



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONJUEZ PONENTE: CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS

Bogotá, D. C, seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 76001233300020180041401 (0470-2020)
Demandante: María Elide Acosta Henao
Demandado: La Nación – Fiscalía General de la Nación.
Tema: Bonificación Judicial (Decreto 382 de 2013) – Reconocimiento mensual y carácter salarial de la bonificación judicial prevista para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación no acogidos al régimen salarial del Decreto 53 de 1993.

Las pretensiones de la demanda orientadas a la inaplicación parcial del parágrafo del artículo 1º y de la totalidad del artículo 2º del Decreto 383 de 2012, promueven frente a la demandante el reconocimiento mensual de la bonificación judicial allí reconocida para los servidores de la Fiscalía General no acogidos al régimen del Decreto 53 de 1993 y que el reconocimiento del beneficio económico laboral tenga la connotación de salario, dadas las características que lo acompañan, al corresponder a una contraprestación por los servicios prestados.

Procede la Sala de Conjuces a resolver el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha 22 de agosto de 2019, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (fls. 119 – 124 vto).

1. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la señora María Elide Acosta Henao a través de apoderado judicial, instauró demanda, pretendiendo: i) Que se





inaplique la frase contenida en el párrafo del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, cuyo texto es el siguiente: “ ... 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”; ii) Que se inaplique todo el artículo 2º del mismo Decreto 382 de 2013 y demás disposiciones que lo reglamentan; iii) Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. SRAP-31000-47 del 19 de septiembre de 2017 expedido por la Sub directora Regional de Apoyo del Pacífico de la Fiscalía General de la Nación por medio del cual negó la liquidación y pago de la Bonificación Judicial a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho, se pide que: i) se reconozca y pague a la demandante la Bonificación Judicial, con las mismas condiciones y valor salarial que devengan los homólogos de la Fiscalía General de la Nación que hagan parte del régimen de no acogidos; ii) que de igual manera se ordene la reliquidación de todas las prestaciones sociales, con la inclusión de dicha Bonificación como factor salarial, tales como: prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de productividad, bonificación por servicios, cesantías, intereses a las cesantías; iii) que se pague la indemnización correspondiente; iv) Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; y, v) Que se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

2. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, decidió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante. (fl.112 – 124 vto).

A esa conclusión arriba el “*ad quo*” teniendo en cuenta que la parte actora continuó con el régimen anterior, por lo que no resultan aplicables los beneficios de los regímenes nuevos. De igual manera y no obstante que la Sala se ha pronunciado – dice la sentencia recurrida- señalando que la bonificación judicial señalada para el régimen salarial y prestacional del Decreto 53 de 1993 que se rigen por el Decreto 875 de 2012 y demás normas que modifiquen y sustituyan –régimen de acogidos- tiene una naturaleza salarial intrínseca en la medida que se percibe de manera habitual, periódica, como retribución directa del servicio personal que prestan a la Entidad y que en tal sentido, su consagración como factor salarial únicamente para la



base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en pensiones y en salud se torna abiertamente inconstitucional, desconoce principios beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, previstos en el artículo 53 de la Constitución. No obstante, dicha postura se infiere inaplicable al asunto bajo estudio, atendiendo en reconocimiento no habitual ni periódico a título de bonificación judicial a favor de la actora como personal no acogido.

En su razonamiento expresa, además, que se desprende que, si bien a la demandante no le fue reconocida la Bonificación Judicial desde su creación y que en los años 2016 y 2017 no recibió la suma completa instituida por este concepto para el personal acogido, ello se justifica porque recibe otras prestaciones mensuales con las que a juicio del Legislador y para la Sala ha demostrado, en términos nominales lograr compensar la diferencia con la Bonificación creada, con la prima de antigüedad.

La sentencia se notificó el 3 de septiembre de 2019 (fl.127).

3. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, mediante escrito radicado el 3 de septiembre de 2019 (fls. 131 a 135), presentó recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 22 de agosto de 2019, con el fin de que ésta se revoque, aduciendo que en la Ley 4ª de 1992 en ninguno de sus artículos determina dejar a los no acogidos por fuera de la nivelación salarial. Para controvertir la hipótesis de la primera instancia en el sentido que el Decreto 382 de 2013 no incorpora una discriminación arbitraria e injustificada en la implementación de la Bonificación Judicial en lo que atañe a la diferencia de trato para el personal no acogidos y acogidos de la Fiscalía que conlleve su inaplicación, por cuanto en criterio del ad quo, no pueden beneficiarse de dos regímenes salariales y prestacionales.

Al respecto, señala el recurrente: basta traer a modo de referencia, el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 y el Decreto 610 de 1998 los cuales beneficiaron simultáneamente a los señores Magistrados de Altas Cortes y de Tribunal de los acogidos, no acogidos, al ordenar nivelar sus salarios a pesar de ostentar regímenes y prestaciones distintos; por lo que considera que el Decreto 382 de 2013 si genera una discriminación salarial porque la cuantía de la bonificación judicial de los no acogidos no es fijada por la norma sino supedita su otorgamiento a título de una diferencia salarial, que resulta del comparativo del total de ingresos total anual que



perciba quien ejerza un cargo homólogo al de la demandante, pero en el régimen de no acogidos, cuando lo debido, dice el recurrente, es que el Gobierno hubiera determinado que ambos regímenes percibieran una remuneración sobre una base y un techo máximo y común que indique un verdadero incremento no del orden horizontal sino vertical.

Reclama igualmente que dicha Bonificación tenga carácter salarial, por cuanto la misma comparte los elementos estructurales del salario, tal como lo ha sostenido esta corporación a través de diferentes sentencias, señalando que la demandante viene percibiendo sumas por concepto de Bonificación Judicial, así sea a manera de diferencia salarial, desde los años 2016 a la fecha.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, subrogado por el artículo 22 de la Ley 2080 de 2021, corresponde al Consejo de Estado, en calidad de superior funcional, resolver las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

Bajo este contexto y teniendo en cuenta que, de acuerdo con el acta de reparto, el expediente arribó a esta Corporación el 2 de diciembre de 2019 (fl. 139), repartido el 30 de enero de 2020 (fl. 140) habiendo correspondido por reparto al despacho del H. Consejero Gabriel Valbuena Hernández, quien por auto del 17 de febrero de 2020 admitió el recurso de apelación (fl.142). Posteriormente los magistrados de la Sección Segunda Sub Sección “A” mediante escrito del 12 de diciembre de 2020, manifestaron su impedimento para seguir conociendo del asunto, teniendo en cuenta que si bien no son destinatarios de la prestación que se reclama, su reconocimiento como factor salarial guarda se

mejanza con las prestaciones deprecadas en los casos en que se reclama la Bonificación por Compensación de que trata el decreto 610 de 1998 o la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992. (fls.149 y vuelto); impedimento que fue aceptado mediante pronunciamiento del 16 de abril de 2021 emitido por la Sub Sección “B” de la misma sección segunda, cuyos miembros manifestaron así mismo su inhabilidad para conocer del mismo lo que conllevó a que se ordenara llevar a cabo el sorteo de Conjueces del colegiado de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 131 de la Ley 1437 de 2011 (fl 151 y 152).



Lo que se cumplió mediante acta del 26 de julio de 2021 (fl. 153). El Conjuez ponente, mediante auto del 30 de septiembre de 2021, ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión (fl. 157).

Las partes, demandada y demandante presentaron sus correspondientes alegatos (fl.159-173). El Ministerio Público guardó silencio.

5. ANÁLISIS DE LA SALA

4.1 Competencia de Consejo de Estado.

Conforme a lo previsto en el artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, corresponde al Consejo de estado conocer el recurso de apelación que se decide.

El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del C.G.P. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: “tantum devolutum quantum appellatum”. La sentencia de primera instancia sólo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr que se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.

De igual manera, con relación a la competencia por razón de la cuantía, vale expresar que aun cuando las competencias de esta Corporación fueron modificadas por la Ley 2080 de 2021, indicando su artículo 150 que esta Corporación conocerá en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, entre otras decisiones expedidos por los mismos; que el numeral 2º del artículo 152 de la referida Ley prevé como competencia de los Tribunales en primera instancia los asuntos que se sigan a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvertan actos



administrativos de cualquier autoridad cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; no es menos cierto que la referida Ley al establecer el régimen de vigencia y transición normativa, reguló en su artículo 86 inciso 4º el conocimiento de los recursos interpuestos en vigencia de la Ley anterior, indicando que los mismos se registrarán por las leyes vigentes al momento en que éstos se interpusieron. Veamos el texto de la norma en comento:

“En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”

De tal manera, que habiendo entrado en vigencia la Ley 2080 el 25 de enero de 2021 y radicado el recurso de apelación que conoce la Sala el 16 de septiembre de 2019, la norma aplicable es la contenida en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, subrogado por el artículo 615 del Código General del Proceso. Por ello, es esta Corporación competente para decidir el recurso reseñado.

2. Problema jurídico.

Atendiendo lo anterior, el problema jurídico se contrae a establecer:

- Naturaleza jurídica del Decreto 382 de 2013 y su aplicación a los empleados de la Fiscalía General de la Nación según el régimen aplicable.
- En qué espacio temporal debe realizarse dicho reconocimiento.
- Si la misma es constitutiva o no de factor salarial.

Para resolver el primer problema jurídico, la Sala tendrá en cuenta los siguientes elementos:

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.





De acuerdo con el mencionado decreto, ese emolumento se reconoce mensualmente y 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.

Establece además el referido Decreto que la Bonificación Judicial que allí se crea, es aplicable para el personal de la Fiscalía que se vinculó en vigencia del Decreto 53 de 1993 o se haya acogido a dicho régimen. Pero así mismo prevé que los que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y que continúan con el régimen anterior, 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, pero se les aplica el régimen expedido a través del Decreto 53 de 1993, recibirán la diferencia respectiva a título de Bonificación. Para mayor comprensión, se transcribe la parte pertinente de dicha norma:

“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”.

(...)

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”.

Retomando como se expresó, el origen de la Ley 4 de 1992 tenemos que la Constitución de 1991 en su artículo 150, numeral 19°, literal e) ordenó la expedición de una Ley de las denominadas "marco" o "cuadro" para fijar las reglas generales del régimen salarial y pensional del sector público. Se expidió así la Ley 4ª de 1992, uno de cuyos temas centrales fue lograr una nivelación adecuada y más comprensiva de los salarios del sector judicial en sus artículos 14 y 15 habida cuenta de la falta de





proporcionalidad salarial en la pirámide salarial ya que los sueldos de los magistrados de las Cortes de cierre estaban muy distantes del segundo nivel salarial conformado por los magistrados de Tribunal y magistrados auxiliares de Altas Cortes) y, con mayor razón, con un extendido tercer nivel salarial conformado por el resto de jueces unipersonales que atienden el grueso de la demanda judicial del país.

Por ello, y con el fin de extender el beneficio salarial a todos los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, se incluyó un párrafo en el artículo 14 de la referida Ley 4ª, del siguiente tenor literal:

*“**PARÁGRAFO.** Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”* (subraya la Sala).

En este sentido, infiere la Sala que la norma últimamente aludida no refiere discriminación alguna al ordenar el Gobierno Nacional revisar la remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, bajo el esquema de nivelación o reclasificación, **con sentido de equidad**; lo que indica que el Decreto 382, resulta aplicable para absolutamente todos los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, sin fijación del régimen a que pertenezcan, ya que de no ser así se vulneraría el principio de proporcionalidad. Indicando sí, que el tope de los funcionarios y empleados que pertenezcan al régimen de no acogidos, tendrán un techo que es lo devengado en forma mensual por los del régimen acogidos al Decreto 53 de 1993 y normas que lo modifican y/o complementan, por cuanto resultaría un injusto que unos empleados por pertenecer a un régimen que no es el de acogidos se les liquide la bonificación mensualmente en forma diferente a los que no pertenecen a ese mismo régimen que les liquida en forma anual y sin que haga parte de sus prestaciones sociales.

Ahora bien, como se observa del artículo 2º del Decreto referido que los funcionarios de la Fiscalía 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, no encuentra esta Sala justificación alguna para que a unos funcionarios y empleados (los nos acogidos) se les liquide las diferencias si existieren entre lo percibido en relación con los que perciben la Bonificación Judicial. Por ello, teniendo en cuenta la incidencia que implica el pago mensual frente al anual, se dispondrá igualdad en el trato al pagarla; esto es, indicando que a los que pertenecen al régimen de no acogidos al Decreto 382 se les liquide la diferencia en forma mensual, toda vez que de esta forma, al ser periódica y permanente, constituye así mismo factor salarial.

Se reitera además, que como lo pretendido tanto por el Constituyente como por el Legislador fue ***“nivelar o reclasificar con sentido de equidad el sistema de remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial”*** le estaba vedado al Gobierno Nacional incumplir el mandato legal y exceder el marco y criterios allí fijados, teniendo en cuenta, se reitera, que la Ley no realizó discriminación alguna en ese sentido, además que lo que se dispuso fue la nivelación o reclasificación de la remuneración salarial, lo que en ambos sentidos implica **incremento salarial**.

Así las cosas, resuelto el primer problema jurídico, llega esta Sala a la conclusión que la Ley no hace discriminación alguna entre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, ya sean antiguos o nuevos; por lo que el beneficio que allí se ordena crear cobija a los acogidos y no acogidos al régimen del Decreto 53 de 1993. Por ello, al no hacer distinción alguna la Ley, tampoco podría hacerlo el Decreto el Decreto 382 de 1993. No obstante, se hace claridad como ya se indicó, que el tope de la Bonificación Judicial para el personal de no acogidos es el 100% del salario mensual que devengan los del régimen de acogidos. De igual manera, el la Ley dispuso la **nivelación o reclasificación** de los empleados pertenecientes a la Rama Judicial, lo que en ambos casos implica reajuste salarial que es el resultados de aplicar dichas figuras. Por lo que colofón tenemos, que el Gobierno Nacional se apartó del marco de la Ley 4 de 1992 al crear una Bonificación sin carácter salarial,



pues la misma sólo constituye factor salarial, según la norma que la crea, para las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Pensiones.

Naturaleza jurídica de los Decretos que reglamentan las Leyes Marco.

Esta Sala, retomando el concepto de la H. Corte Constitucional¹, concibe que es el Congreso de la República, en ejercicio de su competencia principal de hacer las leyes, tiene el deber constitucional de estatuir el marco general, los objetivos y directrices que orientarán al Presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado, y dentro de estos, los adscritos a la Fuerza Pública. A fin de proferir el mencionado régimen salarial y prestacional, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo nacional, desarrollan una competencia concurrente, la cual permite que el Congreso actúe, en primer término, trazando una línea general, para que luego el Presidente dentro del marco por este diseñado, lo proceda a dotar de contenido. De esta forma, a través de una “ley marco o cuadro” el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse la materia, correspondiéndole al Presidente de la República el desarrollo de tales parámetros por medio de decretos; por lo tanto, los Decretos expedidos en desarrollo de los preceptos y lineamientos consagrados en la Ley 4 de 1992, tienen la naturaleza jurídica de decretos reglamentarios de carácter ejecutivo.

En este mismo sentido ha sido reiterado el pronunciamiento de nuestro Máximo tribunal Constitucional al analizar la distribución de competencias entre el órgano Legislativo y el Ejecutivo, determinando en su análisis de distribución de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República para regular materias sujetas a ley marco, que los decretos que profiere el Presidente para desarrollar esta tipología de ley, son de naturaleza meramente administrativa o ejecutiva, correspondiéndoles su control de constitucionalidad al Consejo de Estado.²

¹ Corte Constitucional, sentencia C-101-2003, M.P., Jaime Córdoba Triviño

² 4 Corte Constitucional, Sentencia C-129 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.





Al respecto también se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, en los siguientes términos³:

“(…) Desde la expedición de la Constitución de 1886 era función del Congreso definir las escalas salariales de las distintas categorías de empleos en el nivel nacional; a partir de la expedición de la Constitución de 1991 tal facultad fue trasladada al Gobierno Nacional el cual debe sujetarse para esos efectos, a los objetivos y criterios establecidos por el Congreso.(…) En el ejercicio de la mencionada función, el Congreso Nacional expidió la Ley 4ª de 1992 como norma de carácter general y así el Gobierno quedó facultado para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, siguiendo los lineamientos trazados en dicha ley”⁴

Pero bien, adicional al factor de la competencia, lo cierto es que la potestad legislativa radica en el Congreso de la República y, mediante la Ley marco lo que hace el legislador es fijar los objetivos y criterios que deben guiar al Gobierno Nacional para expedir un determinado régimen. Para el caso de la Ley 4ª de 1992, se trataba de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre ellos los de la Rama Judicial, para lo cual el legislador fijó el marco o reglas a las cual debía sujetarse el Gobierno Nacional para expedir el régimen salarial de dicho empleados, pautas y marco consagrados en los artículos 14 y 15 de la referida Ley, la que señaló expresamente en el párrafo de su artículo 14 que la autoridad administrativa revisaría con sentido de equidad el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación. Luego, al señalar el legislador que esa revisión se realizaría a través

³ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Sub Sección “A” ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10) Actor: FUNDACIÓN COLOMBIANA SENTIMIENTO PATRIO DE LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES “SEDESOL” Demandado: GOBIERNO NACIONAL

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencias (i) del 10 de abril de 1997, radicación No. 7949, Consejero Ponente: Germán Gutiérrez Holguín y (ii) del 6 de noviembre de 1997, radicación No. 11423, Consejero Ponente: Clara Forero de Castro. En idéntico sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación expuso: “(…) a) El Congreso de la República está facultado para expedir la ley marco a la cual debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. b) El gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes - nacional, seccional o local -, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado función que, en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales, las cuales no podrán arrogárselas. De esta manera, para el caso concreto formulado en la consulta, es importante resaltar que el régimen prestacional de los servidores públicos del Distrito es fijado por el gobierno nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la ley 4ª de 1992 (art. 129, decreto 1421/93).c) En igual forma, el gobierno establece el régimen salarial de los empleados públicos de la administración central a nivel nacional y, al efecto, fija sus dotaciones y emolumentos (...)”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 18 de julio de 2002, radicación No. 1393, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce



de la nivelación o reclasificación de los empleos de la Rama, debió el Gobierno Nacional sujetarse a ese cuadro fijado por el legislador: nivelación o reclasificación, lo que conlleva a incremento salarial y no sólo crear una Bonificación ajena, según el Decreto que la creó, al salario, por cuanto el mismo indica que dicha Bonificación *“sólo constituye factor salarial para efectos de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y en Salud”*.

Así las cosas, al apartarse el Decreto 382 de 2013 al marco fijado por el legislador, al cual debió sujetarse, resulta violario de la misma, por lo que procede la inaplicación deprecada por el demandante: i) porque no ha debido hacer distinción en la forma de pago de dicha bonificación entre acogidos y no acogidos y, ii) porque al ser ésta continua, permanente y en retribución al trabajo, no ha debido sustraerse como factores salariales para liquidar las prestaciones sociales de los empleados.

Además de las anteriores consideraciones, la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que 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. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya 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 habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro 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 habría motivo alguno para desconocer su

⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Sub –Sección B – Sentencia de 22 de marzo de 2018. M. P. Luis Gilberto Ortigón Ortigón – Expediente 110013335025201400345-01 Dte. Pedro Fernando Gómez Núñez, entre muchas otras.



carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar 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.

Si la actora tiene derecho a la liquidación de diferencias salariales, en qué concepto se adecuaría.

Con la resolución de los anteriores problemas jurídicos queda claro que, al haber sido la demandante vinculada al servicio de la Fiscalía General de la Nación desde antes del año 1992, estar actualmente al servicio de la misma, con vinculación legal y reglamentaria debe aplicarse la igualdad en el trato laboral. Vale decir, el hecho de que la misma no se haya acogido al régimen previsto en el Decreto 53 de 1993 no la inhibe de percibir la Bonificación Judicial en los períodos, condiciones y en la misma proporción que la devenga un empleado de su misma categoría cargo y grado, pero del régimen de acogidos; aclarando que en manera alguna tampoco debe percibir mayor valor salarial de lo que devengan estos últimos; las sumas que le correspondan por concepto de bonificación Judicial, deben ser pagadas mensualmente estableciendo la diferencia salarial entre uno y otro cargo, con carácter salarial.

Esta decisión se adopta por cuanto sería un injusto que unos empleados por pertenecer a un régimen se les liquide la Bonificación mensualmente contrario a los que no pertenecen a ese mismo régimen a quienes se les liquida en forma anual, cuando debe tener mayor prioridad por su antigüedad en la Entidad, pues se rompe el principio de equidad y, al romperse este principio se crea una discriminación laboral reprochable que debe ser eliminada, situación por la cual, así, mismo se inaplicará para el caso concreto el Decreto 382 de 2013 en cuanto contiene esta discriminación y si bien, la demandante fue nombrada en el cargo de Asistente de Fiscal II, esto no impide que se ordene reconocer las diferencias salariales correspondientes al empleo de igual categoría del régimen de acogidos teniendo en cuenta para el caso el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales conforme al artículo 53 de nuestra Constitución Política y al Pacto



Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966⁶, según el cual los empleados deben recibir como retribución por su labor una remuneración acorde con las tareas que desempeñan. Asimismo, ha de aplicarse el principio de la norma más favorable, esta favorabilidad no solo es aplicable ante el conflicto que surge entre dos normas de distinta fuente formal del Derecho o incluso entre dos normas de la misma fuente de derecho sino también ante las diversas interpretaciones que puede admitir una norma que para el caso en concreto se refiere al régimen de los no acogidos, y el de los acogidos, la aplicación de la Bonificación judicial contenida en el decreto 382 de 2013, *“los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social”*,⁷ de acuerdo a esto el operador judicial determina en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador.

1. Caso concreto

En el presente caso se encuentra demostrado:

- 4.1 Que la demandante MARÍA ELIDE AOSTA HEANO, se incorporó a la Fiscalía General de la Nación el 1º de junio de 1992 conservando su vinculación el día 28 de diciembre de 2017.
- 4.2 El régimen salarial aplicable al presente caso es el previsto en el Decreto 51 de 1993 y los que año a año el Gobierno Nacional ha establecido para los funcionarios.
- 1.3. Al expedirse el Decreto 53 de 1993 que estableció el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, la misma no se acogió a éste, siguiendo por lo tanto en el régimen denominado de los no acogidos, previsto en el Decreto 51.

⁶ Que entró en vigor el 3 de enero de 1976, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1.968 y ratificado el 29 de octubre de 1969, en el que se dispuso que «Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas».

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-088/18





- 1.4. Al expedirse el Decreto 382 de 2013, que creó la Bonificación Judicial, la hizo exclusiva 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, a voces del mismo Decreto será pagadera 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.
- 1.5. Para el personal de la Fiscalía que no se le aplica el Decreto 53 de 1993, señaló el Decreto en su artículo 2º. Que para 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”.
- 1.6. A la demandante por ende, se le paga la Bonificación anualmente conforme a las diferencias que se presentan entre uno y otro régimen, sin que la misma constituya factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales.
- 1.7. La misma, a través de apoderado, elevó petición a la Fiscalía General de la Nación solicitando el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial en las mismas condiciones y valores que devengan sus homólogos que hace parte del régimen de la Fiscalía General de la Nación y que se tenga ésta como factor salarial.
- 1.8. La subdirectora Regional de Apoyo del Pacífico, mediante Oficio NO. SRAP-31000 047 del 19 de septiembre de 2017, negó las peticiones de la demandante.
- 1.9. Interpuesto el recurso de apelación contra el acto administrativo señalado en precedencia, el mismo fue confirmado mediante Resolución No. 23145 del 20 de octubre de 2017, suscrita por el Director de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación.
- 1.10. La Sala con los antecedentes del caso ya descritos en esta providencia y realizado el análisis del caso, advierte que resulta evidente la transgresión del Decreto 382 a la Ley, la Constitución y los tratados internacionales





debidamente suscritos por Colombia y con ello resultan por contera contrarios a la legalidad, los actos administrativos demandados.

- 1.11. Así y como la norma establece una bonificación judicial para acogidos y no acogidos, se concluye que la diferencia está en la oportunidad para su reconocimiento,
- 1.12. Su reconocimiento como no factor salarial de la bonificación, proviene del ejecutivo más no del legislativo; concluyendo, que el ejecutivo carece del margen de configuración del cual si está revestido el Legislativo.
- 1.13. Para el caso de la demandante, el reconocimiento mensual se dará de la inaplicación de la norma solicitada en la demanda.
- 1.14. Por último, el no reconocimiento como carácter salarial de la Bonificación, considera la Sala que es asunto de reserva legal; por lo que la jurisprudencia constitucional a través de sus diferentes decisiones ha fijado el criterio que la regulación de los factores salariales son de libre configuración “del legislador”, más no del ejecutivo, como es el caso que nos ocupa.

Debe tenerse en consideración, además, que conocida la situación particular, resulta pertinente definir que a la demandante le es aplicable la prescripción trienal de que tratan los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. De tal manera, que si la primera solicitud se radicó el 8 de septiembre de 2017, las prestaciones prescriben 3 años hacia atrás a partir de dicha fecha, lo que quiere decir que se declarará la prescripción de los derechos reclamados a partir del 7 de septiembre de 2014 hacia atrás.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del presente proceso, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.



SEGUNDO: INAPLÍCASE para el caso concreto de la demandante la frase “... 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 las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan”, contenidas en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013, así como el contenido del artículo 2º del mismo Decreto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDÉNASE a La Nación – Fiscalía General de la Nación a reliquidar – reconocer y pagar a la demandante **MARÍA ELIDA ACOSTA HENAO**, las diferencias salariales a su favor por concepto de Bonificación Judicial contenida en el Decreto 382 de 2013 en forma permanente y mes por mes, con la inclusión en la nómina correspondiente, tal como se liquida al personal del régimen de acogidos al Decreto 53 de 1993.

CUARTO: CONDENAR a la Nación – Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de todas las prestaciones sociales de la demandante **MARÍA ELIDA ACOSTA HENAO**, tales como prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de productividad, bonificación por servicios, cesantías, intereses a las cesantías con la inclusión de la Bonificación Judicial como factor salarial.

QUINTO: DECLÁRASE PROBADA de oficio, la prescripción trienal de derechos laborales durante el tiempo comprendido a partir del 7 de septiembre de 2014 hacia atrás, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: CONDÉNASE en costas a la parte demandada en las dos instancias, conforme a lo previsto en el numeral 4o del artículo 365 del Código General del Proceso, las cuales serán liquidadas por la secretaria, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el artículo 266 ibidem.

SÉPTIMO: ORDÉNASE a La Nación – Fiscalía General de la Nación, el cumplimiento de esta sentencia en los términos de los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: CONDÉNASE a La Nación – Fiscalía General de la Nación al pago a la parte demandante de la indexación correspondiente desde el que el derecho se hizo exigible y a los intereses de mora conforme a las reglas previstas en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 76001233300020180041401
Demandante: María Elide Acosta Henao
Demandado: La Nación – Fiscalía General de la Nación

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen. **CÚMPLASE.**

La anterior decisión fue estudiada por la Sala en sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente
CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS
Conjuez ponente

Firmado electrónicamente
HENRY JOYA PNEDA
Conjuez

Firmado electrónicamente
GILBERTO RONDÓN GONZÁLEZ
Conjuez

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala de Conjueces en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

