Tunja, 29/06/2021

|  |  |
| --- | --- |
| **NE** | GUILLERMO ISMAEL RODRÍGUEZ FÚQUENE Y OTROS |
| **DEMANDADO:**  | NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  |
| **REFERENCIA:** | 150013333015**201700159**01 |
| **MEDIO DE CONTROL:** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** |

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. **A N T E C E D E N T E S**

**1. LA DEMANDA**

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación, solicitando aplicar, de conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política, la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, en lo que sustrae a la bonificación judicial su naturaleza salarial.

Así mismo, pidió declarar la nulidad del acto administrativo DS-25-12-4-2592, notificado en 11 de enero de 2017, mediante el cual la se le negó a los demandantes el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y su inclusión en la base liquidatoria de las prestaciones sociales a partir de 2013, y la nulidad de las resoluciones 21853, 21854, 21851, 21849, 21848, 21850 y 21852, notificadas el 27 de junio de 2017, por medio de las cuales la entidad demandada confirmó en todas sus partes la decisión contenida en el Oficio DS-25-12-4-2592.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a entidad demandada a reliquidar y pagar las prestaciones sociales de los demandantes,

debidamente indexadas, como lo ordena el artículo187 de la Ley 1437 de 2011; el pago de intereses corrientes y/o moratorios desde que se hizo exigible el derecho; que se ordene a la entidad demandada que en adelante incluya la bonificación judicial creada con el Decreto 382 de 2013 como parte integral del salario para todos los efectos jurídicos; y que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

**1.1. Fundamentos fácticos** (fls. 9-10)

Manifestó la apoderada que sus representados se han desempeñado como servidores de la Fiscalía General de la Nación en diferentes cargos, teniendo como lugar de prestación del servicio la ciudad de Tunja, y que a los mismos se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993.

Refirió que mediante Decreto 382 de 2013 el Gobierno Nacional creó una bonificación judicial a favor de los servidores públicos, la cual fue reconocida a partir del 1 de enero de 2013 y cancelada mensualmente a los actores, aclarando que mediante Ley 1654 de 2013 se modificó la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, lo cual hizo necesario modificar el Decreto 382 de 2013 para ajustarlo a la nueva nomenclatura y denominaciones de empleos de la Fiscalía.

Indicó que al momento de liquidar y cancelar el valor de las prestaciones sociales y demás emolumentos la entidad demandada no tuvo en cuenta dicho concepto como factor salarial y prestacional, y que mediante derecho de petición radicado el 7 de diciembre de 2016 solicitó a la entidad inaplicar el artículo 1º del Decreto 382 de 2013 y que como consecuencia se reconociera para todos los efectos legales la bonificación judicial como factor salarial, petición que fue negada mediante Oficio DS-25-12-4-2592, notificado el 11 de enero de 2017, a su vez confirmado mediante las resoluciones 21853, 21854, 21851, 21849, 21848, 21850 y 21852, notificadas el 20 de junio de 2017.

**1.2. Normas violadas y concepto de violación** (fls. 10-16)

Señaló que la actuación de la administración trasgredió los artículos 25 y 53 constitucionales, el artículo 127 del Código sustantivo del Trabajo, el principio in dubio pro operario y la jurisprudencia del Consejo de Estado, aseverando que en situaciones similares donde se ha discutido el carácter salarial de un concepto devengado en demandas contra la Rama Judicial, se ha arribado a la conclusión de que se le deben dar todos los efectos jurídicos de salario, cuando se ha devengado en forma periódica y como contraprestación directa del servicio.

Adujo que, al igual que la bonificación judicial, la prima especial que creó el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se percibe mensualmente en nómina como contraprestación directa del servicio, y que en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha enfatizado que la denominada prima especial que perciben mensualmente los jueces y magistrados es salario y debe tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones, lo cual considera un antecedente en virtud del cual resulta pertinente y necesario conceder las pretensiones de sus representados.

Agregó que la pretensión esgrimida se formula con base en principios constitucionales que deben regir las relaciones laborales, lo cual hace notorio que el acto demandado ha incurrido en causal de nulidad por violación a la ley.

**2. LA CONTESTACIÓN** (fls. 110-127)

Dentro del término de traslado, la apoderada demandada se opuso a cada una de las pretensiones, aduciendo que las mismas carecían de fundamento fáctico y jurídico, en tanto que los actos demandados se limitaron a señalar el cumplimiento de un deber legal que impuso el legislador a la Fiscalía General de la Nación a través del Decreto 382 de 2013.

Reseñó que el Decreto 382 de 2013 no tuvo origen en una iniciativa del Gobierno Nacional sino en un acuerdo de voluntades, fruto de la negociación con las asociaciones sindicales de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, las cuales aceptaron que la distribución allí realizada garantizó los criterios de equidad, gradualidad y proporcionalidad de los ingresos totales de sus servidores, así como la jerarquía y complejidad funcional de los empleos. Agregó que la bonificación judicial es producto de un acuerdo que desarrolla los convenios de la OIT y la jurisprudencia constitucional que reconoce la posibilidad de que los servidores públicos intervengan en la definición de sus condiciones de empleo.

Por otra parte, aseveró que el hecho de que la bonificación judicial del artículo 1º del Decreto 382 de 2013 constituya factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad
Social en Salud no puede ser considerado ilegal ni tampoco un indebido ejercicio de las competencias del Ejecutivo, así como que el artículo 2º de la misma disposición, lejos de vulnerar los derechos de los funcionarios, se ajusta con rigor a los bloques de constitucionalidad y legalidad.

Al sí mismo, adujo que si los demandantes consideran que los negociadores designados por la Rama Judicial y por la Fiscalía General de la Nación no cumplieron con sus compromisos en materia de nivelación, no era la acción de nulidad ni la de nulidad y restablecimiento del derecho el escenario propicio para descalificarlos o para pretender desconocer los acuerdos alcanzados, sino que se debió demandar la legalidad y constitucionalidad del Decreto 382 de 2013 mediante una acción de inconstitucionalidad.

Acotó que las disposiciones contenidas en el Decreto 382 de 2013 son producto de la facultad legal otorgada al Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación, por lo que las mismas gozan de validez y eficacia jurídica y se encuentran amparadas por el principio de legalidad.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: ineptitud de la demanda por falta de integración de una proposición jurídica completa, caducidad, prescripción de derechos laborales, cumplimiento de un deber legal, falta de legitimación en la causa por activa, cobro de lo no debido y buena fe.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en fallo de 30 de agosto de 2018 (fls. 238-248), accedió a las pretensiones de la demanda.

Luego efectuar un recuento normativo acerca del régimen salarial de la Fiscalía General de la Nación, de la bonificación judicial y del concepto de salario, la Juez afirmó que se constituye en factor salarial todo concepto que de manera habitual y periódica reciba el empleado o funcionario como contraprestación de sus servicios, sin importar la denominación que se le dé; de modo que, habiendo acreditado los demandantes que como retribución de sus servicios, mientras han estado vinculados a la Fiscalía General de la Nación, han devengado mensualmente la bonificación judicial, desde su creación mediante el Decreto 382 de 2013, tal emolumento cumplía con las características propias para considerarse factor salarial.

En tal sentido, adujo que el Gobierno Nacional limitó de manera injustificada el alcance de factor salarial de tal haber, al establecer que lo tendría únicamente para efectos de las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones, circunstancia por la que se debían restablecer los derechos de quienes vieron afectadas sus condiciones salariales.

Así las cosas, coligió que con la expresión *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, contenida en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013, el Ejecutivo desbordó las facultades que le fueron otorgadas mediante la Ley 4ª de 1992, pues bajo la apariencia de una bonificación despojó de efectos salariales tal emolumento para la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios de la Fiscalía, lo cual afirmó desconoce el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 constitucional, así como el criterio establecido en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, que prohíbe desmejorar los salarios y prestaciones sociales de sus destinatarios.

**4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

La apoderada de la Fiscalía general de la Nación concretó el recurso de apelación (fls. 251-261), alegando que su representada ha dado cabal cumplimiento a las normas legales y constitucionales aplicables, sin que le esté dado entrar a reconocer lo que las mismas no establecen.

Adujo que el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad requiere que el operador jurídico asuma la carga argumentativa para desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara la norma sometida a revisión y que la falta total de justificación por parte del juez de primera instancia, respecto de la incompatibilidad de las disposiciones de los Decretos 382 de 2013, 022 de 2014 y 247 de 2016 con alguna norma constitucional, constituye una clara vulneración del derecho al debido proceso de la entidad.

Por otra parte, afirmó que la bonificación creada para los servidores de la Fiscalía General de la Nación es de carácter constitucional, por cuanto hace parte de las materias que son regulados por medio de la Ley 4ª de 1992 o ley marco, reglamentada por el Gobierno en ejercicio de una autorización constitucional que responde al desarrollo de las atribuciones del legislativo, razón por la que dicha disposición goza de plena validez y eficacia jurídica y se encuentra amparada por el principio de legalidad.

Insistió en que el Decreto 382 de 2013 no tuvo origen en una iniciativa del Gobierno Nacional sino en la negociación con las asociaciones sindicales de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, así como en la facultad constitucional que tienen los servidores públicos para intervenir en la definición de sus condiciones de empleo.

**5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

Concedido el recurso de apelación, el mismo fue admitido en auto de 30 de octubre de 2018, ordenándose notificar personalmente al Ministerio Público (fl. 274). Por auto de 19 de noviembre de 2018 se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 277).

**5.1. Alegatos de conclusión**

Surtido el respectivo traslado, tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio.

**II. CONSIDERACIONES**

**1. PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala determinar si se debe confirmar o revocar la sentencia de primera instancia, a través de la cual se resolvió inaplicar por inconstitucional el aparte del artículo 1º del Decreto 382 de 2013 que establece que la bonificación judicial constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con fundamento en lo cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

**2. SUSTENTO NORMATIVO**

**2.1. Da la bonificación judicial**

Constitucionalmente se ha establecido que la función de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos corresponde al gobierno nacional a través de los lineamientos que de forma privativa el legislador dicte para el efecto, tal como lo preceptúa el artículo 150 numeral 19 literal E superior:

*ARTÌCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

*19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:*

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

Más adelante, el artículo 253 ibídem señala que la ley habrá de definir lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, el ingreso al empleo mediante el sistema de carrera administrativa, el retiro del servicio, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la remuneración, prestaciones sociales y el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la entidad.

En desarrollo de la cláusula general de competencia legislativa, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios a tener en cuenta por parte del Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública. El artículo primero de la ley en comento dispuso que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos allí señalados, debía fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, los empleados del Congreso, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República, entre otros; por su parte, el artículo segundo de la misma disposición señaló que para tal efecto se debía respetar los derechos adquiridos, tanto del régimen salarial como de los especiales, garantizar el acceso, permanencia y ascenso en el empleo público, y garantizar condiciones adecuadas de trabajo.

El Gobierno Nacional, en desarrollo de las preceptivas y orden de nivelación salarial de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 382 de 6 de marzo de 2013, el cual creó una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, en los siguientes términos:

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

*La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año, al valor que se fija en la siguiente tabla:*

*(…).*

*PARÁGRAFO. 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.*

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

De modo que la bonificación judicial creada a favor de los servidores de la Fiscalía General de la Nación como emolumento que se reconoce mensualmente, únicamente constituye factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, excluyéndosele como factor para liquidar otros efectos legales.

Así las cosas, es necesario entrar a analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que a respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado. De forma preliminar, es necesario aclarar que, aunque no todas las leyes generales de carácter laboral regulan las relaciones de trabajo de los empleados públicos, lo cierto es que contienen principios y conceptos del derecho laboral que resultan aplicables en cualquier relación laboral, independientemente de su naturaleza pública o privada.

**2.2. Del concepto de salario**

Al respecto, si bien la Constitución no especifica reglas acerca de su definición, elementos integrantes o efectos en la liquidación de las prestaciones sociales, la Corte Constitucional ha señalado que estos aspectos deben ser regulados por el legislador bajo criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, y consultando principios básicos constitucionales como la igualdad, la garantía de una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y la primacía de la realidad sobre la formalidad[[1]](#footnote-1). Y como noción de salario, concretó:

*“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales.[[2]](#footnote-2)”*

Acerca de los factores que constituyen salario para los empleados públicos, el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 42. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en forma nocturna o en días de descanso obligatorio,* ***constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.***

*Son factores de salario:*

*a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*

*b. Los gastos de representación.*

*c. La prima técnica.*

*d. El auxilio de transporte.*

*e. El auxilio de alimentación.*

*f. La prima de servicio.*

*g. La bonificación por servicios prestados.*

*h. Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.”* (Negrilla fuera de texto).

El Consejo de Estado, además de tener en cuenta el alcance del referido decreto, al resolver controversias laborales se ha remitido al concepto de salario contenido en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo como criterio de interpretación válidamente aplicable. Así, en sentencia de 19 de febrero de 2018, la Sección Segunda del Alto tribunal, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, refirió:

*“(…)* ***aunque estas normas en principio no se aplican en la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, tal como lo precisa el artículo 3 del CST*** *“el presente Código regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares”,* ***esta Sala ha acudido a esta definición como criterio interpretativo****, y de manera concreta se hace referencia en la sentencia de 6 de julio de 2015 donde se declaró la nulidad de la expresión “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” del artículo 5 del Decreto 4050 de 2008, que regula el incentivo por desempeño grupal.”* (Negrilla fuera de texto).

Las normas del Código Sustantivo del Trabajo que regulan el salario y los pagos que lo integran son las siguientes:

***ARTÍCULO 127. Elementos integrantes.*** *Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija variable, sino* ***todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio****, sea cualquiera la 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.*

***ARTÍCULO 128. Pagos que no constituyen salarios.*** *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.” (Negrilla fuera de texto)*

Conforme lo expuesto, según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador.

Si bien, conforme la normativa en comento, 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, tales acuerdos no pueden ir en contra de los derechos mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, tales como la 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.

Tal fue el criterio recogido por la Corte Constitucional en sentencia T-1029 de 2012, al precisar:

*“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:*

*1) Es una norma que establece por vía de ejemplo los pagos que no son constitutivos de salario, que corresponden a:“(i) los montos que la doctrina ha denominado como ´pagos no constitutivos de salario´, descritos por el artículo 128 CST, y relativos a 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; (ii) el descanso remunerado generado por las vacaciones o los días no laborables; (iii) 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; según lo expresa el artículo 128 CST; y (iv) las indemnizaciones”[122].*

*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.”*

Por su parte la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[3]](#footnote-3), mediante Concepto N°. 1393 del 18 de julio de 2002, señalo:

*"El salario "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no solo la remunerativo ordinaria, fija o variable, sino todo to que recibe el trabajador en dinero o en especie coma contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."*

Así mismo, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 7 de diciembre de 2006[[4]](#footnote-4), integrando los conceptos de salario presentes en nuestro ordenamiento, indicó de forma general que:

*"por salario debe entenderse no solo la remuneración básica mensual sino todo lo que el empleado percibe por concepto de salario, en otras palabras, todo lo que devengue periódicamente como retribución de sus servicios”.*

Posteriormente, en sentencia del 1 de agosto de 2013[[5]](#footnote-5), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado, al resolver un caso sobre el carácter salarial de la prima de riesgo que percibían los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, dijo lo siguiente:

*"(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.*

*Bajo estos supuestos, ha de decirse que* ***todas las sumas que de manera habitual v periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización v liquidación de una prestación pensional.****"* (Negrilla fuera de texto).

En similar sentido, al analizar la situación particular de los funcionarios de la DIAN, en sentencia del 6 de julio de 2015[[6]](#footnote-6) hizo referencia a la importancia de no desconocer el carácter salarial de los pagos que constituyen salario, so pena de desmejorar las condiciones laborales de los servidores que devengan algún tipo de beneficio o incentivo como parte de su salario, así:

*"Y es que ha sido reiterativa la postura que esta Corporación ha tenido respecto del artículo 127 del C.S.T. en el sentido de que "Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte...". Bajo ese entendido, el mentado "incentivo" que acá se analiza no tiene causa distinta a la del servicio que presta el funcionario e indudablemente es factor salarial lo que hace forzoso concluir que restarle esa categorización a dicho emolumento y despojar ese porcentaje del salario, sería tanto como desmejorar en sus condiciones laborales a los servidores que devengan tal suma de dinero sin que la misma haga parte del salario.*

*Por ello, el “incentivo" en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales."*

Por su parte, la Corte Constitucional[[7]](#footnote-7) sobre la definición de "salario" ha dicho lo siguiente:

*”Según lo dispone el artículo 127 CST., subrogado por el artículo 14 de la Ley 50/90, el salario está conformado no sólo por la remuneración ordinaria, fija o variable,* ***sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contra prestación 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 ese sentido. se trata de un criterio amplio, que cobija a las distintas modalidades de ingreso del trabajador, generadas por la retribución del servicio personal que presta al empleador.*

*Esta definición excluye, por ende, otro tipo de ingresos laborales que no están dirigidos a retribuir dicho servicio, sino a asumir riesgos o gastos de otra naturaleza. Así, dentro de la categoría de pagos no constitutivos de salario quedan incorporados (i) las indemnizaciones que asume el patrono por daños o demás detrimentos que sufra el trabajador en el marco de la relación laboral; (ii) la remuneración del trabajador durante el descanso obligatorio (vacaciones y días no laborables de naturaleza legal y/o estipulados en el contrato respectivo); iii) las sumas o bienes que recibe el trabajador con el fin de ejercer cabalmente sus funciones, como sucede con el auxilio de transporte de que trata la Ley 15/59, al igual que los demás conceptos que enlista el artículo 128 CST.; y (iv) aquellos montos que recibe el trabajador por simple liberalidad del empleador y no como contraprestación por el servicio personal que presta, según lo dispone el citado precepto del Código Sustantivo del Trabajo."* (Negrilla fuera de texto).

De esta manera, la Corte ha hecho referencia de forma amplia al concepto de salario, dejando claro que, sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales.

Precisado lo anterior, debe tenerse en cuenta además que por mandato constitucional corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, lo cual implica que el legislador tiene la facultad de determinar lo que constituye o no salario. Sin embargo, conforme lo dicho en líneas anteriores, a través de la Ley 4ª de 1992 el Congreso autorizó al Gobierno Nacional para que, atendiendo criterios específicos, adelantara entre otros el proceso de nivelación salarial de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

Sobre esta facultad y los límites que tiene el legislador al fijar el régimen salarial, la Corte[[8]](#footnote-8) ha señalado lo siguiente:

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

Quiere decir lo anterior que la facultad legislativa en cabeza del legislador no es absoluta, pues al definir lo que constituye o no salario en cualquiera de los regímenes aplicables a los empleados públicos, debe tener en cuenta los criterios propios del derecho laboral sobre el concepto del salario, en aras de salvaguardar principios de rango constitucional como la primacía de la realidad sobre las formalidades, la protección al trabajador y la igualdad de oportunidades a los trabajadores. De esta manera, aunque tenga la competencia para definir e imponer el régimen salarial en determinado caso, al legislador no le está permitido desconocer arbitrariamente la naturaleza de las cosas, e imponer límites al carácter salarial de los pagos o emolumentos que constituyan realmente salario.

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

**2.3. De la excepción de inconstitucionalidad**

En el ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido la figura del control constitucional que de forma concentrada ejercen en abstracto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en lo de sus respectivas competencias, así como el control constitucional difuso a cargo de cada uno de los jueces en los procesos sometidos a su consideración, en aplicación directa del artículo 4 de la carta política.

Ha sido definida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-132 de 2013 de la siguiente forma:

“*Es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la constitución política*”

Ahora bien, la facultad del Juez ordinario para efectuar un control de constitucionalidad difuso no es irrestricta o ilimitada conforme su particular entender de los principios y valores constitucionales. En palabras del intérprete legítimo de la constitución:

*Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.*

*(…)*

*Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.[[9]](#footnote-9)*

Se deduce, a manera de principio, que la excepción de inconstitucionalidad no puede ser aplicada si no media una contradicción evidente entre el texto de la regla que se va a dejar de aplicar y la disposición constitucional que se entiende vulnerada pues, el sistema jurídico, en pos de la seguridad jurídica y el profundo compromiso democrático, prefiere, como regla general, los juicios en abstracto que hace el Juez Constitucional respecto a las normas que son de su competencia.

En términos de la Corte Constitucional[[10]](#footnote-10), el planteamiento se sintetiza de la siguiente forma:

*Son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. Si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad. Una cosa es la norma -para cuyo anonadamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales.*

Sin embargo, la sentencia T-681 DE 2016 emitida por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, es la que emite un listado taxativo de causales de procedencia en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, así:

*“Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:*

*(i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado;*

*(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,*

*(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales.”*

**3. DEL CASO CONCRETO**

Se vislumbran, a folios 71 a 77, constancias de servicios prestados, expedidas por la Sección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, en las que se establece la vinculación de los accionantes dentro del periodo objeto de la pretensión, con especificación del último cargo desempeñado.

En cuanto a los salarios percibidos por los demandantes, se aportan a folios 177 a 219 certificados de devengados y deducidos, mes a mes, los cuales guardan correspondencia con el tiempo de servicio objeto del petitum; adicionalmente, a folios 171 a 172, se certifica que dentro de la base de liquidación de las prestaciones sociales canceladas a los accionantes no se tiene en cuenta la bonificación judicial creada con el Decreto 382 de 2013.

Según se desprende del contenido de los actos enjuiciados, la Fiscalía General de la Nación negó la reliquidación y pago de los valores solicitados por la apoderada demandante, manifestando que el Decreto 382 de 2013 fue expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual es el único órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional, de modo que la entidad ha actuado con base en las normas que gobiernan el régimen salarial y prestacional de sus servidores (fls. 24 y 25). Así mismo, al desatar los recursos de apelación propuesto en la vía gubernativa, arguyó que las disposiciones contenidas en el Decreto 382, son producto de la facultad legal otorgada al Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional, entre otros, de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual gozan de plena validez y eficacia jurídica.

Adicionalmente, dentro del trámite procesal la entidad resaltó que el Decreto 382 de 2013, al ser fruto de la negociación con los gremios sindicales de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, no puede ser considerado un indebido ejercicio de las competencias del Ejecutivo y que, por el contrario, se ajusta al ordenamiento constitucional y legal.

Al respecto, es necesario reiterar que los acuerdos efectuados en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho de asociación no pueden desconocer derechos mínimos fundamentales de los trabajadores, así como que la libertad de configuración legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno están limitadas por el respeto de los principios laborales del artículo 53 superior, debiendo en todos casos consultar el espíritu de la norma y la jurisprudencia sobre la materia, para no exceder el marco del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, que impone una nivelación salarial bajo criterios de equidad.

Así las cosas, la Sala estima acertada la decisión del a quo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 4 de la Constitución Política, en relación con el aparte pertinente del artículo primero del Decreto 382 de 2013 que restringe el alcance de la bonificación judicial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en tanto que tal condición contraría cánones superiores y como quiera que no se ha producido un pronunciamiento con autoridad acerca de su constitucionalidad.

De modo que la expresión “*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, consignada en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013, constituye una exclusión irracional y violatoria de los artículos 25 y 53 constitucionales, al desconocer la protección especial del trabajo a los servidores de la Fiscalía General de la Nación y la primacía de la realidad sobre las formalidades, pues no es la calificación que hace el legislador lo que determina si un factor es salario, sino la naturaleza habitual y remuneratoria del mismo.

Por lo anterior, la Sala encuentra desvirtuada la presunción legal de los actos enjuiciados, razón por la que procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

**4. DE LAS COSTAS**

En el sub examine no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia a la parte demandada por el hecho de no haber prosperado el argumento de la apelación, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y revisado el cuaderno en segunda instancia no aparece probada su causación.

Al respecto, no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, condición que como se dijo no se cumple en este caso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la Republica,

**FALLA**

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** la sentencia de fecha 30 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por las razones expuestas.

**SEGUNDO**: Sin costas en esta instancia.

**TERCERO**: En firme esta providencia, por Secretaría envíese el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



**SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO**

CONJUEZ

**YANNETH VARGAS ROJAS**

CONJUEZ



**RICARDO RODRÍGUEZ CUEVAS**

CONJUEZ

1. Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 1995 [↑](#footnote-ref-1)
2. Idem [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado – Saña de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado – Sección Segunda, subsección B, Sentencia de 7 de diciembre de 2006, M.P. Jesús María Bustamante [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 1 de agosto de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011) [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Sentencia de 6 de julio de 2015, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 11001-03-25-000-2011-00067-00 (0192-11) [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia C-892 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia C-521 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonel [↑](#footnote-ref-8)
9. C-069 de 1995 MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-614 de 1992, MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO [↑](#footnote-ref-10)