Héctor José Rocha Queruz (Fl.192).

3.17. Constancia y memorando del 16 de julio de 2018, mediante los cuales se da respuesta a un requerimiento efectuado por esta instancia en la etapa de pruebas de la audiencia inicial, junto con anexo en CD que refiere al incremento realizado en los términos del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 216-222).

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso en primer lugar estudiar el régimen pensional aplicable a los empleados de la Rama Judicial; en segundo lugar hacer referencia al ajuste de que trata la Ley 6ª de 1992, reglamentada por el Decreto 2108 de 1992, normatividad que la parte actora solicita aplicar al presente asunto y en tercer lugar del reajuste establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y artículo 42 del Decreto 692 de 1994, con el fin de establecer si tiene derecho a la reliquidación de la pensión en los términos pretendidos con el asunto de la referencia.

- **DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA**

- **DEL RÉGIMEN APLICABLE A LOS EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL**

El Decreto 546 de 1971 *"Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares."*, en el artículo 6, señaló:

> *"Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto,* ***de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.*** "(Destacado fuera de texto).

Con posterioridad, el referido Decreto fue reglamentado por el Decreto 1660 de 1978, según el cual:

> *"Artículo 132. Los funcionarios y empleados tendrán derecho, al llegar a los cincuenta y cinco años de edad, si son hombres y de cincuenta si son mujeres, y cumplir veinte años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional, al Ministerio Público o a las Direcciones de Instrucción Criminal, o a las tres actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de* ***jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicio en las actividades citadas".*** *(Destacado fuera de texto).*

En ese sentido, se expidió el Decreto 717 de 1978 que estableció entre otros aspectos, la escala de remuneración correspondiente a los cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, el cual fue modificado por el Decreto 911 del mismo año, que señaló:

> *"Art. 12. Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario y empleado como retribución por sus servicios.*
>
> *Son factores de salario:*
>
> *a. Los gastos de representación;*
> *b. La prima de antigüedad;*
> *c. El auxilio de transporte;*
> *d. La prima de capacitación;*
> *e. La prima ascensional;*
> *f. La prima semestral, y*
> *g. Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleado en comisión en desarrollo de comisiones de servicio."*

En ese sentido, se colige que para efectos de determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen salarial de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, se debe tener en cuenta la asignación más

elevada devengada durante el último año de servicio (Artículo 6° del Decreto 546 de 1971).

Dicha asignación comprende además del salario básico del cargo los factores de salario, correspondientes a todas las sumas que habitual y periódicamente perciba el empleado como retribución del servicio.

Sobre el particular, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda –Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia del 7 de febrero de 2013, discurrió:

> *"(...)*
> *La demandante invocó la aplicación del Decreto 546 de 1971, por el cual se estableció un régimen especial a favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. Dicho Decreto dispuso que la liquidación de la pensión de jubilación se hará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público salvo que hubieren prestado sus servicios por lo menos 10 años en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambas.*
>
> *En efecto, el artículo 6° estableció:*
>
> *"Artículo 6º. Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.".*
>
> *En consecuencia, los funcionarios que por un lapso de 10 años hubieren laborado en la Rama Jurisdiccional y/o en el Ministerio Público tienen un régimen especial, en virtud del cual continúan con el derecho a disfrutar de una pensión igual al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.*
>
> *De conformidad con las pruebas allegadas al expediente la actora tiene derecho a la aplicación del referido régimen por cuanto laboró durante más de 10 años al servicio de la Fiscalía General de la Nación, es decir que se encuentra dentro del supuesto fáctico establecido por la precitada disposición.*
>
> ***vi) Liquidación pensional.***
>
> *Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdice, para establecer el monto del derecho pensional de la señora Martha Lucia López Mora, es la contenida en la parte final del precitado artículo 6º del Decreto 546 de 1971, según la cual, la pensión vitalicia de jubilación, debe ser "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios (...).".*

Se observa, entonces, que la anterior disposición sujetó la base de liquidación pensional a lo "devengado" por el funcionario, por lo cual, para efectos de determinar el monto de la pensión a que tiene derecho el accionante, es preciso recurrir al artículo 12 del Decreto 717 de 1978, que reguló, entre otros aspectos, la escala de remuneración correspondiente a los cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público…

(…)

En este orden de ideas, la asignación mensual más elevada para determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen especial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el ***empleo y todas las sumas que reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley****".* (Negrillas fuera del texto original).

No obstante lo anterior, el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa profirió sentencia de Unificación el 28 de agosto de 2018, mediante la cual luego de efectuar un análisis de las normas frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social contemplado en el artículo 48 de la Carta, consideró respecto de los factores a tener en cuenta para liquidar las pensiones:

"99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, ***solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.***

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas ***de cotización.*** *Para la liquidación de las pensiones* ***sólo*** *se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. 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 periodicamente 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.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. (...)". (Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional se deben incluir únicamente los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

Igualmente, resulta oportuno tener en cuenta la segunda subregla de interpretación establecida en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, toda vez que la misma se basa, de una parte, en el principio de solidaridad previsto en el artículo 1° de la Constitución Política como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y de otra, en el artículo 48 *ibídem* que define la Seguridad Social como *"un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley."*

Así las cosas, como quiera que el mencionado criterio de interpretación es eminentemente constitucional, considera el Despacho que resulta aplicable a todas las decisiones relacionadas con la determinación de factores salariales que deben ser incluidos en la determinación del IBL pensional, en consecuencia, para ello se tendrán en cuenta, conforme a la subregla en cita, los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones en el último salario devengado.

Sumado a lo enunciado en precedencia, es del caso traer a colación lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el cual respecto a la importancia

jurídica o necesidad de sentar jurisprudencia frente a los asuntos pendientes de fallo, dispone:

> ***"ARTÍCULO 271. DECISIONES POR IMPORTANCIA JURÍDICA, TRASCENDENCIA ECONÓMICA O SOCIAL O NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA.*** *Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.*
>
> *En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.*
>
> *Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.*
>
> *Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.*
>
> *La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos."*

Así las cosas, si bien, el precedente jurisprudencial refiere a las pensiones reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, una vez se encuentren acreditados los requisitos del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es, que el criterio bajo el cual se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cotizó el trabajador al momento de liquidar la pensión aplica a todos los regímenes incluidos los especiales, por su carácter de vinculante.

- **DE LA LEY 6ª DE 1992 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 2108 DE MISMO AÑO.**

La Ley 6ª del 30 de junio de 1992 *"Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se*

dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones", en su artículo 116 dispuso un reajuste a las pensiones del sector público nacional, de la siguiente manera:

> *"**Artículo 116.-** Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1° de enero de 1989.*
>
> *Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo".*

En desarrollo de las facultades conferidas en la precitada Ley, el Presidente de la República expidió el Decreto 2108 del 29 de diciembre de 1992 *"Por el cual se ajustan las pensiones de jubilación del sector público en el orden Nacional"*, el cual consagró:

> *"ARTICULO 1°- Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios, serán reajustadas a partir del 1° de enero de 1993, 1994 y 1995 así:*

AÑO DE CAUSACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN	*% DEL REAJUSTE 1993*	*1994*	*1995*
1981 y anteriores 28% distribuidos Así:	*12.0*	*12.0*	*4.0*
1982 hasta 1988 14% distribuidos Así:	*7.0*	*7.0*	-

A su vez, el artículo 2º estableció la manera de aplicar los anteriores porcentajes:

> *"Las entidades de previsión o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1°.*
>
> *El 1° de enero de 1994 y 1995 se seguirá igual procedimiento con el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.*
>
> *Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988."*

En ese sentido, se advierte que el fin del Gobierno Nacional fue nivelar las mesadas pensionales de los jubilados que hubieren adquirido su derecho con anterioridad al 1° de enero de 1989, reajustándose las mismas desde el 1° de enero de 1993 hasta 1995, en un 28% para los beneficiarios que obtuvieron su prestación con anterioridad al año 1981; y desde el 1° de enero de 1993 hasta 1994, en un 14% para los beneficiarios que obtuvieron su prestación en el periodo comprendido entre los años 1982 a 1988, los cuales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley 71 de 1988.

Ahora bien, se precisa que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-531 de 1995, declarando la inexequibilidad del mismo por considerar que vulnera el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política. Al respecto discurrió:

> *"(...)*
> *Es pues claro que el artículo 116 desconoce la unidad de materia de la Ley 6° de 1992. Ahora bien, el actor no demandó en su integridad ese artículo sino únicamente la expresión "nacional" del título y del inciso primero. Sin embargo, no puede la Corte declarar únicamente inexequibles esas palabras, por cuanto se estaría manteniendo en el ordenamiento el resto de ese artículo, que no sólo forma indudable unidad normativa con las expresiones acusadas sino que también desconoció la regla de la unidad de materia. Por ello la Corte, aplicando el artículo 6° Decreto 2067 de 1991, procederá a declarar inexequible, en su integridad, el artículo 116 de la Ley 6° de 1992.*
>
> *La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de la buena fé (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexequibilidad de la parte resolutiva de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexequibilidad no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexequible y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (C.P. art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que*

tanto el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.
(...)".

De conformidad al precedente jurisprudencial, el reajuste dispuesto en el artículo objeto de control constitucional es legalmente aplicable a las pensiones consolidadas con anterioridad al 1° de enero de 1989, desde la vigencia de la Ley 6ª de 1992 y hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la que se declaró su inexequibilidad.

De otra parte, pese a que la norma va dirigida al sector oficial del orden nacional el Consejo de Estado en sentencia del 11 de diciembre de 1995, expediente No.15723, con ponencia de la Consejera Dolly Pedraza de Arenas, declaró la nulidad de la expresión *"del orden nacional"* contenida en el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, por considerar que vulnera el derecho a la igualdad. En esa oportunidad señaló:

"(...)

Para juzgar el acto acusado, la Sala entonces se encuentra ante la siguientes situación: el art. 116 de la Ley 6 de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 fecha en que fue retirada del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia.

El decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo del art. 116 de la Ley 6a corre igual suerte, es decir, rigió desde su expedición hasta la fecha de inexequibilidad del precepto que le dio origen y extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho.

Debe por tanto la Sala examinar la constitucionalidad del decreto mientras estuvo vigente, a efecto de resolver en este caso concreto la legalidad del acto administrativo sometido a su juzgamiento, examen que frente al art. 13 de la Carta omitió la Corte ante el vicio de falta de unidad de materia.

En el proceso de inconstitucionalidad surtido ante la Corte Constitucional, el agente del Ministerio Público solicitó la inexequibilidad del precepto en la parte acusada. Sobre su vista fiscal la sentencia reseña: (.)

Coincide la Sala con el punto de vista del señor agente del Ministerio Público, pues como es sabido, la nivelación que hizo el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2108 de 1992 obedeció a una justa pretensión del sector de los jubilados, cuyos aumentos decretados con anterioridad al 1° de enero de 1989 (antes de los aumentos decretados por virtud de la ley 71 de 1988),

presentaban diferencias con los aumentos de salarios; el gobierno niveló dichas pensiones en los porcentajes allí expresados, para ser pagaderos a partir del 1° de enero de 1993 hasta culminar en 1994 para los pensionados de 1981 y anteriores y en 1995 para los pensionados entre 1982 hasta 1988, y precisó que estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.

Si como se dejó indicado en el recuento de los antecedentes, al entidad demandada en el acto acusado manifiesta que a los pensionados de la empresa les fue aplicado lo previsto en la Ley 4ª de 1976, sobre aumento de pensiones, lo que indica que tuvieron diferencias con los aumentos salariales, no hay razón para que la preceptiva del decreto 2108 de 1992 no les aplique, pues estarían en las mismas condiciones de los pensionados del orden nacional que se beneficiaron con el reajuste. Hacer tal discriminación con los pensionados de la empresa demandada, que se encuentran bajo los mismos supuestos del artículo 1° del decreto 2108 de 1992, atentaría contra el artículo 13 de la Carta Política, toda vez que no se estaría tratando en igual forma a las partes que se encuentren en iguales situaciones.

***En este orden, la Sala en acatamiento al principio fundamental consagrado en el artículo 4° de la Constitución que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", habrá de declarar la inaplicación en este caso concreto de la expresión "del orden nacional" contenida en el art. 1° del decreto 2108 de 1992 por su contrariedad con el art. 13 de la Carta, cuya aplicación es preferente.** En consecuencia, el acto acusado es nulo al prescribir que los ajustes de que trata el decreto 2108 de 1992 no son aplicables a los pensionados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.*

*Debe sí la Sala, en aras de la claridad, señalar que la aplicación del citado decreto debe hacerse en los precisos términos y condiciones que consagra su texto: es decir **a las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salario,** lo cual deberá determinarse en cada caso concreto (...)" (Negrillas fuera de texto).*

Con la anterior decisión queda claro que el reajuste referido se aplica sin distinción alguna a los empleados del orden nacional y territorial, en virtud del derecho fundamental a la igualdad.

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 1998, expediente No. 11636, con ponencia del Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda, declaró nulo el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, con fundamento en la declaratoria de inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, señalando lo que pasa a citarse:

"(...)

2. Como se ve claramente, fue la ley reglamentada la que restringió sus alcances a las pensiones de jubilación del sector público nacional, y en tales

condiciones el gobierno nacional al expedir el decreto reglamentario, no podía disponer algo diferente, tratando de ampliar su campo de aplicación a las pensiones de los órdenes municipal y departamental, porque ello habría sido violatorio de la competencia reglamentaria en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

3. Sin embargo, como la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del transcrito artículo 116, mediante sentencia C- 531 de 20 de noviembre de 1995, la Sala habrá de declarar la nulidad de la norma acusada que la reglamentó, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, por ser ello una obvia consecuencia de tal determinación.
(...)".

En virtud del precedente jurisprudencial, se infiere que los efectos del Decreto 2108 de 1992 son los mismos que la Corte Constitucional dispuso para la aplicación del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, esto es, efectuar el reajuste pensional a los beneficiarios de la prestación que hayan adquirido su status de pensionado antes de 1989.

- **REAJUSTE DEL ARTÍCULO 143 DE LA LEY 100 DE 1993.**

El artículo 143 de la Ley 100 de 1993, estableció:

"ARTÍCULO 143. REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.
(...)". (Negrillas fuera del texto).

La precitada norma se encuentra reglamentada en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, que consagró el reajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad al 1° de abril de 1994, estableciendo que *"(...) las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará*

por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar."

La Corte Constitucional al resolver la acción de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en la Sentencia C-111 de 1996, en síntesis precisó que lo pretendido con la disposición contenida en el inciso 1° del mentado artículo es compensar a las personas pensionadas con anterioridad al 1° de enero de 1994, *"en el sentido de otorgarles un reajuste que sea equivalente al incremento de la cotización para la salud, que resulte de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y de las disposiciones legales que señalen el monto de la cotización."*

Pronunciamiento, que la misma Corporación Constitucional mantuvo en Sentencia T-677 de 2003, al señalar:

> *"(...)*
> *Por esa razón, a juicio de la Corte opera una "compensación" entre el reajuste ordenado por el primer inciso de la norma citada y el incremento que el grupo pensionado antes del primero de enero de 1994, deberá cotizar para salud, producto de la aplicación de la Ley referida. En esa medida el reajuste anotado, aunque representa un incremento nominal de la mesada pensional, no se traduce en un aumento en el pago efectivo de la mesada, puesto que ese incremento estuvo dirigido a cubrir el aumento en la cotización para salud, producto de la aplicación de la Ley 100 de 1993, y que bajo su vigencia y de su Decreto Reglamentario 1919 de 1994, pasó a estar a cargo en su totalidad de los pensionados. Así, las personas pensionadas con anterioridad al primero de enero de 1994 que cotizaban un 4% pasaron, después de esa fecha a cotizar, para 1996, un 12% del valor de su mesada, compensado, obviamente con el reajuste introducido por el primer inciso del artículo 143 de la citada Ley.*
> *(...)".*

En ese sentido, con el régimen general se creó una prerrogativa a las pensiones reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1994, la cual consiste en un reajuste a la prestación de manera mensual equivalente a la diferencia que resulte del incremento a tasa de cotización en salud.

En consecuencia, el objeto del legislador con el reajuste contenido en la normatividad referida, es evitar que se vea disminuida la prestación pensional del trabajador, debido al pago de un valor mayor al sistema de seguridad social.

5. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Héctor José Rocha Queruz, actuando a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. RDP 045662 del 4 de noviembre de 2015, mediante la cual la entidad demandada negó el reajuste de su pensión (i) con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios; (ii) en los términos de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992 y (iii) de conformidad a lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y RDP 003378 del 29 de enero de 2016, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación confirmando la decisión anterior.

Con el fin de dar respuesta a los interrogantes planteados en la fijación del litigio se hace necesario establecer en primer lugar si la pensión que percibe el actor debe ser reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en segundo lugar, si a dicha prestación se le deben efectuar los reajustes de que trata la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año y en tercer lugar, si es procedente reajustarla conforme a la disposición contenida en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, bajo las consideraciones que pasan a exponerse.

- **De la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios.**

Sobre el particular, se encuentra demostrado que (i) el demandante nació el 30 de junio de 1927 (Fl.2); (ii) que la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL EICE le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 15356 del 20 de diciembre de 1983, efectiva a partir del 1º de octubre de 1982 (Fl.8-12) y (iii) que la entidad aplicó el régimen especial de la Rama Judicial establecido en el Decreto 546 de 1971.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 15356 del 20 de diciembre de 1983, CAJANAL EICE le reconoció al señor Rocha Queruz la

pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% de la asignación mensual más elevada, con la inclusión de los factores salariales: sueldo, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones (Fl.9).

En virtud de lo anterior y de conformidad al criterio expuesto en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, según el cual los factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidar la pensión son aquellos sobre los cuales se cotizó o se efectuaron aportes al sistema, se colige que la liquidación pensional del demandante se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el último año de prestación de servicios, esto es, desde el 1° de octubre de 1981 hasta el 30 de septiembre de 1982, relacionados en la certificación expedida por la Jefe de Asuntos Laborales de la Rama Judicial (Fls. 32), según la cual, el titular de quien deviene el derecho de la actora percibió: sueldo básico y prima de antigüedad.

Ahora bien, en la Resolución No. RDP 003378 del 29 de enero de 2016, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP a folio 6 vuelto, indicó:

> *"(...)*
> *Que resulta oportuno INSISTIR que mediante la Resolución 15356 del 20 de diciembre de 1983 se tuvo en cuenta para la liquidación los tiempos de servicio hasta el 30 de septiembre de 1982; es decir TODOS los factores devengados durante el último año de servicio y su promedio mensual. Los factores relacionados en la liquidación corresponden a sueldo* ***(que se incluyó como resultado de la sumatoria de la asignación básica y la prima de antigüedad)****, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones.*
> *(...)" Negrillas fuera del texto.*

En ese sentido, encuentra esta instancia judicial que la entidad demandada reconoció la pensión del actor con la inclusión de todos los factores salariales por ella afirmados, pues en efecto se encuentra demostrado que la suma tenida en cuenta para la liquidación pensional en el concepto de sueldo, corresponde a la sumatoria de asignación básica mensual por valor de $42.500 y de prima de antigüedad por valor de $9.400, para un total de $51.900.

Bajo las anteriores consideraciones, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, razón por la cual tendrán que denegarse las pretensiones incoadas en el asunto de la referencia.

- **Del reajuste pensional contemplado en la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año.**

En efecto, para establecer si el demandante tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si en el caso concreto la prestación de la parte actora se consolidó con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad referida.

Así las cosas, el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual fue retirada del ordenamiento jurídico, sin embargo, sus efectos siguen vigentes para quienes adquirieron el derecho pensional bajo su vigencia.

A su vez, el Decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo de la anterior norma, corre la misma suerte, es decir, que rigió desde su expedición hasta la fecha de inexequibilidad del precepto que le dio origen pero extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho para ser consecuente con los efectos jurídicos dados por la Corte Constitucional a la ley reglamentada.

Pues la sentencia proferida por la Corte Constitucional, determinó los efectos en el sentido de ordenar que los reajustes dejados de pagar a los pensionados debían hacerse efectivos si el derecho se había consolidado con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad.

En ese sentido, para que haya lugar al reajuste deprecado se debe acreditar la calidad de pensionado y estar devengando la mesada pensional con anterioridad el 1° de enero de 1989, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, pues la finalidad del mismo es compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones, es decir, que se trató de acercar el monto de las mesadas pensiónales a los salarios que se devengaban en esa

fecha los servidores públicos que desempeñaban empleos equivalentes a los que habían ejercido los pensionados.

Entonces, es importante señalar que el motivo fundamental del reajuste contenido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, *"fue zanjar el desequilibrio imperante en el régimen pensional, que para entonces había sido objeto del mismo sistema de reajuste previsto en las Leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988"*[1], como consecuencia de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Al respecto, el artículo 1° de la Ley 4° de 1976, dispuso que *"Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año (...)".*

A su vez, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, estableció que las referidas pensiones además de las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, se deben reajustar *"de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual."*

En ese aspecto, se evidencia que todas las pensiones se vieron afectadas por la desproporción que quiso enmendar la Ley 6ª de 1992, razón por la cual, le es aplicable a la pensión que devenga el actor.

Descendiendo al asunto de la referencia esta demostrado con las documentales obrantes en el expediente que: (i) mediante la Resolución No. 15356 del 20 de diciembre de 1983, se reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Héctor José Rocha Queruz, con efectos partir del 1° de octubre de 1982 (Fls. 8-12); (ii) que en ejercicio del derecho de petición el actor presentó escrito ante la entidad demandada el 3 de julio de 2015, mediante el cual solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, el reajuste de la misma en los términos del artículo 116 de la Ley 6ª de

[1] Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente No. 13001-23-31-000-1997-12662-01(0676-03), demandante: José Herrera Romero y otros, demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992 y el ajuste de conformidad a lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 13 a 20); (iii) que mediante Resolución No. RDP 045662 del 4 de noviembre de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP negó los reajustes pretendidos (Fls. 3-5) y (v) que mediante la Resolución RDP 003378 del 29 de enero de 2016, la entidad demandada resolvió un recurso de apelación confirmando en todas sus partes la decisión anterior (Fls. 6-7).

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta plenamente comprobado que la parte actora obtuvo el disfrute de su pensión con anterioridad al 1° de enero de 1989, requisito previsto para conferir el reajuste pensional dispuesto en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992.

Ahora bien, la entidad demandada en atención a una solicitud de esta instancia judicial allegó el Memorando No. 201814200886363 del 16 de julio de 2016 (Fls.219-221), mediante el cual indicó que *"Una vez efectuado el análisis de su caso en concreto se le informa, que el reajuste de Ley 6 de 1992 reglamentada mediante el Decreto 2108 de 1992 le fu aplicado a la mesada pensional del causante."*

Para efectos de comprobar el reajuste deprecado, la Unidad en el citado memorando relacionó la proyección de la mesada pensional reconocida a través de la Resolución No. 15356 del 20 de diciembre de 1983, para desde el año 1982 hasta el 2018, de los cuales se destacan:

AÑO	IPC	MESADA PENSIONAL
1991	26,06%	$187.174,77
1992	26,04%	$235.922,57
1993	33,78%	$315.633,53
1994	29,56%	$408.954,68
1994	3,26%	$422.290,28
1995	22,59%	$517.685,55

Entonces, pasa esta instancia judicial a establecer si la entidad demandada reajustó la pensión del actor con la conclusión de los porcentajes estipulados en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992, por ende, es menester precisar que el actor al devengar la prestación desde el año 1983, tiene derecho a que se le incremente en un 14 % discriminado de la siguiente manera: para el año 1993 un 7%, 1994 un 7% y 1995 en un 0% conforme a lo dispuesto en ley y hacia el futuro con la incidencia de dicha reliquidación en la base pensional.

Por lo anterior, se hace necesario relacionar el porcentaje del IPC fijado por el Gobierno Nacional para esos años, con el fin de verificar si existe o no una diferencia frente al porcentaje aplicado por la entidad, así las cosas:

AÑO	IPC	PORCENTAJE APLICADO POR LA ENTIDAD	DIFERENCIA
1993	25.13%	33.78%	**8.65%**
1994	22.60%	29.56%	**6.96%**
1995	22.59%	22.59%	0.00%

En virtud de la anterior comparación, es dable afirmar que se presenta una diferencia para los años: 1993 de un 8,65%, 1994 de un 6,96% y 1995 de 0%, situación que demuestra que la entidad realizó el reajuste contemplado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y del Decreto Reglamentario 2108 de 1992, inclusive superior del 14% por haber obtenido su prestación en el periodo comprendido entre los años 1982 a 1988.

Por las anteriores consideraciones, no hay lugar a ordenar el reajuste en los términos solicitados por la parte actora.

- **Del reajuste contemplado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994.**

Argumenta la apoderada de la parte actora que la entidad demandada no efectuó el reajuste contemplado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, consistente en un reajuste a la

prestación de manera mensual equivalente a la diferencia que resulte del incremento a la tasa de cotización en salud, debido a que la entidad demandada le reconoció pensión de jubilación al señor Rocha con anterioridad al 1º de enero de 1994.

Al respecto, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP mediante memorando No. 201814200886363 del 16 de julio de 2016 (Fls.219-221), manifestó:

> *"En lo atinente al reajuste de acuerdo a lo normado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 nos permitimos informar que los mismos fueron aplicados de manera oficiosa por CAJANAL EICE EN LIQUDIACION a favor de del (sic) señor HECTOR JOSE ROCHA QUERUZ de la siguiente manera: 3% en el mes de abril de 1994 y el 4% restante en el mes de marzo de 1996.*
>
> *Lo anterior por cuanto al pensionado se le descontaba el 5% por aportes a salud hasta marzo de 1994 y desde abril de 1994 hasta 1996 se descontó el 8%, por lo tanto se compensó el 3% restante. Y a partir del mes de marzo de 1996 se le descontó el 12% por lo tanto se compensó la mesada en un 4% adicional.*
> *(...)".*

Teniendo en cuenta lo señalado por la entidad demandada, procede esta instancia judicial a verificar si en la proyección de la mesada pensional se encuentra incorporado el porcentaje aplicado, según las afirmaciones de la Subdirectora del Nómina de Pensionados de la Unidad, por lo tanto se encuentra relacionado para los años 1992 a 1996, lo siguiente:

AÑO	IPC	MESADA PENSIONAL
1992	26.04%	$ 235,922.57
1993	33.78%	$ 315,633.53
1994	29.56%	$ 408,954.68
1994	**3.26%**	**$ 422,290.28**
1995	22.59%	$ 517,685.66
1996	19.46%	$ 618,427.29
1996	**4.54%**	**$ 646,537.28**

En ese sentido, se advierte que la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL EICE efectuó un incremento a la pensión de jubilación del actor para los años 1994 en un 3.26% y para 1996 en un 4.54%, por ende, es dable afirmar que los

mismos corresponden a los reajustes establecidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

Lo anterior, en consideración a que el señor Rocha Queruz aportó al sistema de salud un 5% hasta el 31 de marzo de 1994, fecha a partir de la cual por disposición del régimen general de seguridad social se elevó al 8%, existiendo entonces un diferencia del 3%.

Porcentaje que fue compensado en la pensión del actor, tal como consta en la proyección de la mesada pensional, puesto que se logró demostrar un incremento del 3,26% para el año 1994.

Con posterioridad, el 8% de cotizaciones al sistema de salud se incrementó en un 12% a partir del mes de abril de 1996, razón por la cual, hubo un aumento del 4%, diferencia que fue aplicada a la pensión del actor con el fin de incrementar su prestación pensional a partir de dicho mes, esto es, desde abril de 1996.

Bajo el análisis expuesto con base en las documentales aportadas, se logró demostrar que la entidad para los años 1994 y 1996, que para ese momento fue CAJANAL EICE compensó la prestación del actor con el incremento de la mesada pensional en un porcentaje correspondiente a la diferencia de los aportes en salud, incluso superior puesto que aplicó un 3.26% y un 4.54%, respectivamente, tal como se encuentra relacionado en el cuadro que precede, evitando de esta manera que se vea disminuida la prestación pensional del señor Rocha Queruz, debido al pago de un valor mayor al sistema de seguridad social.

En consecuencia, no hay lugar a que la entidad demandada reajuste la pensión del demandante en los términos solicitados, puesto que fue ajustada de oficio por la Caja Nacional de Prevision Social –CAJANAL EICE ahora Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo

dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

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: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia 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.

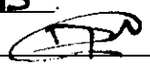
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

C.A.

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

Hoy 6 de marzo de 2019 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 13.



DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso:	**11001-33-42-052-2017-00338-00**
Demandante:	**DIANA MARCELA ÁVILA GARCÍA**
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 Diana Marcela Ávila García a través de apoderada judicial en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. 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 Diana Marcela Ávila García, 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 ateniente 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 del Oficio No. 143 del 15 de enero de 2016, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

- Declarar la nulidad de la Resolución No. 262 del 10 de febrero de 2016, a través del cual se resolvió un recurso de reposición, en el sentido de confirmar la anterior decisión.

- Declarar la nulidad de la Resolución No. 2-1091 del 19 de abril de 2016, por la cual se resolvió de manera desfavorable un recurso de apelación.

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 el carácter salarial y prestacional de la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, modificado por el Decreto 022 del 9 de enero de 2015.

Reconocer y pagar a partir del 1º de enero de 2013, las prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial, a saber: prima de navidad, prima semestral, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios, cesantías e intereses a las cesantías y demás emolumentos.

Indexar los valores reliquidados desde el momento de su exigibilidad hasta la fecha de ejecutoria del fallo judicial.

Reconocer y pagar los intereses moratorios de conformidad a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Condenar en costas a la entidad demandada.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl.20 y vuelto):

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 demandante la viene percibiendo ininterrumpidamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la entidad demandada el 29 de diciembre de 2015, mediante el cual

solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales, esto es, que se tenga en cuenta en la liquidación de las prestaciones sociales, a saber: prima de navidad, prima semestral, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios, cesantía e intereses de cesantías y demás emolumentos causados.

La Fiscalía General de la Nación mediante el Oficio No. 143 del 15 de enero de 2015, negó el anterior reconocimiento.

Contra la anterior decisión la parte actora interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos respectivamente a través de las Resoluciones Nos. 262 del 10 de febrero de 2016 y 2-1091 del 19 de abril del mismo año, en el sentido de confirmar la anterior decisión.

La parte actora agotó la conciliación extrajudicial en la Procuraduría 79 Judicial I Para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio entre las partes.

2. 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, creada con la finalidad de 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.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (Fls.53 a 65).

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Manifestó que las pretensiones de la parte actora no están llamadas a prosperar por dos razones, 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.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL"*, en consideración a que la entidad que representa cumplió con lo dispuesto en el Decreto 382 de 2013; (ii) *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, teniendo en cuenta que a la actora se le han cancelado los salarios y prestaciones que le corresponden en virtud de la relación legal y reglamentaria existente con la demandada; (iii) *"BUENA FE"*, en razón de que su representada actuó con buena fe conforme a las normas legales vigentes y (iv) *"GENÉRICA"*, en caso de que se encuentren excepciones que deban ser declaradas de oficio

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 16 de octubre de 2018 (Fl.106), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La entidad demandada mediante memorial radicado el 20 de noviembre de 2018 (Fls.108-116), planteó los mismos argumentos consagrados en la contestación de la demanda, haciendo 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 debía tener en cuenta para liquidación de prestaciones sociales. Para el efecto citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, la apoderada de la parte actora a través de memorial del 22 de noviembre de 2018 (Fls.117-119), mediante el cual se ratificó en los hechos y pretensiones del libelo de la demanda.

La representante del Ministerio Público guardo 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:

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Las excepciones denominadas *"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, "COBRO DE LO NO DEBIDO"* y *"BUENA FE"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo 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.

De otro lado, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En audiencia inicial llevada a cabo el 27 de julio de 2018 (Fls. 87-89), 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 a que se reajusten o no las prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales?

3. ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

3.1. Escrito radicado por la actora ante la entidad demandada en ejercicio del derecho de petición el 29 de diciembre de 2015, a través del cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales (Fls.2-5).

3.2. Original del Oficio No. 0143 del 15 de enero de 2016, mediante el cual la entidad demandada negó la anterior petición (Fls.6).

3.3. Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto el 28 de enero de 2016, en contra del Oficio No. 0143 del 15 de diciembre de 2015 (Fls.7 a 11).

3.4. Copia simple de la Resolución No. 0262 del 10 de febrero de 2016, por la cual la Fiscalía General de la Nación resolvió de manera desfavorable a los intereses de la actora el recurso de reposición (Fls.12-13).

3.5. Copia simple de la Resolución No. 2-1091 del 19 de abril de 2016, a través de la cual la entidad demandada resolvió un recurso de apelación en el sentido de confirmar la anterior decisión (Fls.14-17).

3.6. Original de acta y constancia de conciliación adelantada ante la Procuraduría 79 Judicial I Para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio de las partes (Fls.18-19).

3.7. Original de certificación expedida por la Subdirectora Regional Central de la Fiscalía General de la Nación el 3 de noviembre de 2017, en la cual se indica que el actor tuvo como último ingreso el 1° de agosto de 2013 (Fl.32).

3.8. Original de certificación expedida por la Subdirectora Regional Central de la Fiscalía General de la Nación el 4 de diciembre de 2017, en la cual se indica el valor que percibió el actor para esa fecha por concepto de bonificación judicial (Fl.34).

3.9. Original de certificación expedida por la Subdirectora Regional Central de la Fiscalía General de la Nación el 23 de agosto de 2018, en la cual se indica el valor que percibió el actor para esa fecha por concepto de bonificación judicial (Fl.94).

3.10. Original de certificación expedida por la Subdirectora Regional de Apoyo Central de la Fiscalía General de la Nación el 22 de agosto de 2018, por medio de la cual se precisó que la señora Ávila se posesionó en el cargo de Asistente Judicial III desde el 1° de agosto de 2013, de conformidad al Acta de Posesión que anexó (Fls.95-96).

3.11. Original de certificación expedida por el Tesorero de la Subdirección Regional Central de la Fiscalía General de la Nación, en la cual se relacionan los factores salariales devengados por la actora desde enero de 2013 hasta diciembre de 2017 (Fls.97-101).

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 *"Por el cual se expide el 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 del 7 de enero 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 vinculara 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, mediante el cual se creó una bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se rigen salarial y prestacionalmente por lo establecido en el Decreto 53 de 1993.

En ese sentido el Decreto 382 del 2013, en su artículo 1° señaló *"Artículo 1. Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud."*

El referido Decreto dispuso que el reconocimiento de la bonificación judicial se hace mensualmente a partir del 1° de enero de 2013, con base en la escala de valores consagrada en su artículo 1° para cada cargo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 1° del Decreto 382 de 2013, 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.*
>
> *Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)."*

Conforme la norma trascrita, de un lado, quedó establecido que el reajuste de la bonificación judicial para el periodo comprendido entre el año 2013 a 2018 se hizo con base en un IPC proyectado del 2%, dejando la posibilidad que sí el aumento inflacionario llegara a superar ese indicador el Gobierno tenía que reajustar el valor; y de otro, que para el 2019, el reajuste de esa bonificación se llevará a cabo con base en el 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, perciben 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, por lo tanto percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

Finalmente, se precisa que la bonificación judicial creada en el Decreto 382 de 2013, se consagro únicamente como factor salarial para la base de cotización 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 constituyen 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 la 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****." (Negrillas fuera de texto).*

Ahora bien, no hay que olvidar que en el sector público esos acuerdos a los que pueden llegar los servidores públicos con las entidades del orden nacional deben ser plasmados a través de un Decreto expedido por 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 1° 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

futbol 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."*** *(Negrillas 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 1°) 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.*** *" (Negrillas 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 los cuales 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.

4. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Diana Marcela Dávila García, actuando a través de apoderada judicial, depreca la nulidad: (i) del Oficio No. 0143 del 15 de enero de

2016, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales; (ii) de la Resolución No. 262 del 10 de febrero de 2016, por la cual se resolvió un recurso de reposición y (iii) de la Resolución No. 2-1091 del 19 de abril de 2016, a través de la cual se resolvió un recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para el pago de las prestaciones sociales por considerar que la misma constituye factor salarial.

Al respecto, en los escritos de contestación de la demanda y de alegatos de conclusión, la entidad demandada 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 al 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.

Así las cosas, con el fin de establecer si la parte actora tiene o no derecho a que se le reconozca y pague la bonificación judicial como factor salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, se debe precisar la normatividad que rige la situación salarial y prestacional de la señora Ávila.

En ese sentido, se encuentra demostrado con las documentales obrantes en el expediente que: (i) la señora Ávila se posesionó en la Fiscalía General de la Nación el 1º de agosto de 2013 (Fl.96); (ii) mediante escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 29 de diciembre de 2015, la actora solicitó el reajuste de las prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales (Fls.2-5); (iii) a través del Oficio No. 0143 del 15 de enero de 2016, la entidad demandada negó la anterior solicitud (Fl.6); (iv) en contra de la anterior decisión la actora interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación el 28 de enero de 2016 (Fls.7-11); (v) el recurso de reposición fue resuelto mediante la Resolución No. 0262 del 10 de febrero de 2016, en el sentido de confirmar la decisión principal (Fl.12-13) y (vi) a través de la Resolución No. 2-1091 del 19 de abril de 2016, se resolvió de manera desfavorable a los intereses de la actora el recurso de apelación (Fls.14-17).

Entonces, teniendo en cuenta que la actora presta sus servicios a la Fiscalía General de la Nación desde el 1º de agosto de 2013, se colige que es beneficiaria del régimen salarial y prestacional contenido en el Decreto 53 de 1993, como en efecto lo certificó la entidad en la documental obrante a folio 95 del plenario.

Ahora bien, de conformidad con los desprendibles de pago visibles a folios 97 a 101 del plenario, se encuentra demostrado que se ha reconocido a la señora Diana Marcela Ávila García de manera mensual la bonificación judicial desde agosto de 2013, sin que se evidencie que la misma se tuvo en cuenta como factor salarial para el pago de prestaciones sociales.

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".

De otro lado, 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 la liquidación de prestaciones sociales.

A su vez, en tratándose de los servidores públicos se ha establecido que ellos pueden en ejercicio del derecho de asociación participar en la 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 el 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, 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, dicho en otras palabras se decidió 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 1° de agosto 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 97 a 101 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 y 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 actora, pues con base en esa nivelación salarial y la presión que sobre el particular ejerció el grupo representativo de trabajadores en la mesa de negociación, se 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 demandada 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 4º de la Constitución Política inaplicará con efectos *inter partes* la expresión *"únicamente"* 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 agosto de 2013 y en adelante, por cuanto no se encuentra configurada la prescripción trienal consagrada en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Lo anterior, en consideración a que desde la causación del derecho a percibir la bonificación judicial (1° de agosto de 2013 -Fl. 95) hasta la presentación del escrito en ejercicio del derecho de petición (29 de diciembre de 2015 -Fls.2-5) y desde este hasta la radicación de la demanda (17 de agosto de 2017 –Fl.27), no trascurrieron más de tres años.

En consecuencia de lo expuesto, el Juzgado declarará la nulidad (i) del Oficio No. 0143 del 15 de enero de 2016, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales; (ii) de la Resolución No. 262 del 10 de febrero de 2016, por la cual se resolvió un recurso de reposición y (iii) de la Resolución No. 2-1091 del 19 de abril de 2016, a través de la cual se resolvió un recurso de apelación.

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:

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

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.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

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 con efectos *inter partes* la expresión *"únicamente"* contenida en el artículo 1° del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. 0143 del 15 de enero de 2016 y de las Resoluciones Nos. 262 del 10 de febrero de 2016 y 2-1091 del 19 de abril de 2016, expedidas por la Nación -Fiscalía General de la Nación.

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 a favor de la señora Diana Marcela Ávila García, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.907.485 de Bogotá D.C., la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos a partir del 1° de agosto de 2013.

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:

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

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

ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

C.A.

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

Hoy 6 de marzo de 2019 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. _____.

DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario